

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

La implementación de la figura de daños punitivos dentro del sistema de responsabilidad civil ecuatoriano

Esteban Mateo Calero Larrea

Farith Simon Campaña, Phd, Director de Tesis

Tesina de grado presentada como requisito
para la obtención del título de Abogado

Quito, noviembre 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

"La implementación de la figura de daños punitivos dentro del sistema de responsabilidad civil ecuatoriano"

Esteban Mateo Calero Larrea

Dr. Farith Simon
Director y Decano

Dr. Luis Parraguez
Presidente del tribunal

Dr. Dunker Morales
Informante del ensayo jurídico



Three handwritten signatures in blue ink are positioned above three horizontal dotted lines. The top signature is the most prominent, followed by a second signature, and a third signature at the bottom.

Quito, diciembre del 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO

La implementación de la figura de daños punitivos dentro del sistema de responsabilidad civil ecuatoriano

ALUMNO

Esteban Mateo Calero Larrea

EVALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso Chevron/Texaco dejó abierta la discusión referente a los daños punitivos en el sistema de responsabilidad civil en el Ecuador, existen posiciones contradictorias sobre la constitucionalidad, legalidad, conveniencia y necesidad de incorporar dicha figura al ordenamiento jurídico ecuatoriano para asegurarse que ciertas conductas, consideradas abusivas, no se repitan. En este sentido, además de determinar si la normativa actual lo permite la tesina materia de informe es que presenta un problema jurídico de importancia.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

El tesista asume desde el inicio de su trabajo que los daños punitivos son ajenos a nuestro sistema jurídico (en realidad al sistema continental), además que no existe fuente jurídica alguna que permita la aplicación de dicho sistema en nuestro país, sin embargo considera que esta figura podría incorporarse a la legislación ecuatoriana al encontrar que no existe limitación constitucional alguna. El tesista considera que, luego de revisados los argumentos a favor y en contra de el sistema, que el mismo debería ser incorporado a la legislación ecuatoriana como medio para evitar que ciertos actos que provocan daños se repitan y, por tanto, se incorpore un remedio jurídico adecuado compatible con la noción de reparación integral, la que incluye

medidas de no repetición. Con estos antecedentes considero que la hipótesis del tesista es trascendente.

b) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

El Sr. Calero utiliza una diversidad de fuentes para su análisis, considero que son recursos suficientes y pertinentes para su trabajo y el enfoque que asumió. Me hace falta el análisis de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que hubiese servido para revisar el concepto de reparación integral y los problemas que pueden existir cuando las indemnizaciones son excesivas.

Los materiales demuestran un serio trabajo de investigación.

c) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

El contenido argumentativo del trabajo del Sr. Calero es suficiente y coherente, estudia inicialmente el alcance del sistema de daños, tanto contractual como extracontractual, analiza el concepto y función de los daños punitivos; revisa la relación de los daños punitivos con el principio de legalidad, doble punición, debido proceso, enriquecimiento sin causa; estudia la relación de este sistema con la propuesta global del Código Civil en relación al sistema de responsabilidad civil; la aplicación limitada de la responsabilidad extracontractual, pasa a revisar dos de las críticas a ese sistema, a saber, la supuesta incapacidad disuasoria y el posible impacto económico negativo.

Es interesante el análisis que realiza de la sentencia en el caso Chevron/Texaco y la incompatibilidad de los daños punitivos en relación a la normativa vigente.

Cierra su trabajo con una propuesta de *lege ferenda* y hace una propuesta de lo que podrían ser los lineamientos de una reforma legal que permita la incorporación de esta figura, daños punitivos, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.



Es un trabajo bien escrito, ordenado, que aborda los temas principales del problema jurídico que analiza. El Sr. Calero ha realizado una investigación jurídica relevante la que entrega elementos interesantes para una posible reforma legal.



Farith Simon Campaña

5/11/2015

© 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.

Firma:

Nombre: Esteban Mateo Calero Larrea

C. I.: 1715618912

Fecha: Diciembre 2015

*“Demos por desperdiciado el día en el que no hayamos bailado al menos una vez
y sea falsa para nosotros toda sabiduría en la que no haya habido por lo menos una
carcajada”*

Frederich Nietzsche. Así Habló Zaratustra.

A los que me acompañaron y me aguantaron durante todo este proceso, ellos lo saben y no requieren ser nombrados.

A Luis Parraguéz, Vladimir Villalba, Xavier Andrade y Farith Simon aquellos que siento que confiaron en mí y me han formado como el abogado que he llegado a ser, con la esperanza de que algún día ellos lo digan con orgullo.

A Daniela Salazar por todo el apoyo desde la elaboración del plan de tesis hasta las últimas correcciones metodológicas, sin su apoyo simplemente no lo habría logrado.

RESUMEN

El presente trabajo versa respecto a los daños punitivos y sus posibilidades de aplicación dentro de la realidad ecuatoriana. Al respecto se plantean los argumentos que se oponen a su implementación y la posición frente a estos. En primer lugar se analiza la naturaleza de la reparación por daños y su tratamiento dentro del sistema de responsabilidad civil ecuatoriano, posteriormente se analizan los argumentos a favor y en contra de los daños punitivos como una herramienta de indemnización para concluir con la necesidad de la implementación de la figura y un posible lineamiento para su implementación.

Principalmente el cuerpo del presente escrito realiza una crítica a los argumentos que se oponen a los daños punitivos, para determinar de esta manera su aplicabilidad dentro del sistema de responsabilidad civil, debeos adelantar que los argumentos propuesto cuentan con la intención clara de defender a la institución de daños punitivos puesto que, consideramos, brinda una herramienta eficaz para que la reparación sea íntegra y la sociedad demuestre un verdadero respeto a los derechos ajenos, ejerciendo su libertad en consideración del resto, lo que significa, a fin de cuentas, vivir en sociedad.

ABSTRACT

This paper deals with regard to punitive damages and their applicability within the Ecuadorian reality. In these regard, arguments that oppose its implementation and the position on these arise. First we will analyze the nature of compensation for damage and its treatment within the Ecuadorian system of liability, then the arguments for and against punitive damages as a compensation tool, to conclude with the need to implement of the figure and a possible guideline in that sense. Mainly the body of this paper elaborates a critique of the arguments against punitive damages, to thereby determine their applicability within the tort system, we must anticipate that the arguments proposed are clearly intended to defend the institution punitive damages because, we believe, it provides an effective tool for an integral reparation and for the society to show a real respect for others rights, executing their freedom in consideration of the other, which means, after all, to live in society.

Tabla de Contenido

Introducción	12
1. Respecto a los daños punitivos en el sistema de responsabilidad civil.....	14
1.1. Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual	14
1.2. Concepto y función de los daños punitivos	21
2. Posición frente a los argumentos que se oponen a la implementación del sistema de daños punitivos	26
2.1. Inconstitucionalidad de la sanción a la luz del caso Chevron.....	26
2.1.1. Los daños punitivos y el principio de legalidad	27
2.1.2. Los daños punitivos y la doble punición	36
2.1.3. Los daños punitivos y el debido proceso	38
2.2. Enriquecimiento indebido	42
2.2.1. Del enriquecimiento sin causa.....	43
2.2.2. De la fuente	45
2.2.3. De las alternativas.....	50
2.3. Espíritu contrario al Código Civil.....	52
2.3.1. La función actual del derecho de daños	52
2.3.2. Los ejemplos que revelan el “espíritu” del Código Civil.....	54
2.4. Arbitrariedad en su determinación.....	58
2.5. Aplicación limitada a la responsabilidad extracontractual.....	64
2.5.1. Sobre el vínculo previo y la gradación de la culpa	65
2.5.2. Sobre las cláusulas de no responsabilidad.....	68
2.5.3. Sobre la pretensión del actor y su alcance	74
2.6. La escasa efectividad disuasoria y el efecto social y económicamente negativo.....	79
3. Propuesta	86
3.1. El problema de la determinación del daño.....	86
3.2. Lineamientos para la propuesta	92
3.2.1 Características	92
3.2.2 Elemento subjetivo	95
3.3.3 Límite del monto.....	96
3.3.4 Ámbito de aplicación y destino del monto	98
4. Conclusión	100
Bibliografía.....	103

Introducción

La institución de daños punitivos parte de dos principios esenciales del derecho: el *alterum non laedere* y *nemo auditur propiam torpitudinem allegans*, es decir que no se cause daño a terceros y con mayor motivo si dicho daño genera un beneficio. En este sentido, los daños punitivos surgen como una herramienta para ampliar los fines del derecho de daños, es decir, que estos no se limiten tan solo a resarcir el daño, sino que, en los casos en que la conducta del agente que genera un daño demuestre una desidia elevada frente a los derechos ajenos, se evite la repetición de dicha conducta, no sólo por el que ha causado un perjuicio, sino además por terceros. Así, se amplía el aspecto de la reparación y de las funciones del derecho de daños para complementarse como disuasivos, manteniendo el orden social y el respeto a los derechos ajenos.

Los daños punitivos son una figura ajena al sistema continental de responsabilidad. Así, al ser una institución extraña, ha generado una serie de debates respecto a su aplicabilidad dentro de los sistemas latinoamericanos de responsabilidad. En este sentido, encontramos que los daños punitivos no son una figura que, por sí sola cuenta con cabida dentro del sistema ecuatoriano, por lo que resulta necesario indagar respecto al sistema de responsabilidad en general, para comprobar si éste es compatible con los daños punitivos. De igual manera, se debe examinar los argumentos que se han expuesto frente a la implementación de la institución, para contrarrestarlos frente a otras opiniones y analizarlos en torno a los principios aplicables, para determinar de esta manera si las posiciones contrarias a la figura son suficientes para impedir su aplicación dentro del sistema de responsabilidad civil ecuatoriano.

Por último, una vez analizado el sistema de responsabilidad y los argumentos en contra de los daños punitivos, propondremos lineamientos para que la figura sea regulada dentro de la legislación ecuatoriana. Esto partiendo del punto de la necesidad de la institución en razón de la carencia de herramientas dentro de la legislación y (en consecuencia) de la

jurisprudencia nacional para garantizar una reparación que realmente sea íntegra y que evite que actos de un nivel de reprochabilidad elevado se repitan.

1. Respeto a los daños punitivos en el sistema de responsabilidad civil

Los daños punitivos son una figura que no se encuentra regulada dentro del sistema de responsabilidad civil ecuatoriano. A pesar de ser una figura distinta a los daños contractuales y extracontractuales es necesario analizar estas figuras ya que éstas deben ser, de alguna forma, compatibles con la figura que se procura implementar. Pues, si bien las figuras son distintas, todas ellas deben encajar dentro del sistema de responsabilidad civil. A continuación se indaga respecto a la responsabilidad civil ecuatoriana actual y a la figura de daños punitivos:

1.1. Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual

El sistema de responsabilidad civil tiene como fundamento el deber de cuidado de las personas y que su actuar no puede perjudicar a un tercero¹. En este sentido, al ser el actuar de una persona el cumplir o no con un contrato, el realizar un delito o cuasidelito, o a fin de cuentas generar un daño a otra persona, la ley ha optado por obligar a la persona que infiere un daño a repararlo, sea con un fin indemnizatorio, paliativo o, como se analizará a lo largo de este trabajo, incluso punitivo o ejemplificatorio. En este sentido, Enrique Barros Bourie, basado en palabras de Hans Kelsen, establece: “Desde un punto de vista lógico la responsabilidad civil es un juicio normativo que consiste en *imputar a una persona una obligación reparatoria en razón del daño que ha causado a otra persona*”²(las cursivas pertenecen al autor). Así, el sistema de responsabilidad civil es una fuente obligacional que puede nacer a consecuencia de un incumplimiento contractual o a consecuencia de un cuasidelito o delito civil; pero a fin de cuentas su fuente se encuentra en la ley, siempre y cuando se ocasione un perjuicio.

De esta manera y por regla general, siempre que exista un perjuicio, éste deberá ser reparado. En este sentido, el perjuicio “es uno de los elementos esenciales y constitutivos de la responsabilidad civil, sin cuya existencia y demostración, no nace a la vida jurídica la

¹ Es el principio consagrado en la expresión romana: *alterum non laedere*.

² Enrique Barros Bourie *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006, página 15. Fundamentado en: Hans Kelsen. *Teoría Pura del Derecho*. Traductor: Moises Nilve. Buenos Aires. Eudeba. Página 83.

obligación indemnizatoria”³, en consecuencia, la existencia de un perjuicio implica la necesidad de su reparación. Por regla general el perjuicio nace de “la conducta contraria a la que debería haberse observado normalmente en el caso, ya por torpeza ignorancia o imprevisión”⁴, en este sentido, el perjuicio tiene como causa un acto negligente-léase cualesquiera de los grados de culpa establecidos en el 29 del Código Civil- que ha generado un daño.

Sin perjuicio del hecho generador del daño sufrido, de acuerdo a la necesidad de su reparación dividiremos a las figuras de responsabilidad civil en dos grandes aristas, los daños patrimoniales y extrapatrimoniales o morales. Cada figura cuenta con sus características particulares, sin embargo comparten ciertos requisitos generales, a saber: un hecho, que dicho hecho genere un daño y que exista un nexo causal entre el hecho dañoso y el daño percibido⁵. Ahora bien, que el hecho dañoso se genere a partir de un incumplimiento contractual o un hecho ilícito conlleva a la división de daños en contractuales (aquellos que se generan a consecuencia de un incumplimiento contractual) y extracontractuales (aquellos que no nacen de un contrato pero requieren de un hecho ilícito que los justifique). En este sentido, “tanto el incumplimiento del contrato como el ilícito no contractual son *fuentes de responsabilidad civil*”⁶(las cursivas pertenecen al autor). Así, el hecho dañoso nace o bien de una relación previa existente entre las partes o de un hecho ajeno que ha inferido un daño.

Los daños contractuales nacen del incumplimiento de las obligaciones adquiridas por las partes, cuando este incumplimiento irroga un daño a la otra parte, así su presupuesto esencial es el incumplimiento. En este sentido, Jaime Fernández Madero establece: “En la esfera de la responsabilidad contractual, el daño se configura cuando una de las partes del acuerdo o negocio jurídico no cumple con las condiciones, las obligaciones que habían sido *preestablecido [sic] por ellas mismas*”⁷(las cursivas no constan en el original). En este caso el reproche jurídico nace a consecuencia de que una de las partes no ha cumplido con una obligación que ésta se ha establecido previamente de manera libre.

³ Gustavo Contreras Restrepo, Álvaro Gonzales, Arturo Castro. *Código Civil Comentado*. Decimosexta edición. Bogotá: Leyer, página 1342.

⁴ *Ibíd.* Página 1339.

⁵ Carlos Alberto Ghersi. *Teoría General de la reparación de daños*. Tercera edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003, página 55.

⁶ Enrique Barros Bourie. *Op cit.* Página 19.

⁷ Jaime Fernández Madero. *Derecho de daños, nuevos aspectos doctrinarios y jurisprudenciales*. Buenos Aires: La Ley S.A., 2002, página 64

La indemnización de perjuicios contractuales se encuentra contemplada en dentro de la legislación ecuatoriana en el Código Civil bajo el título “De los efectos de las Obligaciones”⁸. Cabe mencionar que la reparación de perjuicios contractuales tiene cabida gracias a lo prescrito en el artículo 1505 del Código Civil, que establece la condición resolutoria tácita en los siguientes términos: “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado”⁹ y agrega “ Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, *con indemnización de perjuicios*”¹⁰(las cursivas no constan en el original). En este sentido, a consecuencia del incumplimiento de uno de los contratantes, sea que el actor opte por exigir el cumplimiento o la resolución del contrato, adquiere un derecho subjetivo a reclamar una indemnización por daños, siempre y cuando estos existan y sean irrogados por causa del incumplimiento. En este sentido, el artículo 1572 del cuerpo normativo citado manda:

La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento¹¹

Siguiendo esta línea de pensamiento, la indemnización nace de la negligencia en el actuar de una de las partes respecto a las obligaciones que ha contraído. En este caso, el carácter del daño y de la indemnización serán patrimoniales, ya que, en la mayoría de casos, el incumplimiento de un contrato genera un perjuicio en el patrimonio de la contraparte cumplidora o dispuesta a cumplir¹². En este sentido se expresa Jaime Fernández Madero y dicta que: “el concepto de daño patrimonial implica el perjuicio o menoscabo al conjunto de bienes materiales que pertenecen a un individuo”¹³. Así, dentro de la indemnización patrimonial podemos encontrar a la restitución íntegra como naturaleza de la indemnización.

La naturaleza de la indemnización, sobre todo la patrimonial, es la restitución íntegra, o reparación *in natura*. Esta reparación procura que las cosas regresen al estado anterior,

8 Ver: artículos 1572 a 1577 Código Civil. (Cod. s/n. RO-S 104: 20, noviembre, 1970)

9 Código Civil. (Cod. s/n. RO-S 104: 20, noviembre, 1970) artículo 1505

10 Código Civil. (Cod. s/n. RO-S 104: 20, noviembre, 1970) artículo 1505

11 Código Civil. (Cod. s/n. RO-S 104: 20, noviembre, 1970) artículo 1572

¹² Ver artículo 1568 Código Civil. (Cod. s/n. RO-S 104: 20, noviembre, 1970)

¹³ Jaime Fernández Madero. Op cit. Página 61.

tal como si el hecho dañoso no habría ocurrido¹⁴. Esta reparación, según la doctrina, se puede realizar de dos maneras: “la reintegración en forma específica, o reparación en especie [que] implica, literalmente, volver las cosas al estado que tendrían si no hubiera ocurrido el hecho dañoso”¹⁵. En estos casos, en los que se puede remplazar una especie (que evidentemente debía ser un género para poder ser reemplazada), se considera que existe una verdadera reparación *in natura*, sin embargo, estos casos son limitados y no toman en cuenta todas las circunstancias que rodean al daño, es decir, puede que no sea suficiente con remplazar la cosa dañada sino que la falta de uso de ésta pudo ocasionar un lucro cesante, que no se puede restituir de manera íntegra en el sentido estricto de la palabra, o el comportamiento del agente que ha generado el daño demuestra una desidia elevada respecto a los derechos ajenos¹⁶. El segundo método para cumplir la indemnización pecuniaria, que de alguna manera se equipara a la restitución íntegra es

[L]a llamada reparación por equivalente, o, propiamente *indemnización*, mediante la cual no se repone o reintegra en forma específica el bien dañado, se compensa o resarce el menoscabo patrimonial sufrido en razón del daño: se tiende, de esta manera, a restablecer el equilibrio patrimonial en función del valor que representa el perjuicio. (las cursivas constan en el original)¹⁷

Siguiendo esta línea de pensamiento, se comprende que no existe una restitución íntegra propiamente dicha, sino que a través de una compensación se busca restablecer un equilibrio patrimonial sin que necesariamente se regrese al estado previo al hecho dañoso; en este sentido, la indemnización no cumple una función estrictamente restitutoria sino que su función deviene en compensatoria, generalmente con el paliativo dinerario. Respecto a

¹⁴ En este sentido se pronuncia Pilar Domínguez Martínez: “Código Civil se reconoce el principio de “restitutio in integrum”, la obligación de reparar a cargo del responsable, de forma que se coloque al perjudicado en la situación que se encontraba ante de suceder el hecho dañoso” (Pilar Domínguez Martínez. “Vehículo Accidentado: Reparación o Indemnización. El Límite de la Indemnización del Daño Real en los Casos de Siniestro Total. Revista CESCO de Derecho de Consumo. Estudios y Consultas. Universidad de Castilla-La Mancha. En: <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>. Página 110), plasmando el sentido de reparación *in natura* que maneja el Código Civil de España, casi idéntico al ecuatoriano, puesto que plantea la obligación de reparar el daño causado (Artículo 1902 Código Civil de España, artículos 2214 y 2229 Código Civil Ecuatoriano).

¹⁵ Eduardo Zannoni. *El daño en la responsabilidad civil*. Segunda Edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1993, página 222.

¹⁶ Respecto a esta última circunstancia versan los daños punitivos, materia de la presente tesis.

¹⁷ Eduardo Zannoni. *Op. Cit.* Página 222.

la reparación íntegra de las lesiones causadas, se ha: “demostrado que es prácticamente imposible la aplicación de la restitutio in integrum per se como forma de reparar el daño que se ha causado”¹⁸, estableciendo que en muy pocos casos una reparación puede cumplir con los fines de ser íntegra, en el sentido de que las cosas regresen, en una ficción jurídica, al momento anterior al que se ha causado el daño. Sin embargo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido una serie de lineamientos para que las reparaciones se acerquen a la restitución íntegra, a saber: “mediante medidas individuales tendientes a restituir, indemnizar y rehabilitar a la víctima, así como medidas de satisfacción de alcance general y *garantías de no repetición*”¹⁹ (las cursivas no constan en el original), es importante destacar que el concepto más cercano de restitución íntegra, que es la base para la reparación por daños civiles, incluye la garantía de no repetición, es decir, evitar que el mismo agente o un tercero realice los actos que han generado un daño, sea cual sea la fuente de los daños y la forma en la que se debe realizar la reparación, es una necesidad del ordenamiento jurídico y de los jueces establecer parámetros que garanticen o por lo menos prevengan la repetición de los hechos dañosos.

La indemnización por perjuicios extrapatrimoniales se encuentra regulada dentro del sistema de responsabilidad civil bajo el título “De los delitos y cuasidelitos” del Código Civil ecuatoriano²⁰. Dentro de los cuales se establece que el punto de partida de los daños que no afectan a bienes patrimoniales de la víctima, y tienen como presupuesto un actuar negligente que deviene en un hecho ilícito que ha generado un daño a una persona, sin perjuicio de que en algunos casos, el incumplimiento contractual pueda generar un daño extrapatrimonial. Así, cuando el “acto-ya sea contractual o extracontractual- lesiona un derecho que no goza de aquella característica de pecuniario el daño es moral o extrapatrimonial”²¹. En este sentido, el daño moral adquiere una definición por negativo,

¹⁸ Andrés Rousset. “El concepto de la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Revista Interamericana de Derechos Humanos. Centro interamericano de Derechos Humanos. En: <http://www.cladh.org/revista-idh/el-concepto-de-reparacion-integral-en-la-jurisprudencia-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos/>

¹⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Lineamientos principales para una política integral de reparaciones*. 19 de febrero de 2008. En: <http://www.cidh.org/pdf%20files/Lineamientos%20principales%20para%20una%20pol%C3%ADtica%20integral%20de%20reparaciones.pdf>.

²⁰ Código Civil. (Cod. s/n. RO-S 104: 20, noviembre, 1970) artículos 2214-2237

²¹ Fernández Madero. Op. Cit. Página 61.

como una intención del legislador de no dejar impune un acto negligente simplemente porque no afecte al patrimonio. En consecuencia, “la definición más precisa de daño moral parece ser negativa: se trata de bienes que tienen en común carecer de significación patrimonial”²². Siguiendo la teoría de que el daño extrapatrimonial nace de un hecho ilícito, pero sin excluir la posibilidad de que nazca de una relación contractual preexistente, el artículo 2214 del Código Civil establece: “el que ha cometido un delito o cuasidelito que *ha inferido* daño a otro, está obligado a la indemnización”²³ (las cursivas no constan en el original), dentro de este artículo cabe recalcar que, al igual que los daños patrimoniales, es necesario que exista, además de la culpa un nexo causal; en este sentido Arturo Alessandri y Manuel Somarriva establecen:

No basta la existencia de un acto culposo o doloso y un daño. Es preciso, además, que éste sea la resultante o consecuencia de aquél [...] La expresión inferir, que en su sentido natural y obvio significa conducir a una conclusión o llevar a un resultado, pone de manifiesto la exigencia de la relación de causalidad.²⁴

Es necesario establecer el nexo causal ya que de éste se establece la indemnización, y en el caso de los daños extrapatrimoniales, el hecho que genera la indemnización es concluyente para determinar aquélla (sin perjuicio de que cuenten con una relevancia similar dentro de la responsabilidad patrimonial). En este sentido, el artículo 2232 del Código Civil prescribe que: “[...] 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*”²⁵ (las cursivas no constan en el original); en consecuencia se vislumbra que la indemnización por daños extrapatrimoniales no toma en cuenta tan solo al daño causado, sino al actuar de la persona que ha inferido el daño²⁶. En este caso, la determinación del monto de la indemnización no se encuentra sujeta a parámetros objetivos sino que como lo prescribe el artículo 2232 in fine del cuerpo citado:

La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado de la acción u omisión ilícita del demandado, *quedando a la prudencia del juez la*

²² Enrique Barros Bourie. Op. Cit Página 287.

²³ Código Civil. (Cod. s/n. RO-S 104: 20, noviembre, 1970) artículo 2214

²⁴ Arturo Alessandri y Manuel Somarriva. Curso de Derecho Civil. Redacción: Antonio Vodanovich. Tomo IV. Santiago de Chile: Editorial Nascimento, 1993. Página 880.

²⁵ Código Civil. (Cod. s/n. RO-S 104: 20, noviembre, 1970) artículo 2232

²⁶ Este precepto se toma, como punto de partida, para los daños punitivos, tal como se analizará a lo largo de este trabajo.

*determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo*²⁷

Así, la indemnización es determinada por el juez considerando la gravedad de la falta del que ha causado el daño. Estas consideraciones han llevado a debatir la naturaleza de la indemnización por daños extrapatrimoniales dentro del sistema de responsabilidad civil, ya que si bien la norma establece que el título será de reparación, una interpretación integral de la regulación puede llevar a conclusiones distintas.

Siguiendo esta línea de pensamiento, la naturaleza de la indemnización por daño moral aparece con una naturaleza poco concreta, a saber, puede ser o bien resarcitoria utilizando un paliativo pues “la alteración causada por el daño en este último supuesto [personal], hace imposible-a nuestro entender- reponer el *status anterior*”²⁸ (las cursivas pertenecen al original), en consecuencia, se utiliza un valor monetario determinado por un juez para compensar a la víctima de alguna manera ficta, debido a que es “un daño que no es susceptible de medición en dinero, de modo que cualquiera figura para llegar a su determinación no puede ser sino artificial”²⁹. En consecuencia se procura una restitución integral, pero la figura puede ser deteriorada, o comprendida de otra forma, en el sentido de que cambie su naturaleza, tanto por parte de las víctimas cuanto por parte de los jueces. En este sentido, Iturraspe y Piedecosas realizan un análisis de la jurisprudencia argentina y concluyen que la jurisprudencia: “se encuentra dividida sobre el carácter que asume el daño moral y así se señala en diversos pronunciamiento que es de carácter *ejemplar y no resarcitorio*”³⁰ (las cursivas no constan en el original). Este pronunciamiento se comprende debido a que la norma no considera tan solo el daño, sino que debe tomar en cuenta el actuar del agente que ha causado el daño, es decir, la *gravedad de la falta*. De igual manera, la existencia de los daños extrapatrimoniales se justifica pues

Los daños morales son perjuicios inconmensurables en dinero porque *no existe mercado* para la vida, la salud o el honor. Sin embargo, esta inconmensurabilidad no impide en el derecho moderno su compensación. Razones de *justicia correctiva* y de *prevención* hacen referible reconocer una indemnización basada prudencialmente en

²⁷ Código Civil. (Cod. s/n. RO-S 104: 20, noviembre, 1970) artículo 2232

²⁸ Carlos Alberto Gherzi. Op. Cit. Página 388.

²⁹ Enrique Barros Bourie. Op. Cit. Página 288.

³⁰ Jorge Mosset Iturraspe y Miguel Piedecosas. *Código Civil Comentado*. Santa Fe: Rubiznal-Culzoni, 2007, página 116.

criterios imprecisos, a dejar daños relevantes sin indemnización alguna³¹ (las cursivas constan en el original).

En este sentido, la compensación por daños morales parece cumplir una doble función, en primer lugar reponer de alguna manera a la víctima, pero también corregir y prevenir la existencia de este tipo de incumplimientos, es decir la naturaleza de los daños morales puede ser, además de indemnizatoria, punitiva y ejemplificativa. De igual manera, cabe resaltar que los daños morales pueden surgir tanto de la responsabilidad contractual cuanto de la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, se debe resaltar que esta no es la figura adecuada para cumplir dichas funciones, sino que existen otras figuras de responsabilidad que cumplen específicamente con dichas pretensiones del sistema regulativo, a saber, la figura de daños punitivos cumple con las pretensiones que el sistema ha distorsionado para el daño moral. Es importante resaltar que, como se ha analizado, la función preventiva o ejemplificativa *no es contraria ni ajena* al sistema de responsabilidad civil ecuatoriano.

1.2. Concepto y función de los daños punitivos

Los daños punitivos son una figura de responsabilidad civil que no forma parte de la responsabilidad contractual, extracontractual, moral o patrimonial, sino que se agrega a éstas con una nueva finalidad. En este sentido, los daños punitivos superan la concepción clásica de la responsabilidad civil de indemnizar a la víctima y elevan sus estándares a la indemnización y protección de la sociedad en general.

Los daños punitivos nacen en el derecho anglosajón³² que cumple con la función de disuadir y castigar conductas con un nivel de desidia grave hacia las obligaciones de las personas. Así, se vislumbra que los daños punitivos prestan especial atención a la *gravedad de la falta* cometida y a la culpa con la que se ha realizado el actuar. En este sentido, no se pueden excluir ni de la responsabilidad civil contractual ni extracontractual, ya que, como lo manifiestan Planiol y Ripert: “la obligación violada por el acto llamado “culpa” puede

³¹ Enrique Barros Bourie . Op Cit. Página 288.

³² Jorge Bustamante Alsina. “Los llamados daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”. *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*. V.3. Buenos Aires: La Ley, 2007, página 267.

ser, indistintamente, una obligación legal o una convencional”³³. En consecuencia, debido a que los daños punitivos castigan la conducta con cierto grado de culpa y desidia, sin importar si su origen es contractual o extracontractual. Siguiendo esta línea de pensamiento, la figura de daños punitivos no es una totalmente alejada de las figuras *comunes* de responsabilidad civil sino que es una consecuencia de las acciones realizadas que causaron el daño y la consecuente obligación de indemnizar. Si bien su naturaleza es distinta, nacen de un mismo hecho causal. Como lo explica Diego Martinotti: “los daños punitivos no compensan los daños sufridos (ni patrimoniales, ni morales) sino que se agregan a ellos”³⁴. En consecuencia, los daños punitivos actúan como un complemento de las figuras de responsabilidad clásicas, para cumplir un fin ulterior, a saber, ejemplificar o disuadir a la sociedad de que una conducta se repita, es decir un fin retributivo.

La doctrina ha planteado varias definiciones del concepto de daños punitivos, que si bien se distancian en ciertos puntos, comparten caracteres similares que pueden brindar un lineamiento para entender la figura. Por su parte, Agustín Álvarez establece que son “multas privadas impuestas para castigar una conducta gravemente reprochable y disuadir su futura imitación”³⁵, esta definición atiende a la conducta y a la función de la figura, así, aquélla debe contar con un nivel de negligencia elevado y ésta debe procurar que otros agentes no incurran en la misma conducta. En este sentido, Enrique Barros Burie dicta que:

La responsabilidad civil asume un carácter punitivo cuando la indemnización excede la reparación del daño causado. En este caso, la indemnización es otorgada al demandante, al menos en parte en forma de *pena civil*, que es *retributiva* respecto de un comportamiento particularmente impropio, y es una *sanción disuasiva*, que mira hacia el futuro, porque su finalidad es amedrentar al demandado y a los otros que estén en posición de incurrir en la conducta reprochable³⁶ (las cursivas pertenecen al original).

La definición de Barros Burie trae a colación la necesidad de una conducta especialmente culposa con la consecuencia de una sanción que impida su repetición, tanto por el demandado cuanto por terceros que se encuentren en la situación de cometer un hecho similar, pues “los casos de procedencia de esta indemnización consisten en abusos

³³ Marcel Planiol y Georges Ripert. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. 2nda Ed. México D.F.: Filiberto Cárdenas Uribe Cardenas Editores, 1991, página 530.

³⁴ Diego Martinotti. “Los daños punitivos en el proyecto del Código Civil de 1998”.

Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales. V.6. Buenos Aires: La Ley, 2007, página 1662

³⁵ Agustín Álvarez. *Repensando la incorporación de los daños punitivos*.

³⁶ Enrique Barros Bourie. Op. Cit. Página 304.

generados de una posición de privilegios de mercado en supuestos de *indiferencia consciente*, o [...] malos motivos en el accionar”³⁷. En razón de que existen casos en los que es preferible efectuar un daño y no cumplir con la obligación, pues al conocer la cuantificación máxima, el agente generador del daño puede optar por una conducta ilícita que, en una relación de costo-beneficio, netamente económica, puede resultar eficaz para el negocio o el acto que se realice³⁸, es necesario que el derecho intervenga y regule las relaciones para que se prefiera el cumplimiento de las obligaciones (tanto contractuales cuanto legales) frente a su incumplimiento y al pago de una indemnización. Siguiendo esta línea de pensamiento, se ha establecido que los daños punitivos tienen como presupuesto: “la reiteración de las conductas dañosas de la misma índole”³⁹, con el fin de otorgar una oportunidad al agente que causa el daño, para imponer la indemnización punitiva tan solo en el caso de la reiteración; empero, existen conductas de especial reproche que no deben esperar su repetición para ser sancionadas o reprimidas de manera inmediata, previniendo el abuso hacia los derechos ajenos.

Por otro lado, es necesario aclarar que la multa civil, o figura de daños punitivos, se enfoca principalmente en la conducta reprochable por el nivel de negligencia que conlleva. En este sentido, no depende de las condiciones de las víctimas y sus circunstancias no son determinantes para su constitución⁴⁰. En este sentido se expresan las definiciones doctrinarias estableciendo que lo realmente importante es sancionar una conducta de particular desidia y desconsideración frente a los derechos ajenos. Así, se castiga con la “multa civil a quien actúe con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva”⁴¹. A consecuencia de la actuación indiferente se concibe la “[...] posibilidad de incrementar la indemnización de la víctima por encima del monto que compensa los daños [...] y corresponden cuando el ilícito estuvo agravado”⁴², con el fin de disuadir de la conducta, tanto al actante como a terceros.

³⁷ Fernández Madero. Derecho de daños, nuevos aspectos doctrinarios y jurisprudenciales. Buenos Aires: La Ley S.A., 2002. Página 77.

³⁸ Véase: Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Wagner Iván Viñán Vásquez c. Federación Médica Ecuatoriana y otros. 19 Marzo 2003

³⁹ Jorge Mosset Iturraspe y Miguel Piedecabras. Op. Cit. Página 24.

⁴⁰ Elena, Highton, et al. “Limitación de la responsabilidad civil por daños”. *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*. V.1. Buenos Aires: La Ley, 2007, página 340.

⁴¹ José Mosset Iturraspe. “La “multa civil” o Daño Punitivo”. *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*. V.3. Buenos Aires: La Ley, 2007, página 1585.

⁴² Elena Highton et al. Op. Cit. Página 339.

Como se ha establecido a lo largo de las definiciones la figura de daños punitivos cumple con dos funciones, en primer lugar castigar al que ha actuado con grave indiferencia y utilizar el caso como ejemplo para evitar que esos actos se repitan. Respecto a la función de castigar se establece que “se dirigen a imponer al ofensor un excedente que se encuentra más allá de la mera reparación por los daños causados”⁴³, así se castiga de cierta forma al perpetrador del daño causado, basándose en su actuar.

Por otro lado, la función de disuadir de la conducta a terceros o de ejemplificar con la sentencia consta como la principal función de la figura, pues si bien se impone un castigo, el efecto último que éste busca es mantener la paz social y evitar futuras conductas igual de reprochables. En este sentido, se establece que:

Los daños o condenas punitivas, son penas privadas, no indemnizaciones, cuyo destino es sancionar graves inconductas del responsable y *prevenir su acaecer en el futuro, ejemplificándose con comportamientos que no deberían quedar sin sanción para su autor*⁴⁴ (las cursivas no constan en el original).

Así, la principal función de los daños es prevenir conductas futuras de igual significación y destinatarias de un semejante reproche. Siguiendo esta línea de pensamiento Jorge Bustamante Alsina establece que: “la idea de castigo no debe entrar en esta definición”⁴⁵ refiriéndose a los *exemplary damages* o daños punitivos según el sistema de *common law* anglosajón. En este sentido el incremento en la indemnización adquiere su “rasgo más característico [...] su imposición a fin de evitar la reiteración de conductas similares”⁴⁶. Como hemos analizado, la figura se preocupa más por el actuar del agente que causa el daño, que de la víctima, ya que lo que se procura evitar a futuro es la actuación, por este motivo definiciones tal como la que señala Mosset Iturraspe establecen, respecto a los daños punitivos que: “[...] Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido

⁴³ Fernando Racino. *En el intervalo: un estudio acerca de la eventual traslación de los daños punitivos al sistema normativo argentino*. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, página 9.

⁴⁴ Jorge A. Mayo. “El enriquecimiento obtenido mediante un hecho ilícito”. *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*. V.2. Buenos Aires: La Ley, 2007, página 1167.

⁴⁵ Jorge Bustamante Alsina. “Los llamados daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”. *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*. V.3. Buenos Aires: La Ley, 2007, página 267.

⁴⁶ Fernando Racino. Op.Cit. Página 9.

con su conducta”⁴⁷. Consecuentemente, los daños punitivos cumplen una función principal de mantener la paz social a través de una medida legislativa con carácter pecuniario, que resulta ser disuasivo de las conductas, por lo que se establece que

La posibilidad de establecer daños punitivos ciertamente apoya a los óptimos sociales pues: preserva la paz social, previene la repetición de accidentes y agravantes, disuade a que otros tengan conductas similares, induce y refuerza el cumplimiento de la ley; y contribuye al pago de los honorarios que el reclamante incurre para su defensa⁴⁸.

Por lo tanto, es evidente que la figura de daños punitivos es beneficiosa para la sociedad, sin perjuicio de que existan argumentos, tanto sociales cuanto jurídicos para su implementación, pues conllevan más beneficios que perjuicios. Así, se debe aclarar que la principal función de la figura es la disuasiva mientras que la sanción pecuniaria no es más que un medio eficaz para cumplir este fin.

⁴⁷ José Mosset Iturraspe. “La “multa civil” o Daño Punitivo”. Op. Cit. página 1585. El autor obtiene dicha definición del proyecto de reforma al Código Civil argentino de 1998. Si bien se encuentra un Código Civil vigente en Argentina, el artículo comentado, al igual que el concepto de daños punitivos, no se encuentran incorporados, sin embargo, utilizaremos el proyecto referido como una referencia doctrinaria más que legal.

⁴⁸ Elena, Highton, et al. Op. Cit. página 340.

2. Posición frente a los argumentos que se oponen a la implementación del sistema de daños punitivos

Una vez comprendida la figura en cuestión y que su naturaleza no es contraria a los principios generales de la responsabilidad civil, sino que implican un agregado que amplía el aspecto de la reparación con un fin ulterior (evitar que la conducta dañina se repita), se debe analizar si los daños punitivos se adecuan al orden legal actual.

Los daños punitivos constituyen una figura extraña a los sistemas continentales de responsabilidad civil, por lo que han causado que la doctrina plantee opiniones que se contraponen a su implementación dentro de las legislaciones, particularmente latinoamericanas. Así, es menester analizar los argumentos planteados para examinar si estos constituyen razones suficientes para impedir que los daños punitivos formen parte del sistema de responsabilidad nacional. En este sentido, estudiaremos los argumentos de orden constitucional, legal e incluso socioeconómico que han sido planteados, para reconocer si la institución materia del presente trabajo tiene cabida dentro del sistema de responsabilidad actual:

2.1. Inconstitucionalidad de la sanción a la luz del caso Chevron.

La primera crítica a la institución de daños punitivos dentro del sistema de responsabilidad civil ecuatoriano y en esencia la crítica más fuerte a esta figura, postula que los daños punitivos, en la actualidad, son incompatibles con la Constitución, lo que, de ser cierto, los convierte en una entidad inconstitucional, que en consecuencia no sería aplicable por ningún funcionario público, incluidos los jueces. Las principales postulaciones respecto a la inconstitucionalidad de los daños punitivos señalan que estos son contrarios a la Constitución debido a que atentan contra el principio de legalidad, generan una doble punición y su ejercicio resulta contrario al debido proceso. En razón de que la aplicación de los daños punitivos genera una serie de beneficios a favor de la sociedad, su implementación requiere de la constitucionalidad de la figura, por lo que, dentro del presente acápite se analizarán los fundamentos de los daños punitivos frente a las

acusaciones de carácter constitucional que han realizado los juristas que se oponen a la institución; adelantando que la regulación positiva de la figura de daños punitivos dentro del sistema de responsabilidad civil ecuatoriano eliminaría las objeciones constitucionales.

Dentro de la jurisprudencia ecuatoriana, encontramos la sentencia dictada en por la Corte Nacional de Justicia en el juicio No. 174-2012, en el caso seguido por María Aguinda Salazar y otros contra Chevron Corporation (en adelante caso Chevrón), la cual realiza un análisis respecto a la constitucionalidad de los daños punitivos y su aplicabilidad dentro del sistema de responsabilidad local. Al margen del ámbito político y social que engloba al caso citado, el análisis se remitirá exclusivamente a los argumentos que en derecho ha expuesto la Corte.

2.1.1. Los daños punitivos y el principio de legalidad

En primer lugar nos referiremos al principio de legalidad⁴⁹, cuya exposición se traduce en el argumento más fuerte frente a la implementación de los daños punitivos. Este argumento toma como punto de partida que los daños punitivos son una sanción de carácter penal, lo que evidentemente deviene en la necesidad de la aplicación estricta del principio de legalidad, es decir que la norma debe ser clara, previa, escrita y *de interpretación estricta*. Para suplir la supuesta falta de ley bastaría con el principio contemplado en la norma de que “todo aquel que genere un daño se encuentra obligado a la indemnización correspondiente”⁵⁰, en este sentido, siendo la indemnización punitiva un accesorio de la indemnización contractual o extracontractual según corresponda, el precepto citado sería suficiente para desvirtuar la falta de ley como un elemento para oponerse a la implementación de la institución de daños punitivos. Sin embargo, los opositores de la figura, la analizan como una institución de carácter penal, basándose en su traducción literal y nombre, mas no en lo que realmente representa la figura y sus efectos⁵¹; siguiendo dicha línea de pensamiento, Picasso manifiesta que:

la consagración legislativa de los "daños punitivos" requeriría de una detallada descripción del hecho generador en cada caso, no bastando con una genérica y

⁴⁹ Principio reconocido en el artículo 76 número 3 de la Constitución de la República: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no este tipificado en la ley, como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”.

⁵⁰ Principio contemplado en el artículo 2232 del Código Civil ecuatoriano.

⁵¹

abierta cláusula general. Lo mismo ocurriría, naturalmente, con el monto de la sanción⁵²

En consecuencia el que “las personas que generen un daño se encuentren obligados a indemnizar” no es suficiente para establecer una indemnización de carácter punitivo, por su consideración de ser una sanción de carácter penal. En este sentido la Corte Nacional en el caso Chevron, en el considerando 7.5 letra a, en el que analiza la aplicación de los daños punitivos, establece que:

Se consagra en el Código Civil ecuatoriano la reparación a la víctima, más no se ha establecido (sic) medidas ejemplificativas que puedan justificar el aplicar precedentes o jurisprudencias de otras legislaciones como es la americana. De ahí que, como bien mencionan los doctrinarios “donde no dice la ley no le es dado al juez.”⁵³

Así, la jurisprudencia citada consagra la necesidad de la existencia de una norma para que el juez tenga la potestad de imponer una indemnización de carácter punitivo. Cabe resaltar que, como se ha mencionado, esta decisión de la Corte parte del principio de que los daños punitivos son una figura que corresponde particularmente al derecho penal. Empero, en caso de pertenecer netamente al plano civil, no sería necesaria una aplicación tan estricta del principio de legalidad consagrado en la máxima “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”. Ahora bien, es necesario determinar la naturaleza de la indemnización punitiva con el fin de afirmar si debe mantener un apego estricto al principio citado o si bastaría con una norma general tal como establecer la obligación de indemnizar un daño.

Así, se razona que “cuando la sanción es de prisión, su carácter penal no es controvertido. Pero cuando se trata de consecuencias pecuniarias, en la práctica suele haber dificultades para determinar la naturaleza civil o penal de ciertas multas”⁵⁴. En este sentido la naturaleza de una indemnización que supera a la reparación es incierta y genera posturas contrarias. Por su parte doctrinarios afirman que: “una decisión que determine daños

⁵² Sebastián Picasso. *Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor*. En *Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor*, dirigido por Roberto Vázquez Ferreyra. Buenos Aires: Ed. La Ley, 2008.

⁵³ Corte Nacional de Justicia. *María Aguinda Salazar y otros c. Chevron Corporation*. Juicio No. 174-2012. Quito, 12 de noviembre de 2012. Juez Ponente: Wilson Andino Reinoso.

⁵⁴ Jonathan Brodsky. *Daño Punitivo: prevención y justicia en el derecho de los consumidores*. Lecciones y Ensayos, No. 90-2012, página 282.

punitivos significa una sanción de tipo penal, aun cuando se produzca en sede civil”⁵⁵, lo que conlleva a la aplicación estricta del principio de legalidad el cual implica “un límite que el Estado liberal-democrático ha impuesto para la garantía de los individuos, consistente en que *la ley penal debe ser estricta y anterior al hecho del proceso*”⁵⁶ (las cursivas no constan en el original); por lo que el “*tipo*” (para esta interpretación penal), de la institución de daños punitivos debería describir detalladamente cada conducta que genere como consecuencia la indemnización punitiva, lo que evidentemente no sucede en las legislaciones propuestas⁵⁷ y constituiría una labor legislativa extensa que probablemente dejaría una serie de vacíos, lo que haría prácticamente inaplicable a la figura de daños punitivos. Respecto a la institución de daños punitivos como una figura eminentemente penal, Diego Martinotti realiza un claro análisis:

La naturaleza penal de una sanción que imponga daños punitivos surge, por su parte, de la distinción entre pena (sanción punitiva) y reparación (sanción reparadora) sobre la base de tres pautas: Objetiva, el monto de la reparación coincide con el daño sufrido mientras que el concedido a título de pena coincide con el grado de culpabilidad; Subjetiva, el elemento que origina la reparación es la obligación de reparar, mientras que el de la pena es la culpabilidad; Teleológica, la reparación se preocupa de la víctima, la pena mira al autor del hecho.⁵⁸

Considerándolo así, y partiendo de las diferencias entre la pena y la reparación, parece que los daños punitivos deberían pertenecer a la rama penal, tal como lo explica la Corte Nacional de Justicia en el caso Chevron:

[...]no existe en el campo civil daños punitivos, más aún cuando estos imponen una pena en el ámbito civil, *para la procedencia de los daños punitivos debe estar expresamente determinado en la ley*, tomando en cuenta que generalmente el derecho administrativo y penal son los que imponen penas y no el derecho civil, por eso es necesario el establecimiento expreso en la ley de los daños punitivos, recordemos que los daños y perjuicios nacen en el derecho como una venganza contra quien ha causado un daño para finalmente y a través del tiempo convertirse en un derecho reparatorio, *más los daños punitivos van más allá de la reparación*, y quien recibe la cantidad establecida mediante una multa es la víctima, por lo que también debe probarse en el caso de daños punitivos *la malicia con que ha actuado quien produjo el daño* y por otro lado la legislación en caso de prever daños

⁵⁵ Gladys Álvarez, Carlos Gregorio y otros. *La limitación de la responsabilidad por daños. Un enfoque socioeconómico*. La Ley, 1997, página 1045.

⁵⁶ Donna. Teoría del Delito y de la Pena.

⁵⁷ Ref. Proyecto Código Civil Argentino. 1998. En: <http://campus.usal.es/~derepriv/refccarg/proyecto/libro4.htm>

⁵⁸ Diego Martinotti. “Los daños punitivos en el proyecto del Código Civil de 1998”. *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*. V.6. Buenos Aires: La Ley, 2007. Página 1666.

punitivos debe establecer máximas y mínimas de las multas a fin de no generar fraudes o la búsqueda de enriquecimientos sin causa; multas que sean ejemplificativas y que jamás destruyan la economía de una persona natural o jurídica (las cursivas no constan en el original).⁵⁹

Así, se desprende que, aparentemente los daños punitivos constituyen una figura penal; no obstante, se debe realizar un análisis más profundo para determinar su naturaleza, el cual se basará en los tres puntos establecidos por Diego Martinotti, es decir que el monto es superior al daño efectivamente causado, que la pena observa la culpabilidad y que ésta se enfoca en el autor y no en la víctima.

Respecto a la primera alegación, es evidente que el monto asignado a través de la compensación punitiva es superior a la compensación que corresponde a la víctima, por lo que Jorge Mayo opina que: “me parece que la figura del daño punitivo no encuentra cabida en nuestro ordenamiento, pues la reparación tiene como tope los perjuicios indemnizables sufridos por el interesado”⁶⁰. Sin embargo, esta compensación, accesoria y complementaria, no es arbitraria, sino que tiene fundamento en la finalidad de la institución, esto es la disuasión y prevención de la conducta del agente que se encuentra condenado al pago de la compensación punitiva. Así:

[L]as condenas por daños punitivos llevan en si un mensaje o amenaza disuasoria que constriñen a desplegar precauciones para evitar lesiones análogas o abstenerse de conductas desaprensivas. Con este instituto, se busca prevenir conductas en las cuales el actor considere que la utilidad que recibe del daño es mayor a la indemnización que debe asumir.⁶¹

Así, la finalidad de la indemnización civil debe trascender su pasado y sus inicios, como lo manifiesta Diez Picazo, citado por la Corte Nacional en el caso Chevron: "Es verdad que la función *punitiva estuvo* en los orígenes de normas que hoy denominamos de responsabilidad civil extracontractual, pero hay que entender que en la actualidad *es por*

⁵⁹ Corte Nacional de Justicia. *María Aguinda Salazar y otros c. Chevron Corporation*. Juicio No. 174-2012. Quito, 12 de noviembre de 2012. Juez Ponente: Wilson Andino Reinoso.

⁶⁰ Jorge A. Mayo. “*El enriquecimiento obtenido mediante un hecho ilícito*”. *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*. V.2. Buenos Aires: La Ley, 2007. Página 1167. Además en el pie de página número 21, el autor aclara que: “Si el daño punitivo importa una sanción, ella no puede surgir sino de la ley; y nuestro ordenamiento no prevé una tal penalidad”

⁶¹ Jenner Alonso Tobar Torres. *Los daños punitivos y las oportunidades de aplicación en Colombia*. En: Revista Republicana. No. 11. Julio-Diciembre 2011. Página 160.

completo ajena a ellas"⁶²(las cursivas no constan en el original); así la función de la indemnización supera la mera penalidad o como mal lo llama la Corte Nacional la *venganza*⁶³, para llegar a una verdadera reparación, una reparación integral, como lo define la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 18:

En caso de declararse vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, *las garantías de que el hecho no se repita ...*⁶⁴(las cursivas no constan en el original)

Así, los daños punitivos constituyen la figura precisa para permitir que la reparación sea íntegra, sobre todo en su finalidad última la cual es evitar que la conducta particularmente reprochable se repita, sea por el autor o por terceros. Cabe resaltar que el precepto citado, sin perjuicio de encontrarse dentro de un cuerpo normativo que regula las vulneraciones a los derechos constitucionales, revoluciona a todos los ámbitos del derecho en lo que a la reparación respecta⁶⁵ puesto que, en todos los casos se vulnera un derecho constitucional, para el caso de las indemnizaciones civiles, encontramos de manera más común el derecho a la propiedad⁶⁶ o el derecho a la honra⁶⁷, por lo que toda vulneración debería conllevar una reparación integral, la cual implica, en ciertos casos, la figura de daños punitivos. En este sentido, la institución analizada, una figura preventiva y disuasoria por concepto, cumple con la finalidad que la norma de reparación integral busca, tomando la medida de superar el monto de la indemnización, supera la mera aspiración de la reparación patrimonial y encuentra así la verdadera protección y garantía de los derechos constitucionales, es decir evitar que las conductas, que los vulneran con cierta desidia, se repitan. Por lo que, siendo esta norma aplicable a todas las ramas del derecho, no existe motivo por el cual los daños punitivos cuenten con un carácter exclusivamente penal, sino que, como compensación que son, ingresan en la rama civil, justificando de esta manera un monto superior al daño

⁶² ¹⁴⁸ Díez Picazo Luis, *Derecho de Daños*. España : Civitas Ediciones, S.L., 2000, página 44. En: Corte Nacional de Justicia. *María Aguinda Salazar y otros c. Chevron Corporation*. Juicio No. 174-2012. Quito, 12 de noviembre de 2012. Juez Ponente: Wilson Andino Reinoso.

⁶³ Ver. Corte Nacional de Justicia. *María Aguinda Salazar y otros c. Chevron Corporation*. Juicio No. 174-2012. Quito, 12 de noviembre de 2012. Juez Ponente: Wilson Andino Reinoso.

⁶⁴ Registro Oficial No. 52. Jueves 22 de octubre de 2009. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 18. Inciso primero.

⁶⁶ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66 número 26.

⁶⁷ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66 número 3 letra a y artículo 66 número 18.

causado, dentro de la rama civil, en complemento con la definición ecuatoriana de reparación integral.

Otra diferencia entre el derecho civil y el derecho penal respecto a las “sanciones” se fundamenta en que la “pena” civil es consecuencia de la obligación de reparar, mientras que la penal observa la culpabilidad del agente causante del daño. Este argumento carece de sustento puesto que la obligación penal nace igualmente de la norma, y, en un sistema positivista como el nuestro, toda obligación tiene cabida en una norma. De igual manera, la obligación de reparar el daño causado no parte solamente de la obligación contenida en la norma, sino que:

[L]a sanción reparatoria o resarcimiento tiene por fin, como hemos dicho, reestablecer la situación conforme a derecho, o sea la reposición de las cosas tal como se hallaban antes del acto ilícito. Ello significa el desmantelamiento de la obra ilícita por la supresión de los efectos pasados, presentes y futuros.⁶⁸

En este sentido, la reparación no parte únicamente de la obligación de resarcir el daño, sino que esta obligación es consecuencia de un hecho ilícito, tal como lo es en el derecho penal, por lo que no existe una distinción suficiente como para calificar a los daños punitivos como una institución penal. De igual manera, se debe considerar que el hecho ilícito, por regla general, requiere de una actuación dolosa o culposa, como lo establece Jorge Bustamante Alsina:

Por mucho que se haya discutido en la doctrina acerca de los fundamentos de la responsabilidad civil la noción de culpa continúa hoy siendo en el derecho positivo (excepto en el Código Civil de Méjico, artículos 1910-1911 y soviético, art.403) *elemento inexcusable para imputar las consecuencias dañosas tanto en la inejecución de los contratos como para la comisión de actos ilícitos*⁶⁹(Las cursivas no constan en el original).

Así, salvo los casos limitados de responsabilidad objetiva, la culpa es un elemento esencial para la responsabilidad civil. De igual manera, se debe resaltar que incluso en la responsabilidad civil se encuentra la gradación de la culpa, particularmente dentro de la

⁶⁸ Jorge Bustamante Alsina. *Responsabilidad Civil y otros estudios*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires: 1984. Página 219.

⁶⁹ *Ibíd.* Página 417.

responsabilidad contractual⁷⁰, lo que resalta que, dentro de la responsabilidad civil *se debe* observar la culpabilidad del actor para establecer la *sanción* u obligación de indemnizar. Por lo que no existe, dentro de este punto, argumento suficiente para sustentar que los daños punitivos deban apegarse al estricto principio de legalidad.

Por último se alega que, mientras el derecho penal observa la conducta del actor, en el ámbito civil la principal preocupación se encuentra en la reparación a la víctima. Sin embargo, como se ha mencionado, la responsabilidad civil se preocupa de igual manera de la actuación de aquél que genera el daño, tal como se evidencia en la gradación de la culpa de la responsabilidad contractual, incluso la Ex-Corte Suprema de Justicia dictaminó que por la calidad del actor que causó el daño (Combursatil Casa de Valores), éste debía actuar con la *máxima* diligencia⁷¹; lo que revela que el comportamiento del actor y la calidad de éste constituyen actualmente un elemento a considerar dentro de la responsabilidad civil. De igual manera, dentro de la responsabilidad extracontractual el artículo 2232 del Código Civil manda claramente que la indemnización se justificará por “la gravedad del perjuicio sufrido *y de la falta*”⁷² (las cursivas no constan en el original); resaltando nuevamente que dentro de la responsabilidad civil se encuentra inmersa la conducta del actor del daño como un elemento relevante al momento de establecer una indemnización. Por último, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece, refiriéndose a la reparación integral -que, como fue explicado, es aplicable a todas las ramas del derecho- que: “la reparación se realizará *en función del tipo de violación, las circunstancias del caso*, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida”⁷³; resaltando nuevamente que si bien la reparación “no penal” se enfoca en la víctima y en la reparación que ésta merece, no deja de lado el comportamiento del actor del daño para determinar la indemnización correspondiente. Así, siendo los daños punitivos una institución que requiere de un daño generado a una persona, pero que además se preocupa de la conducta del actor del daño, no es una figura de carácter eminentemente penal, sino

⁷⁰ Código Civil. (Cod. s/n. RO-S 104: 20, noviembre, 1970) artículo 1563: “El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; de la levisima, en los casos contratos en los que el deudor es el único que reporta beneficio”.

⁷¹ Corte Suprema de Justicia. *Héctor Loor Gavilanes c. Combursatil Casa de Valores Sociedad Anónima*.

⁷² Código Civil. (Cod. s/n. RO-S 104: 20, noviembre, 1970) artículo 2232.

⁷³ Registro Oficial No. 52. Jueves 22 de octubre de 2009. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 18. Inciso segundo.

que se asemeja más a la responsabilidad civil, lo que deviene en que el apotegma de que toda persona que genere un daño se encuentra obligado a repararlo⁷⁴, en complemento con la reparación integral definida en nuestra legislación sea suficiente para aplicar los daños punitivos.

Finalmente, distinguir una sanción penal de una civil (en caso de que no exista prisión), resulta complicado, en razón de “la identidad ontológica de ambos tipos de norma”⁷⁵. Empero, en la legislación ecuatoriana encontramos una marcada diferencia entre la reparación civil y el fundamento del derecho penal. Por su parte, el derecho penal encuentra su fundamento plasmado en el artículo 201 de la Constitución, que establece que las sanciones penales buscan como fin rehabilitar a la persona⁷⁶ y respecto a la reparación integral de los daños se encuentran delimitado en el artículo 77 del Código Orgánico Integral Penal, el cual manda:

La reparación integral radicará en la solución que objetiva y simbólicamente restituya, en la medida de lo posible, al estado anterior de la comisión del hecho y satisfaga a la víctima, cesando los efectos de las infracciones perpetradas. Su naturaleza y monto dependen de las características del delito, bien jurídico afectado y el daño ocasionado.⁷⁷

Así, la única similitud que encontramos entre los daños punitivos y la función del derecho penal en Ecuador se encuentra en que ambos observan al autor y su conducta para la imposición de la sanción; lo que no convierte a los daños punitivos en una figura penal. Los daños punitivos, cuentan con la finalidad-en términos penalistas- en la prevención general, la cual se enfoca en prevenir que el comportamiento se repita⁷⁸, tal como lo define Owen:

Los propósitos de los perjuicios entendidos como daño ejemplificante son dos: primero, punir o castigar al responsable por una conducta atroz, y segundo, *evitar*

⁷⁴ Antonio Vodanovic. *Manual de Derecho Civil Partes Preliminar y General*. Segunda Edición. Santiago de Chile. Editorial Jurídica ConoSur Ltda. 2001. Páginas 10, 169.

⁷⁵ Jonathan Brodsky. Op. Cit. Página 282.

⁷⁶ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 201. Inciso primero: “El sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y garantía de derechos”

⁷⁷ Código Orgánico Integral Penal. Registro oficial-Suplemento 180: 10-febrero-2014. Artículo 77 inciso primero.

⁷⁸ Edgardo López Herrera. *Los daños punitivos*. Segunda Edición. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 2011. Página 113.

*que tanto el responsable como las demás personas se comporten de manera similar en el futuro*⁷⁹ (las cursivas no constan en el original).

Así, las funciones de los daños punitivos y su finalidad última se encuentran más cercanos al derecho civil en complemento con la reparación integral regulada en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que a los fundamentos del derecho penal.

Cabe resaltar que la Corte Nacional, en el caso Chevron expuso que la reparación integral contemplada dentro del cuerpo legal citado no tenía cabida en el caso particular por tratarse de un caso ambiental y no de una garantía jurisdiccional, decisión a la cual nos oponemos ya que toda reparación y particularmente la reparación civil debe superar la función meramente retributiva, es decir “un mal por otro mal” y llegar a la verdadera reparación integral, lo que se puede lograr mediante la figura de daños punitivos. Parecería absurdo limitar la aplicación de la definición de reparación integral contemplada en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional a los casos de Garantías Constitucionales, considerando que la norma nos otorga una definición más amplia y clara de la reparación integral que deben buscar *todas* las ramas del derecho y más aun tomando en cuenta que todos los jueces cuentan con la *obligación* de aplicar la Constitución –y se comprende que sus complementos- de forma directa en todos los casos.

Cabe resaltar que el artículo 2232 del Código Civil manda que todo daño debe ser *reparado*⁸⁰, efectivamente, no sólo indemnizado, sino que reparado, por más, de manera íntegra, complementando los preceptos jurídicos que las normas, tales como la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional nos otorgan; permitiendo así la evolución continua del derecho en pro de garantizar de una manera más eficaz los derechos de los ciudadanos. En este sentido López Herrera nos enseña que:

Si bien no puede hablarse de que tomen el lugar del daño causado, sustituyendo el perjuicio por un equivalente [refiriéndose a la indemnización], los daños punitivos sí pueden ser catalogados como una “reparación”. Reparar, del latín *reparare* quiere decir también “desagraviar, satisfacer al ofendido” y “remediar o precaver

⁷⁹ Owen. Products Liability law Cardine del Sur. Thomson West. 2005. Página 120. En: David Aristázabal Velasquez. Apuntes sobre el Daño Punitivo en la Responsabilidad Patrimonial Colombiana. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 40 No. 112. Medellín: Enero-julio 2010, página 185.

⁸⁰ Código Civil. (Cod. s/n. RO-S 104: 20, noviembre, 1970) artículo 2232: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por esta”

un daño”. Y el Código Civil argentino, como el español y el francés, manda “reparar” el daño.⁸¹

Asimismo lo contempla el Código Civil ecuatoriano, por lo que se debe partir de dicha legislación para expandir el concepto de reparación, para que no quede en una penosa indemnización, sino que cumpla con objetivos más amplios, la prevención de conductas similares y así la verdadera protección de los derechos; no es efectivo ni útil indemnizar un daño causado, ya que siempre es preferible prevenir que dicho daño sea causado.

De igual manera, cabe resaltar que los daños punitivos, por definición (para algunos autores) no pertenecen al derecho penal, así Aristázabal expresa que en los daños punitivos: “solo resulta viable una *gross negligence* (negligencia grosera) sin llegar al punto de una *criminal negligence* (negligencia criminal) la cual es una negligencia tan extrema que solo es punible dentro del marco de la ley penal”⁸²; mientras que otros autores consideran que el derecho penal, tanto por su saturación, cuanto por contar con el carácter de *última ratio*, la necesidad de sustituir sanciones penales por civiles y la constante expansión del derecho penal⁸³, constituyen argumentos suficientes para que los daños punitivos se enmarquen en el ámbito civil. Así, la institución analizada no requiere del apego estricto al principio de legalidad y en consecuencia la descripción de cada conducta que genere un daño punitivo, sino que basta con una norma general.

2.1.2. Los daños punitivos y la doble punición

La segunda alegación de carácter constitucional establece que los daños punitivos generan una doble punición. En este sentido, al considerarlos una sanción *nueva*, la persona que cometa un daño y deba pagar, además de la indemnización una compensación o reparación punitiva, incurriría no sólo en un segundo juzgamiento por un hecho que ya ha cometido, sino que además pagaría dos veces por un solo hecho. En este sentido, Diego Martinotti declara que:

[...] y es que justamente si los mismos son una sanción de naturaleza penal, deberían ajustarse al principio *non bis in ídem*; extremo, éste, que no se respeta. En efecto, una gran cantidad de casos en los cuales proceden los daños punitivos son

⁸¹ Edgardo López Herrera. Op Cit. Página 21

⁸² David Aristázabal Velasquez. Op. Cit. Página 184.

⁸³ Edgardo López Herrera. Op. Cit. Páginas 117-119.

supuestos en los que la conducta encuadra dentro de un delito de tipo criminal, con la consecuente doble punición.⁸⁴

Como se puede analizar, la objeción se fundamenta en que la compensación punitiva cuenta con carácter penal; postulado que ya fue rechazado en los párrafos que anteceden. De todas maneras se deben realizar una precisión respecto a las características de los daños punitivos para que éstos no atenten contra a la garantía contenida dentro del artículo 76 número 7 letra i⁸⁵ de la Constitución, es decir el principio *non bis in ídem*. Así, se debe precisar que los daños punitivos son accesorios, y ésta es la principal característica que conlleva a que no vulneren el principio detallado, puesto que no constituyen una nueva condena ni un nuevo juzgamiento sino que implican un complemento frente a una indemnización, para convertirla en una reparación integral. Así:

Los daños punitivos son un agregado, un plus a la indemnización por daños sufridos, algo que se concede a título distinto de mera indemnización del dolo causado, que puede tener una finalidad preventiva y también satisfactiva o sancionatoria. He aquí un primer indicio de su naturaleza jurídica: es un instituto jurídico siempre accesorio, o como lo ha dicho la jurisprudencia estadounidense *incidental*.⁸⁶

Es decir que en un solo proceso el causante de un daño se verá obligado a la indemnización y a la reparación punitiva, sin que esta constituya un nuevo proceso. Respecto al principio *non bis in ídem* la Corte Constitucional ha sentenciado que:

Una de las garantías que integran el derecho a la defensa y que su vulneración ha sido alegada por el accionante en su demanda, es la establecida en el literal i del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, se trata del principio *non bis in ídem*, que establece que nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia; principio que se fundamenta, principalmente, en la institución de la cosa juzgada tanto en su arista positiva como negativa, constituyéndose en una garantía dentro de la administración de justicia, que logra que las decisiones que ponen fin a un proceso gocen de fuerza obligatoria y definitiva, erigiéndose de esta forma, como verdad material de los procesos y a su vez, impidiendo que los ciudadanos, al momento de someterse a la actividad jurisdiccional del Estado, no se encuentren en una situación de incertidumbre respecto a la posibilidad de que los temas sobre los conflictos que ya fueron

⁸⁴ Diego Martinotti. “Los daños punitivos en el proyecto del Código Civil de 1998”. Op. Cit. Página 1666.

⁸⁵ Artículo 76 número 7 letra I de la Constitución de la República del Ecuador: “Artículo 77.-En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto”

⁸⁶ Edgardo López Herrera. Op. Cit. Página 21

conocidos, vuelvan a plantearse con identidad subjetiva y objetiva, para una nueva solución.⁸⁷

Por ende, siendo los daños punitivos una compensación accesoria, no atentan contra el principio de cosa juzgada ya que es menester que se condene al actor del daño a una indemnización para imponer, de manera accesoria y tomando como presupuesto de partida la indemnización, una compensación punitiva, por lo que no es necesario que se plantee una nueva acción o un nuevo proceso que genere una solución distinta, sino que, dentro del proceso *común* de indemnizaciones por daños sufridos, se llegará a la solución única de condenar al causante del daño a la reparación punitiva en caso de que su conducta lo amerite. El hecho de considerar a los daños punitivos como un atentado al principio *non bis in ídem*, resulta tan incoherente como pensar que la indemnización por daños posterior al procedimiento penal resulta inconstitucional puesto que el infractor ya fue juzgado por el delito cometido. Así, no existe argumento suficiente para calificar a los daños punitivos como una figura inconstitucional puesto que estos no generan una doble punición, sino que son un complemento de carácter accesorio y excepcional, dentro de la indemnización civil general. Al ser los daños punitivos un complemento de la indemnización por perjuicios sufridos durante un proceso y al ser determinados dentro del mismo juicio de indemnización *común*⁸⁸, no constituyen una vulneración a la doble punición, puesto que esta garantía se respeta, tanto dentro de su arista positiva cuanto su arista negativa, ya que la decisión pone fin al proceso y de igual manera y no es posible que se plantee un nuevo proceso para determinar nuevamente la reparación punitiva, es decir, si en el proceso de indemnización *regular* no se determina una reparación punitiva, no se podrá solicitar con posterioridad en un proceso separado, puesto que de ser el caso, se notaría vulnerado el principio *non bis in ídem*. Así, los daños punitivos se determinan en el proceso de indemnización que sigue la víctima, mas no en uno separado, constituyendo una reparación complementaria que, en consecuencia, no juzga nuevamente al agente que ha causado el daño.

2.1.3. Los daños punitivos y el debido proceso

⁸⁷Corte Constitucional del Ecuador. *Pedro Marcelo Carrillo Ruiz c. Sentencia dictada por la sala de Conjuces de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas*. Acción de protección No. 233-2010,645-2010,033-2011. Sentencia No. 221-14-SEP-CC. Caso No. 2161-11-EP. Quito, 26 de noviembre de 2014. Página 11.

⁸⁸Edgardo López Herrera. Op. Cit. . Página 22.

Por último, una alegación frente a los daños punitivos establece que al utilizar esta figura se vulnera el debido proceso, garantía constitucional que debe ser respetada por todos los jueces; así la alegación no se fundamenta solamente en que el condenado no cuenta con las garantías con las que contaría de tratarse de un proceso penal (acusación que se remite al primer punto discutido en este acápite), sino que además vulnera la obligación de congruencia que los jueces deben cumplir, que se notaría vulnerada al dictar una sentencia *extra petita*. El principio de congruencia se encuentra reconocido en la normativa procesal ecuatoriana, así, el Código de Procedimiento Civil manda en su artículo 273 que: “La sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre que se trabó la litis y los incidentes que, originados durante el juicio, hubieren podido reservarse, sin causar gravamen a las partes, para resolverlos en ella”⁸⁹; lo que fundamenta la decisión de la Corte Nacional en el caso Chevron, que respecto a los daños punitivos manifiesta que:

[E]ste Tribunal de Casación efectivamente encuentra que existe una condena que no ha sido requerida, en la decisión que se recurre se falla sobre lo que no fue materia del litigio, es decir lo que no fue objeto de reclamo de la parte demandante en su libelo inicial, *no es congruente entonces la sentencia con la demanda. En conclusión, se ha resuelto algo que no fue materia de la controversia, es decir se ha fallado extra petita.*⁹⁰ (las cursivas no constan en el original)

Puesto que la condena por daños punitivos no fue solicitada por las partes. De igual manera, el Código Orgánico General de los Procesos reconoce el principio citado en su artículo 92, el cual prescribe: “Las sentencias deberán ser claras, precisas y congruentes con los puntos materia del proceso. Resolverán sobre las peticiones realizadas por las partes y decidirán sobre los puntos litigiosos del proceso”⁹¹; convirtiendo así a cualquier condena no solicitada por las partes en una condena que sentencia “sustituyendo la pretensión del actor por otra, ya sea concediendo algo distinto a lo pedido o concediendo algo adicional”⁹²; es decir, una sentencia *extra petita*.

⁸⁹ Código de Procedimiento Civil. Cod. S/N Registro Oficial-Suplemento 687: 18-mayo-1987.

⁹⁰ Corte Nacional de Justicia. *María Aguinda Salazar y otros c. Chevron Corporation*. Juicio No. 174-2012. Quito, 12 de noviembre de 2012. Juez Ponente: Wilson Andino Reinoso.

⁹¹ Registro Oficial Suplemento 506. 22 de Mayo de 2015. Código Orgánico General de los Procesos. Artículo 92

⁹² María Virginia Barreiro. “Principio de Congruencia: Su violación como causal de Casación. Los poderes del órgano de casación”, en: AA.VV: XIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, página 159.

Por su parte, el artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial contempla un concepto más amplio del principio de congruencia o verdad procesal, así, manda que:

Las juezas y jueces resolverán únicamente atendiendo a los elementos presentados por las partes. No se exigirá prueba de los hechos públicos y notorios, debiendo la jueza o juez declararlos en el proceso cuando los tome en cuenta para fundamentar su resolución⁹³

En este sentido, las partes deben aportar las pruebas suficientes como para que la condena amerite su pretensión. Por lo que se debe considerar otra característica esencial de los daños punitivos y es que estos cuentan con un carácter excepcional, lo que implica que:

La regla es que los daños punitivos no proceden en ningún tipo de acción. No basta demostrar, por ejemplo, que se ha sufrido un daño injustamente causado por otra persona. Además *en el mismo proceso hay que probar que concurren otras circunstancias*, por ejemplo, la actitud del dañador hacia la víctima, su malicia, temeridad, o la actividad dañosa, teniendo en cuenta el mayor beneficio obtenido después de las indemnizaciones⁹⁴ (las cursivas no constan en el original).

Así, aquél que pretenda una condena por daños punitivos deberá probar todos los hechos que los justifiquen, otorgando al juzgador elementos suficientes para dictar una sentencia a su favor; e incluso, en caso de que no sean solicitados, el juez debe comprobar que dentro del proceso se han demostrado todos los hechos que ameriten una reparación de carácter punitivo. Respecto a la congruencia de las sentencias, la Corte Constitucional Colombiana ha sentenciado que:

cuando se realice un juicio sobre la actividad del juez, para establecer si la violación del principio de congruencia constituye o no una vía de hecho, se deberá tener en cuenta (1.) la naturaleza de las pretensiones hechas -lo pedido- y el campo de aplicación de los derechos en juego; (2.) si la sentencia o providencia judicial recae sobre materias no demandadas, debatidas o probadas en el proceso; y, (3.) si el proceso conservó, desde su apertura hasta su culminación, un espacio abierto y participativo para las partes en contienda, de modo que se asegure la existencia del debate y de la contradicción -que le son consustanciales y que son el presupuesto de

⁹³ Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial- Suplemento 544: 9-marzo-2009. Artículo 27.

⁹⁴ Edgardo López Herrera. Op. Cit. Página 22

una sentencia justa- sobre una base de lealtad y de pleno conocimiento de sus extremos fundamentales.⁹⁵

Así, cabe resaltar que, en razón de que los hechos que fundamentan una sentencia en la que se condene a daños punitivos deben ser probados a probidad, respecto a los hechos no se vulnera en sentido alguno el principio de congruencia y el derecho a la defensa, puesto que las partes cuentan con igualdad de oportunidades para contradecir las pruebas presentadas. Respecto a la naturaleza de la pretensión, ya se ha analizado que los daños punitivos constituyen una herramienta para obtener una reparación óptima e íntegra de los derechos vulnerados y que en consecuencia, cuando una de las partes solicita una reparación el juez debe realizar todo lo que se encuentre a su alcance para que ésta sea íntegra; ergo, la sentencia punitiva no contaría con una incongruencia en razón del objeto y materia propias del litigio, es decir aquella que “obedece a una deficiencia entre el objeto procesal y la sentencia”⁹⁶; siendo el objeto de la procesal la reparación del daño, no existe incongruencia en una sentencia que dicte una condena utilizando la herramienta de los daños punitivos para que la reparación sea íntegra.

Así, tan solo nos queda analizar la materia específica de la demanda, para lo cual es menester citar nuevamente el artículo 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que otorga la amplia potestad al juez de decidir el medio a través del cual generará la reparación integral a través del uso de los vocablos “*entre otras*”; lo que pone de manifiesto que no es obligación de las partes solicitar cierto tipo particular de reparación, sino que basta con la mera solicitud de reparar un daño para que el juez pueda ejecutar, según su criterio, las medidas necesarias para reparar el daño y por qué no, entre estas, los daños punitivos. Empero, se debe reconocer que la sentencia punitiva *ex officio* si podría vulnerar eventualmente el derecho a la defensa puesto que el actor del daño no

⁹⁵ Corte Constitucional Colombiana. Sala Especial de Decisión Transitoria IB y Sección Primera Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, y Contraloría Distrital de Bogotá. *Javier García Bejerano c. Consejo de Estado*. Expediente t-1.823.680. 1 de agosto de 2008. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/T-773-08.htm> Último acceso: 04-septiembre-2015.

⁹⁶ Maximiliano Cal Laggiard. *Principio de Congruencia en los Procesos Civiles*. Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo. En: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Cal-Laggiard-Principio-de-Congruencia-en-los-Procesos-Civiles.pdf> Último acceso: 04-septiembre-2015, página 17.

cuenta con la previsión de dicha condena y no podría defenderse en ese sentido sino en un recurso superior, pero se debe resaltar que durante el proceso contó con las herramientas y tiempo necesarios para contradecir las pruebas presentadas por la contraparte, pruebas que conducen a los hechos y que conllevan a la sentencia. De todas formas, esta posible vulneración se podría ver mitigada en caso de que se positivase a los daños punitivos y se establezca una norma que otorgue la potestad al juez de constituirlos de oficio, puesto que en ese caso el desconocimiento de la norma no sería justificativo suficiente para que el actor del daño no prevea una defensa.

Así, no existe mayor argumento para declarar a los daños punitivos como inconstitucionales, por lo que cuentan con cabida dentro del sistema de responsabilidad civil ecuatoriano. Sin perjuicio de que la sentencia dictada en el caso Chevron se opone rotundamente a los daños punitivos, ésta es un mero referente que, como hemos analizado no realiza un análisis suficiente como para determinar que los daños punitivos son contrarios al sistema de responsabilidad ecuatoriano. Por más, los únicos precedentes obligatorios son los fallos de triple reiteración declarados como tales por el pleno de la Corte Nacional de Justicia⁹⁷. Considerar el fallo como un impedimento obstaculizaría el dinamismo del derecho-fundamento de la necesidad de que una decisión sea de triple reiteración y analizado por el pleno de la Corte Nacional- y particularmente la sentencia examinada que, en un escueto análisis (en derecho) niega la procedencia de los daños punitivos. Como se ha analizado, existen argumentos suficientes para implementar la figura de daños punitivos dentro del sistema de responsabilidad civil ecuatoriano sin que éste se considere de forma alguna inconstitucional.

2.2. Enriquecimiento indebido

Dentro de la teoría de daños existe el principio general de que el damnificado no puede enriquecerse a costa del responsable, puesto que dicho exceso significaría un enriquecimiento indebido o enriquecimiento sin causa. En razón de que los daños punitivos superan la función del restablecimiento de los bienes afectados e importan una multa civil con el fin de proteger a la sociedad en general y no limitarse a la protección única a la víctima del hecho dañoso; se puede confundir la finalidad de la figura con una

⁹⁷ Constitución artículo 185 y Código Orgánico de la Función Judicial Artículos 180 número 2 y 182.

indemnización superior que conlleva a un enriquecimiento indebido a las partes. En consecuencia, uno de los argumentos contrarios a la implementación de la figura es que genera un enriquecimiento indebido.

2.2.1. *Del enriquecimiento sin causa*

La indemnización por daños, en cuanto supere al daño efectivamente causado que se procura reparar implica sin lugar a dudas un incremento en el patrimonio de la víctima (siempre y cuando la indemnización sea adjudicada a ésta, como se analizará posteriormente). Esto se debe a que no es únicamente una restitución del patrimonio para que aparezca como no afectado, sino que implica un acrecimiento de éste. En consecuencia, a la figura de daños punitivos “entre otras cosas se le achaca que: d) Da lugar a un enriquecimiento sin causa”⁹⁸. Así uno de los principales argumentos contra la figura, en lo que a este punto respecta es que los daños punitivos aparecen como contrarios a uno de los principios rectores de la indemnización por daños, a saber: “la víctima no debe enriquecerse a expensas del responsable [...] que el acto ilícito no debe ser una fuente de lucro para la víctima: ésta debe obtener el resarcimiento integral del daño causado pero no más”⁹⁹. Sin embargo, esta corriente considera a la indemnización con una naturaleza resarcitoria, mas no preventiva (como se analizó en el primer capítulo de este trabajo), tal como se pretende con la figura planteada.

Cuando se parte del principio de que la indemnización es estrictamente resarcitoria, sin perjuicio del comportamiento del demandando, que puede incurrir en un simple descuido como en una negligencia grave o en el puro afán de generar un daño; se generaría un enriquecimiento sin causa por parte de la víctima, como lo explica Diego Martinotti:

cuando el monto de los daños punitivos es asignado a la víctima produce un enriquecimiento sin causa. El damnificado se beneficia a costa de quien es punida ya que obtiene un plus- en la mayoría de los casos excesivamente superior- sobre lo que le repararía el perjuicio.”¹⁰⁰

⁹⁸ Juan Manuel Prevot. *La Función de la Responsabilidad Civil y Los Daños Punitivos*. *Revista de Derecho de Daños: Daño Punitivo*. Buenos Aires: 2011, páginas 94-95.

⁹⁹ Bustamante Alsina. *Los Llamados Daños Punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil. Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, página 183.

¹⁰⁰ Diego Martinotti. “Los daños punitivos en el proyecto del Código Civil de 1998”. *Op. Cit.* Página 1667

Esto se debe a que, en el caso de los daños punitivos, el monto asignado a la víctima supera el daño causado, con el fin único de prevenir la repetición de una acción futura dañina. Sin perjuicio de los argumentos expuestos, es menester analizar la figura del enriquecimiento sin causa para confirmar si, al implementar la figura de daños punitivos éste efectivamente se genera. Cabe adelantar que, para refutar dichos argumentos, nos fundamentaremos, en la causa, mas no únicamente en el enriquecimiento.

Todo enriquecimiento debe contar con una causa que lo justifique, de no ser así, existe por un lado, un enriquecimiento sin causa y lo que es realmente preocupante, un empobrecimiento injustificado, esta es la razón por la que todo enriquecimiento debe contener una obligación que lo fundamente. Así, el enriquecimiento sin causa, pade del presupuesto de que se disminuye el patrimonio ajeno, a causa de un pago sin justificación, en este sentido la Corte Suprema de Justicia analizó que:

Siempre que hay pago indebido, es porque se cumple *una obligación jurídica que no existe*, ya sea que carezca totalmente de existencia y nunca la haya tenido, o se haya extinguido, o se yerre en la prestación, en quien la hace o a quien se hace. El pago supone una obligación previa entre dos personas, acreedor y deudor, que se va a extinguir por el cumplimiento¹⁰¹ (las cursivas no constan en el original).

Todo enriquecimiento indebido tiene como contrapartida un pago indebido, que es aquel que le da origen. Existen, por regla general, tres hipótesis de pago indebido, a saber: el pago por error, el pago sin causa legítima o el pago obtenido por medios ilícitos¹⁰². Dentro de este acápite nos ocuparemos particularmente del pago sin causa legítima, dentro del cual se consideran varias hipótesis, de la cual tomaremos en cuenta aquella que se adecua a la figura planteada, es decir el pago sin causa que “se presenta cuando nunca ha habido obligación que pueda justificar el pago y no ha mediado un “animus dondandi” de parte del solvens”¹⁰³. Comprendido así, el enriquecimiento indebido nace de un pago por el cual no existe una obligación jurídica.

En este sentido, el derecho reprueba el hecho de que una persona acreciente su patrimonio sin una obligación que lo respalde, pues implica un desequilibrio entre dos partes sin que

¹⁰¹ Corte Suprema de Justicia. Primera Sala Civil y Mercantil. *Jorge Arturo Torres Aguirre y Carmen Elena Padilla Sevilla c. Fundación Marianita de Jesús*. 7 de junio del 2001.

¹⁰² Jorge Joaquín Llambías. *Código Civil Anotado*. Tomo II-A. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989. Página 715.

¹⁰³ Id.

un motivo lo justifique. Como lo explica López Mesa: “la relación de esta institución con la equidad es evidente”¹⁰⁴; en este sentido, el principio busca mantener el equilibrio de las partes. Dentro de la teoría del daño punitivo, para que la institución sea acorde al principio, la indemnización debería mantener el equilibrio de las partes y sobre todo *encontrar una fuente* que justifique el decrecimiento del patrimonio a favor de un tercero.

Se debe aclarar que “la formulación completa del principio es que nadie debe enriquecerse en detrimento de otro sin causa legítima que justifique ese enriquecimiento”¹⁰⁵, es decir, que puede existir un detrimento de una parte, siempre y cuando exista una causa. En el caso de los daños punitivos la causa se encuentra en el hecho generador de la sentencia que condena a la indemnización por daños, incluidos los punitivos. Es decir que cuenta con una fuente obligacional, inicialmente el hecho que pretende ser corregido, que posteriormente se traduce en una sentencia que ordena el cumplimiento de una multa civil con carácter resarcitorio y preventivo.

2.2.2. De la fuente

La indemnización por daños cuenta con una fuente obligacional establecida en el Código Civil. Si bien todas las fuentes obligacionales tienen como origen primario la norma, cada obligación cuenta con una fuente particular; como se ha analizado la indemnización por daños nace o bien de un incumplimiento contractual o bien de una hecho extracontractual que genere un daño. En este sentido, la indemnización por daños encuentra su fuente en el artículo 1453 del Código Civil que manda:

Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o un legado y en todos los cuasi contratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño otra persona, como en los delitos o cuasidelitos[...] ¹⁰⁶

En consecuencia, al igual que el resto de obligaciones la indemnización encuentra su fuente en la prescripción normativa. Además de la prescripción legal, deben concurrir los presupuestos fácticos para que exista una obligación de indemnización. La responsabilidad

¹⁰⁴ Manuel López Mesa. *El enriquecimiento sin causa en el derecho actual*. 2009. AFDUDC. En: http://ruc.udc.es/bitstream/2183/7517/1/AD_13_art_18.pdf, página 372

¹⁰⁵ Luis Moisset de Espanes. *Notas sobre el Enriquecimiento Sin Causa*. Buenos Aires: Doctrina Judicial (La Ley), 1979, página 4.

¹⁰⁶ Código Civil. (Cod. s/n. RO-S 104: 20, noviembre, 1970) artículo 1453

civil encuentra su fundamento en que “la producción de un daño genera un desequilibrio en *todo el orden social, hay una alteración que debe ser corregida*”¹⁰⁷ (las cursivas no constan en el original); así, fácticamente, la obligación de indemnización surge de una conducta que *debe ser corregida*. Tal como lo menciona Ramón Pizarro, el elemento de atribución es aquel “en virtud del cual el ordenamiento jurídico *dispone la imputación de las consecuencias dañosas* del incumplimiento obligacional o de un hecho ilícito stricto sensu a una determinada persona”¹⁰⁸ (las cursivas no constan en el original), en consecuencia, como se ha analizado, la indemnización por daños tiene su fuente en la ley que parte de presupuestos facticos¹⁰⁹. Sea una indemnización contractual o extracontractual, común o punitiva, encuentra su fundamento en la ley pues el artículo 2229 del Código Civil manda en su primer inciso: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta”¹¹⁰; de igual manera encontramos el nexo causal de imputación en el artículo 2214 del cuerpo legal citado, que según Arturo Alessandri¹¹¹, al establecer la palabra *inferido*, se refiere al nexo causal existente entre el autor y el daño causado, sobre todo la norma no se refiere a una función de la indemnización en general, sino plantea un presupuesto legal para establecer una sanción incluso punitiva si comprendemos el fundamento de la indemnización como preventivo y corrector, además de restitutivo.

Ahora bien, es menester analizar la naturaleza de la sentencia de indemnización por daños, pues de ser constitutiva, en ningún caso existiría una falta de fuente obligacional para declarar un enriquecimiento sin causa. Si bien la fuente de la indemnización por perjuicios se encuentra en la ley, se debe analizar el carácter de la sentencia pues, si la sentencia que condena al pago de una indemnización es puramente declarativa del daño, la fuente final sería la ley, mientras que si la sentencia es constitutiva, ésta sería la fuente que justifique la obligación de pago, sin dejar cabida a una acción por pago de lo no debido.

¹⁰⁷ Ramón Daniel Pizarro. *Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y de Empresa*. Parte General. Tomo I. Buenos Aires: La ley, 2006, página 5.

¹⁰⁸ *Ibíd.* Página 11.

¹⁰⁹ En este sentido se pronuncian Marcel Planiol y Georges Ripert, que establecen: “Cuando la culpa cause un perjuicio, *produce, a cargo de su autor, una obligación*, de indemnizar a la víctima” Planiol, Marcel y Ripert, Georges. *Op. Cit.* Página 568

¹¹⁰ Código Civil. (Cod. s/n. RO-S 104: 20, noviembre, 1970) artículo 2229

¹¹¹ Arturo Alessandri y Manuel Somarriva. *Curso de Derecho Civil*. Redacción: Antonio Vodanovich. Tomo IV. Santiago de Chile: Editorial Nascimento, 1993, página 880

La sentencia que declara a lugar una indemnización puede contar con dos distintos y excluyentes caracteres. En primer lugar puede ser declarativa en razón de que tan solo declara el daño causado, es decir, que tan solo expone el derecho a ser indemnizado. Por otro lado, se la puede considerar constitutiva puesto que otorga a la víctima el derecho a ser indemnizada, derecho con el que no contaba antes de dictarse sentencia. Sería declarativa en caso de que se considere que el juez tan solo declara la existencia del daño es decir, en sentencia se confirma que un daño existe, y por un sentido de causa y consecuencia (el daño y la obligación legal de indemnizar), el autor del daño debería pagar a la víctima. Ahora bien, en dicho supuesto, en caso de que se condene a una persona a través de la figura de daños punitivos, en razón de que la sentencia concede una nueva indemnización superior al daño causado, la sentencia ya no sería puramente declarativa, sino que contaría con un carácter constitutivo, por lo que no genera un enriquecimiento indebido pues no existe ausencia de fuente, sino que la fuente es la sentencia, basada en la ley, sentencia constitutiva de un derecho de indemnización. Empero, parece más claro considerar que la sentencia que obliga al pago de una indemnización cuenta con carácter constitutivo puesto que genera una nueva situación jurídica que de no ser por la sentencia no existiría, lo que se muestra con mayor certeza en la responsabilidad extracontractual en la que no existe un vínculo previo entre las partes, pero de igual manera en los casos de responsabilidad contractual el juez, a través de sentencia se encuentra creando una nueva situación jurídica, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios generados¹¹². Así, Luis Loreto nos enseña que:

La sentencia declarativa tiene por función reconocer la existencia o inexistencia de situaciones de derecho (y en algunos casos de hecho) surgidas antes de proceso. *La sentencia constitutiva, por el contrario, tiene por función determinar, lo que debe ser.* En aquélla el juez tiene una misión declarativa de relaciones preexistentes; *en ésta su misión es esencialmente creadora de situaciones nuevas por medio de la sentencia (ferendae sententiae).* En la primera el juez constata y fija con certeza

¹¹² En este sentido Arturo Alessandri establece que la indemnización: “Comprende, por tanto, el *daño emergente* y el *lucro cesante*, los perjuicios *previstos e imprevisos* y aun los *futuros*, a condición de ser ciertos [...] La reparación debe comprender el *daño emergente* y el *lucro cesante*, esto es, la pérdida o disminución efectiva que la víctima ha experimentado en su patrimonio y lo que dejó de ganar o percibir” (Arturo Alessandri. *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Santiago de Chile. Imprenta Universitaria: 1943. Página 547). Así, la indemnización no se limita únicamente al cumplimiento de la obligación sino que envuelve otros aspectos que a fin de cuentas resultan más costosos para el agente que ha causado el daño.

jurídica los efectos de hecho ya producidos por el acaecer histórico dentro del orden del derecho objetivo; en la segunda, *sus determinaciones concretas son fuentes originarias de situaciones nuevas*. Pero ese poder del juez, a diferencia del que se originaba en la iurisdictio libre del pretor romano, deriva del orden jurídico positivo a cuyos mandamientos se encuentra estrechamente vinculado.¹¹³

Así, en lo que respecta a las indemnizaciones, estas son nuevas situaciones que el juez constituye mediante sentencia; y, conforme se desprende de la doctrina citada, la sentencia constitutiva de la indemnización y de la reparación punitiva genera una obligación, siendo la sentencia (fundamentada en la ley), la fuente de dicha obligación o nueva situación jurídica.

Respecto al enriquecimiento indebido, la Cuarta Sala de la ex-Corte Suprema de Justicia del Ecuador establece que:

la acción de "in rem verso" no puede ser ni una fuente de provecho para el actor, ni una fuente de pérdida para el demandado; esencialmente se refiere al restablecimiento de la integridad de un patrimonio con relación a otro patrimonio. En síntesis: en la acción de "in rem verso" no se trata de reparar un perjuicio, sino de restablecer el equilibrio perdido entre dos patrimonios, porque como lo señala el codificador argentino, en su nota al Art. 2.296, citando a Duraton: "No se trata de probar una convención o una obligación, sino el hecho de donde la obligación resulta". (Código Civil y Leyes Complementarias Anotados. Acdeel Ernesto Salas y Félix A. Trigo Represas, T. II Arts. 1.137 a 3.261 pág. 569 2a. Edición. Reimpresión. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1.984)¹¹⁴

En consecuencia, como lo explica la Corte, la acción de pago de lo no debido no versa respecto a la reparación de un perjuicio, sino que busca equilibrar el estado económico de las partes que se ha visto afectadas por la falta de una fuente obligacional. Es decir que, se debe mantener el concepto de que las partes no pueden tener un provecho del desmedro de la otra. Para que exista un enriquecimiento injustificado *per se*, es menester que no exista una fuente obligacional que genere la afectación de los patrimonios; en el caso de la figura de daños punitivos, la afectación al patrimonio nace de un hecho que genera una obligación, es decir el actuar, a ser corregido y prevenido en casos futuros, del individuo al cual se condena al pago de la multa civil. Además el hecho se encuentra reconocido en una

¹¹³ Luis Loreto. *La sentencia constitutiva*. En: Cultura Jurídica. Caracas, año II. Número 6. Pie de página número 8. En: <http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/L-714/A-04.pdf> Último acceso: 06-septiembre 2015, página 82

¹¹⁴ Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Cuarta Sala de lo Civil y Mercantil. *Víctor Hugo Borja Berrazueta contra Gonzalo Loyola Espinoza*. Quito, 22 de octubre de 1991. Gaceta judicial. Año XCII. Serie XV. No. 13 Página 3933.

sentencia, que reconoce la fuente obligacional para el pago. En consecuencia, en razón de que existe una conducta que genera una reparación preventiva, no se evidencia falta de causa o fuente obligacional suficiente para declarar que existe un pago de lo no debido, con su corolario, un enriquecimiento sin causa. No existe motivación para declarar que una indemnización preventiva conlleve a la consecuencia de un enriquecimiento sin causa, pues existe una causa (el hecho) y una fuente (la sentencia, basada en la ley).

Además, cabe resaltar que el Código Civil contempla una norma en virtud de la cual se estable una suerte de sanción a un comportamiento que debe ser corregido, sin recabar en el enriquecimiento sin causa en el que puede incurrir un acreedor. A saber, el artículo 1484 del cuerpo legal citado manda que: “No podrá repetirse lo que se ha dado o pagado por un objeto o causa ilícita”; en consecuencia, él que, a sabiendas de que el acto jurídico que celebró adolecía de causa ilícita, ha disminuido su patrimonio, no podrá recuperarlo, puesto que se importa una sanción de carácter preventivo frente a dicho comportamiento. En este sentido, lo prescrito por la norma transcrita:

No se trata, [...] de una obligación natural, porque jamás pudo nacer allí una obligación civil. Es tan solo una sanción que impone el legislador al que paga conociendo el objeto o causa ilícita¹¹⁵

Por lo que se evidencia que el Código prevé una sanción para un comportamiento que debe ser corregido, sin perjuicio de que dicha sanción conlleve a un enriquecimiento indebido, puesto que un contrato que adolece de causa ilícita es susceptible de nulidad absoluta.

Por su parte, la ex Corte Suprema de Justicia ha sentenciado, respecto a la norma transcrita que:

Surge prueba que los accionantes Ec Carlos Jaramillo Orellana e Inés Catalina Ruilova, conocían que no eran del giro comente de Láser Master Cía Ltda. el celebrar contrato de sociedad de cuentas de participación, como se desprende del texto del referido documento, no pudiendo alegar en su beneficio para pedir la restitución, su propio error e inexcusable negligencia¹¹⁶

¹¹⁵ Carlos Villarroel Barrientos y Gabriel Villarroel Barrientos. *La obligación Natural como elemento moralizador de la Relación Jurídica en el Código Civil Chileno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile, 1982, página 262.

¹¹⁶ Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. *Ec. Carlos Jaramillo Orellana y otra c. Láser Master Cía Ltda.* 26 de Marzo de 2001. Expediente 125, Registro Oficial 383, 3 de Agosto del 2001.

Si bien la Corte explica que la sanción que establece el Código se debe al principio de que “nadie puede beneficiarse de su propia negligencia” (*nemo auditorum torpitudinem allegans*), es indiscutible que existe un enriquecimiento ilícito contemplado por la norma, incluso con carácter imperativo. A pesar de que la hipótesis de enriquecimiento ilícito y de enriquecimiento sin causa son distintas, la consecuencia de un acto con causa ilícita es su nulidad absoluta¹¹⁷, así, de declararse nulo el acto, en virtud del artículo 1484 del Código Civil, se generará un enriquecimiento sin causa, a consecuencia de un acto ilícito, de aquel que ha recibido un pago por un acto sin efectos jurídicos. Es una forma en la que la norma previene un comportamiento inadecuado, un comportamiento que debe ser corregido, puesto que si una persona celebra un contrato ilícito y puede repetir lo pagado, la nulidad lo favorecería por su propio dolo o negligencia. Y éste es precisamente el principio que da partida a la teoría de daños punitivos, el que nadie se beneficie de su dolo o negligencia, pero con una función preventiva. Así, la indemnización a consecuencia de la sentencia de daños punitivos tiene su origen en el principio citado y sigue la idea del artículo 1484 del Código Civil, es decir, es preferible un enriquecimiento sin causa, ante la prevención de comportamientos inadecuados por parte de los particulares. En consecuencia, la indemnización por daños punitivos sigue el principio general aceptado por el derecho de que nadie puede beneficiarse de su propia negligencia; si bien se puede argumentar que el *enriquecimiento sin causa* que se genera a consecuencia de la aplicación del artículo 1484 del Código Civil cuenta con una fuente que es la ley, se podría seguir dicha línea de pensamiento para establecer que los daños punitivos nacen de la norma, en virtud de la cual, por regla general, todo daño debe ser *reparado*¹¹⁸. En consecuencia, la indemnización por daños punitivos encuentra su fuente en la ley y se encuentra acorde con disposiciones vigentes del Código Civil; por lo que no existe motivo para impedir su implementación dentro del sistema de responsabilidad civil.

2.2.3. De las alternativas

Si bien se han esgrimido una serie de argumentos que establecen que a fin de cuentas no existe un enriquecimiento sin causa por parte de la víctima, se debe resaltar la solución que

¹¹⁷ Código Civil. (Cod. s/n. RO-S 104: 20, noviembre, 1970) artículo 1698

¹¹⁸ Código Civil. (Cod. s/n. RO-S 104: 20, noviembre, 1970) artículo 2229

han brindado los ordenamientos jurídicos para respetar, sin lugar a dudas, dicho principio¹¹⁹.

Para respetar el cumplimiento del principio discutido a lo largo del presente acápite, existe la posibilidad de destinar los fondos a un tercero así, se evita el enriquecimiento sin causa de la víctima a costa del condenado. En este sentido, los fondos serán destinados a un tercero que se encargue, en cierta forma, de prevenir futuros daños o a ayudar a reparar los existentes.

Sin embargo, se podría argumentar que el permitir que la decisión respecto al destino de los montos de la indemnización se encuentre en la potestad única del tribunal (en el caso ecuatoriano del juez) es arbitraria, empero, la indemnización por daños en Ecuador, particularmente en la indemnización por daños morales, maneja el principio de la determinación del daño y la indemnización de igual forma, es decir, en potestades únicas; a saber, el artículo 2232 in fine del Código Civil ecuatoriano manda que: “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 [...]*”¹²⁰ (Las cursivas no constan en el original); en este sentido, no solo se remite a la decisión fundada del juez, sino que lo deja a su prudencia, que en términos generales, puede ser más peligroso.

En este sentido se podría establecer una legislación que no atente a los principios de la indemnización por daños, particularmente el que se resume en que: “si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin causa para la víctima”¹²¹; pues si bien existe una indemnización superior, estos montos no se destinan a la víctima, por lo que el accionante no se enriquecerá a costa del condenado,

¹¹⁹Por su parte el proyecto de reforma del Código Civil argentino de 1998 propuso en su artículo 1587: Multa Civil. El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo obtener con su conducta y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada (Las cursivas no constan en el original) Proyecto Código Civil Argentino. 1998. En: <http://campus.usal.es/~derepriv/refccarg/proyecto/libro4.htm>

¹²⁰ Código Civil. (Cod. s/n. RO-S 104: 20, noviembre, 1970) artículo 2232

¹²¹Juan Carlos Henao. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés*. Universidad Externado de Colombia: Bogotá, 1998, página 45.

manteniendo así el principio rector del derecho de daños. En similar sentido se pronuncia la regulación del estado de Iowa, en la cual:

si el hecho que motiva la condena fue cometido, y así se prueba en forma clara y convincente, con mala intención y desprecio por la seguridad y derechos ajenos, el 75% va a parar a un fideicomiso para indemnizaciones administrado por la Corte. Este fondo tiene la finalidad de posibilitar el acceso a la justicia a los indigentes o programas de aseguramiento. En cambio si el ilícito fue cometido en contra de la víctima, la totalidad de la condena le pertenece.¹²²

Asimismo, en el estado de Missouri “el 50% de los daños se destina, luego de pagar los gastos y honorarios, a un fondo de asistencia: al *Tort s Victims Fund Compensation Fund*¹²³. Otorgando así una solución práctica para que la víctima no se enriquezca a costa del demandado. Cabe resaltar que la cantidad de los daños punitivos que se otorga a la víctima, se realiza con la finalidad de que denuncias de las inconductas se continúen realizando, es una suerte de premio para aquél que ha ejecutado acciones judiciales por actos especialmente reprochables. De igual manera, el destinatario de los montos no se encuentra en un enriquecimiento ilícito puesto que, como se ha demostrado a través de los argumentos planteados a lo largo de este acápite, los ingresos al patrimonio del destinatario encuentran su fuente en la sentencia condenatoria.

2.3. Espíritu contrario al Código Civil

Dentro de los argumentos que se exponen en contra de la implementación de la figura de daños punitivos dentro del sistema de responsabilidad civil ecuatoriano, se encuentra el que la figura se contrapone a los principios que rigen al código de Bello. Sin embargo, como se ha demostrado hasta ahora y como se explicará en esta sección, los daños punitivos, si bien se consideran excepciones para ciertos casos, a fin de cuentas, se adecuan a los principios del Código Civil vigente.

2.3.1. La función actual del derecho de daños

Dentro de los argumentos que se exponen, se establece que la penalidad civil no es un concepto que el Código de Bello establece. De igual manera, se considera que la naturaleza

¹²²Edgardo López Herrera. Los daños punitivos en el derecho Angloamericano. En: Revista de Derecho de Daños, Daño Punitivo. Rubinzal-Culzoni Editores. 2011. Dirección: Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti. Pie de página Número 72. página 318, referido en página 284

¹²³ Ibíd. Pie de página Número 73 página 318, referido en página 284.

de la indemnización por daños no es la preventiva sino la compensatoria. En este sentido, Jorge Bustamante Alsina establece que:

Si la voluntad preventiva de la ley no se cumple mediante el acomodamiento a la conducta prevista en ella, entra a funcionar la sanción resarcitoria o reparadora como el medio de restablecer el derecho violado, volviendo las cosas al mismo o igual estado en el que se hallaban antes del acto antijurídico¹²⁴

Empero, la función preventiva de la ley no es siempre suficiente para que los actos que la vulneran dejen de repetirse. Este es el motivo por el cual la figura de daños punitivos surge, puesto que en varios casos, las personas que conocían las sanciones preferían atentar contra los derechos de las personas y pagar la indemnización, puesto que a fin de cuentas era menos costoso que reparar los errores en los que habían incurrido, lo que se conoce como culpa lucrativa¹²⁵. Así, no es suficiente la indemnización o la consecuencia que establece la ley, puesto que, a fin de cuentas, lo que el derecho de daños busca (o lo que en nuestra opinión debería buscar) es evitar que las conductas dañosas se generen, mas no que estas tengan meras consecuencias. Por lo que, es necesario ampliar el concepto de la función de la responsabilidad civil, puesto que la responsabilidad no es solo cumplir con una consecuencia, sino que implica evitar que una conducta dañosa se genere; en consecuencia es menester una función preventiva de la responsabilidad civil, sobre todo por lo que se ha generado, no solo en Ecuador, sino que es una realidad de Latinoamérica, es decir que “al margen de algunas víctimas que nunca son indemnizadas, otras lo son de manera insuficiente”¹²⁶. Por lo que, la norma y sobre todo la figura planteada, no busca una consecuencia más gravosa, sino, como se ha mencionado, evitar conductas contrarias a la ley y a la sana convivencia.

En este sentido, como se analizó en el primer capítulo, la naturaleza de las indemnizaciones no se encuentra establecida en la ley, por lo que puede adecuarse según las necesidades sociales actuales. En este contexto, se analizó de igual manera que las indemnizaciones que establece la figura de daños punitivos, cuya traducción al idioma en

¹²⁴ Jorge Bustamante Alsina. *Los Llamados Daños Punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil*. En: *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*. V.3. Buenos Aires: La Ley, 2007. Página 275.

¹²⁵ Edgardo López Herrera. Los daños punitivos. Op. Cit. Página 305.

¹²⁶ Alberto J. Bueres y Sebastián Picasso. Op. Cit. Página 83.

el que ha sido forjada es *exemplary damages* es decir una compensación que genera un ejemplo para el resto de personas, léase una compensación de carácter preventivo¹²⁷, particularmente lo que busca es evitar que una conducta no adecuada se repita, sobre todo por la desidia en la conducta, mas no por el daño generado en sí.

Sin embargo, si existe una variante a la responsabilidad civil clásica puesto que en ésta se tiene en cuenta “la gravedad objetiva del daño”¹²⁸, es decir que, sin perjuicio del comportamiento del *dañante*, la indemnización tan solo se calcula a través de del daño generado. Empero, esto genera una serie de complicaciones, particularmente respecto a la indemnización por daños morales, puesto que es imposible determinar qué tan afectada se encuentra una persona por el daño causado e indemnizarla con el paliativo monetario. En este sentido se ha considerado tomar en cuenta el estándar de una persona *común*; pero esto no genera una indemnización realista sino una que simplemente se adecua a un caso general, sin que la indemnización sea realmente íntegra, lo que es el supuesto que se procura plantear dentro de la indemnización civil clásica

2.3.2. *Los ejemplos que revelan el “espíritu” del Código Civil*

Dentro del Código Civil existen figuras que se adecuan a los principios que rigen a la figura de daños punitivos. Particularmente la cláusula penal es una figura que se adecua a los daños punitivos. Respecto a la cláusula penal, ésta importa claramente una pena privada, establecida por la voluntad de las partes. La cláusula penal es un claro ejemplo de que las penas privadas si se encuentran consideradas dentro del sistema de responsabilidad actual; sin embargo, se establece que: “la cláusula penal se halla fuera de cuestión porque ella resulta de la estipulación contractual y por lo tanto ajena al régimen legal de los delitos y cuasidelitos”¹²⁹; sin embargo, la cláusula penal es una estipulación de las partes que de cierta forma prevé la responsabilidad civil, particularmente en el aspecto de la responsabilidad contractual. El argumento de que la cláusula penal no se adecua a la indemnización, como consecuencia de la responsabilidad civil, encuentra su fundamento, principalmente en que no se encuentra dentro de la responsabilidad civil extracontractual. Empero, como se analizará, la teoría de daños punitivos se adecua tanto al ámbito de la

¹²⁷ Jorge Bustamante Alsina. *Los Llamados Daños Punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil*. Op. Cit. Página 269.

¹²⁸ Alberto J. Bueres y Sebastián Picasso. Op. Cit. Página 30.

¹²⁹ Jorge Bustamante Alsina. *Los Llamados Daños Punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil*. Op. Cit. Página 277

responsabilidad contractual, cuanto a la responsabilidad extracontractual, puesto que el fundamento se mantiene: prevenir conductas contrarias al derecho que generen daños apreciables a consecuencia de la desidia en el cumplimiento de sus obligaciones, sin perjuicio de que la obligación sea legal o contractual; el fundamento se encuentra en la conducta de la persona que deberá pagar la indemnización.

En este sentido, la cláusula penal se adecua a la figura de daños punitivos puesto que, sus funciones son similares. Así:

se reconocen tres funciones que justifican y dan relevancia a esta institución: la garantizadora (asegura el cumplimiento), la resarcitoria (avalúa anticipadamente los perjuicios derivados del incumplimiento) y punitiva (contempla una pena privada que debe sufrir el deudor incumplidor)¹³⁰

Conforme se desprende de la doctrina citada, la cláusula penal establece una penalidad por el incumplimiento del deudor, penalidad que es impuesta por los contratantes a manera de prevención del posible incumplimiento, es decir que cumple las funciones de los daños punitivos con la única diferencia de que es una pena establecida por las partes. Incluso, la pena puede superar al daño causado, puesto que las partes lo han estipulado de tal forma. Además en caso de estipularlo, las partes pueden solicitar el cumplimiento de la obligación en conjunto con el pago de la pena, tal como lo manda el artículo 1553 del Código Civil:

Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, *a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal* (Las cursivas no constan en el original).

Del artículo citado se desprende que, en caso de que las partes estipulen que la pena no extingue la obligación, la cláusula penal se convierte en puramente punitiva, puesto que ya no es un avalúo que realizan las partes de los posibles daños, sino que estipulan una pena para prevenir el incumplimiento y en caso de que éste se suscite, *sancionar* a la parte incumplida. Sin embargo, existe de igual manera la discrepancia de que, mientras que la determinación de la penalidad la realizan las partes con base en conocimientos objetivos y

¹³⁰Hernán Corral Talciani. *La Cláusula Penal En La Resolución Del Contrato*. En: Estudios jurídicos en homenaje a Pablo Rodríguez Grez, Enrique Alcade y Hugo Fábrega (coord.), Universidad del Desarrollo, Santiago de Chile: 2009, página 339.

de cierta forma anticipando los daños que generará el incumplimiento, la figura de daños punitivos se fundamenta en la conducta de aquél que ha incumplido. Empero, cabe mencionar que en caso de que los daños superen a lo pactado por las partes éstas pueden solicitar la indemnización de los perjuicios, tal como lo manda el artículo 1559 del Código Civil¹³¹, que si bien acarrea una nueva carga de prueba, implica de igual manera que la estipulación de una cláusula penal no implica una limitación a los contratantes en caso de que la *conducta* del deudor genere un daño superior al estipulado o que a criterio del acreedor, éste merezca una mayor indemnización en *razón de la conducta*.

Como se mencionó, la pena o multa civil pactada puede ser superior al daño causado, para lo cual existe una solución por parte de la norma. Así, el artículo 1560 del Código Civil manda que:

Cuando por el pacto principal una de las partes se obliga a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de ésta lo que exceda al duplo de aquella; de manera que, ora se cobre solo la pena, ora la pena juntamente con la obligación, *nunca se pague más que esta última doblada* (Las cursivas no constan en el original).¹³²

Es decir, que por la voluntad de las partes el Código Civil permite que una indemnización supere a los daños efectivamente causados, ya que se puede cobrar la obligación que, a fin de cuentas indemnizará el daño (puesto que equivale al cumplimiento) y en esencia establecería una restitución (comprendida en términos de mero restablecimiento), ya que se vería como si el incumplimiento no hubiese existido; sin embargo, la norma permite que además del cumplimiento de la obligación, se cobre una pena, siempre y cuando no exceda del duplo de aquélla; premisa que se ajusta a la figura de daños punitivos.

Si bien se puede considerar que los daños punitivos son una indemnización excesiva, como de hecho lo fueron en sus inicios, en la actualidad la jurisprudencia de Estados Unidos (uno de los países que más ha desarrollado la figura) ha fijado límites en su imposición. En este sentido, el caso Exxon Shipping Co. contra Baker¹³³, la Corte estadounidense redujo la indemnización punitiva para que ésta tenga una relación de uno a uno con la

¹³¹ Código Civil. (Cod. s/n. RO-S 104: 20, noviembre, 1970) artículo 1559: No podrá pedirse a un tiempo la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor el pedir la indemnización o la pena.

¹³² Código Civil. (Cod. s/n. RO-S 104: 20, noviembre, 1970) artículo 1560

¹³³ Corte Suprema de los Estados Unidos de América. *Exxon Shipping Co. c. Baker*. 128. 2505. 2008.

compensatoria, es decir, que con el pago de la indemnización punitiva se pagará máximo la misma cantidad que la indemnización compensatoria, es decir que con el pago de la indemnización compensatoria y la punitiva, se pagará máximo el *doble de aquella*. De igual manera, un estudio realizado a varias sentencias *punitivas* indicó que la relación general entre la indemnización punitiva y la compensatoria es de 0,65 a 1¹³⁴. Por lo que lo sentenciado en el caso Baker es un máximo que, por regla general, establece la Corte. En este sentido, la aplicación adecuada de la figura de daños punitivos se adecua a los principios del Código Civil, que, como se ha visto, cuando se impone una indemnización superior al cálculo objetivo de los daños, ésta no deberá superar la relación de uno a uno, es decir que a fin de cuentas no se deberá pagar el doble.

De igual manera, encontramos dentro del Código Civil ejemplos que por su naturaleza se adecuan a los principios generales de la institución de daños punitivos. Así, el artículo 951 del Código de Bello sanciona con la obligación de restituir los frutos naturales al poseedor de mala fe¹³⁵, de igual manera, aquél que ha hecho uso de material ajeno, sin consentimiento del dueño y sin un error que lo justifique deberá no solo entregar la obra en la que utilizó la materia, sino que además deberá pagar los perjuicios irrogados, e incluso, si actuó con dolo (a sabiendas de que el material no le pertenecía) y la obra final cuenta con mayor valor que el material que utilizó, deberá entregarla al dueño del material y pagar los perjuicios causados¹³⁶. La misma intención de prevención y en parte sanción por parte del legislador del Código Civil se pone de relieve en el artículo 984, que manda:

Siempre que las aguas de que se sirve un predio, por negligencia del dueño en darles salida sin daño de sus vecinos, se derramen sobre otro predio, el dueño de éste tendrá derecho para que se le resarza el perjuicio sufrido, y *para que, en caso de reincidencia, se le pague el doble de lo que el perjuicio importare.*

Conforme se desprende del artículo citado, existe en el Código Civil actual una clara intención de disuadir conductas reprochables; sin perjuicio de que la norma aparezca arcaica, se denota que la función preventiva no escapa del ámbito civil. Así, Aristázabal, comentando el Código Civil colombiano (idéntico al ecuatoriano en el artículo citado) manifiesta que en este artículo el legislador se encuentra: “resaltando, pues, el desvalor

¹³⁴ William E. Thomson y Kahn A. Scolnick. *The supreme court sets new punitive damage limits under federal common law*. En: Class Action Watch. Octubre 2008, página 16.

¹³⁵ Código Civil. (Cod. s/n. RO-S 104: 20, noviembre, 1970) artículo 951

¹³⁶ Código Civil. (Cod. s/n. RO-S 104: 20, noviembre, 1970) artículo 683

frente a la negligencia de reincidente¹³⁷; lo que pone de manifiesto que los daños punitivos son una figura que tiene cabida en la legislación civil ecuatoriana. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 193 del Código Civil, el cual considera que el ocultar bienes de la sociedad conyugal es excesivamente reprochable, motivo por el cual: “Aquel de los cónyuges o sus herederos que dolosamente hubieren ocultado o distraído alguna cosa de la sociedad, perderán su porción en la misma cosa, y *estarán obligados a restituirla doblada*”¹³⁸; lo que denota una clara intención de evitar una conducta socialmente rechazada; al igual que los daños punitivos que imponen una compensación superior a los daños sufridos con el afán de evitar conductas particularmente reprochables.

Como se ha analizado a través de ejemplos, la figura de daños punitivos se adecua al espíritu del Código Civil, dentro estipulaciones tales como la cláusula penal y sanciones que obligan al pago doblado de las cantidades obtenidas a través de conductas reprochables-que provocarían, incluso, un enriquecimiento sin causa-. Asimismo, como se analizó en el acápite anterior, existen estipulaciones dentro del Código de Bello que establecen una pena a modo de sanción por un comportamiento inadecuado (v.gr. el pago con causa ilegítima). Así, la figura de daños punitivos se adecua a los principios y el espíritu del Código Civil, por lo que fácilmente, respeto a este punto, encuentran cabida dentro del sistema de responsabilidad ecuatoriano.

2.4. Arbitrariedad en su determinación

Sobre los daños punitivos, surge una crítica respecto a la naturaleza misma de la institución y que podría afectar directamente a la seguridad jurídica. Ésta se fundamenta en que la condena por daños punitivos es arbitraria puesto que no se encuentra delimitada ni limitada en ningún cuerpo jurídico que subsuma la potestad sancionadora del juez, el cual determinará el valor de la compensación por daños punitivos de manera absolutamente arbitraria. Ciertamente esta crítica cuenta con cimientos fuertes puesto que la naturaleza, esencia e historia de los daños punitivos plantean que éstos sean indeterminados ya que, en caso de contar con un monto máximo o una fórmula exacta de cálculo, se repetiría lo que esta institución busca evitar, esto es, que el agente que causa el daño prevea el monto de la

¹³⁷ : David Aristázabal Velasquez. Op. Cit. Página 191.

¹³⁸ Código Civil. (Cod. s/n. RO-S 104: 20, noviembre, 1970) artículo 193.

indemnización y realice el daño puesto que los costos de no realizar el daño superan a los costos de pagar las probables indemnizaciones¹³⁹.

Sin embargo, la arbitrariedad no es absoluta, es decir que (realizando un símil con el derecho administrativo), no nos encontramos frente a una potestad discrecional, sino que los daños punitivos constituyen un concepto jurídico indeterminado, es decir que: “su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no hay buena fe en el negocio”¹⁴⁰ o hay daños punitivos o no hay daños punitivos. En este sentido, para que un juez pueda condenar a una persona por daños punitivos deben concurrir una serie de circunstancias, como lo explica García de Enterría, refiriéndose a los conceptos jurídicos indeterminados:

Por ello el proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple, no puede ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad o libertad, sino un proceso de *juicio y estimación*, que ha de atenerse, necesariamente, por una parte a las *circunstancias reales que han de calificarse*; por otra, al sentido jurídico preciso que la Ley ha asignado¹⁴¹ (las cursivas no constan en el original).

De igual manera, para la aplicación de los daños punitivos el juez no cuenta con total libertad, sino que debe comprobar las circunstancias que lo justifiquen fundamentándose en el sentido de la figura, es decir la función disuasoria del derecho de daños (para este caso). En este sentido, se han dictado parámetros para determinar tanto la existencia de los daños punitivos en relación a los supuestos de hecho, cuanto al valor que tendrá la compensación punitiva.

Como ya se ha expresado, existen elementos que deben ser comprobados por el juez para que éste cuente con la potestad de sentenciar daños punitivos. En este sentido, dentro del proceso deben demostrarse algunos hechos que no deben ser necesariamente concurrentes. Cabe anticipar que, al ser una institución accesoria, el primer presupuesto para que se

¹³⁹ Ver. *Grimsh. aw contra Fordmotor Company y Anderson contra General Motors*. Analizados en: Jenner Alonso Tobar Torres. *Los daños punitivos y las oportunidades de aplicación en Colombia*. En: Revista Republicana. No. 11. Julio-Diciembre 2011, páginas 160-161.

¹⁴⁰ Eduardo García de Enterría. *La Lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo* (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). Tercera Edición. Madrid: Thomson Civitas, 1983, página 40.

¹⁴¹ *Ibíd.* Página 42.

condene al pago de daños punitivos es que exista un daño patrimonial o extrapatrimonial. Además (y este es el presupuesto que da cabida a los daños punitivos), se debe considerar la gravedad del hecho, es decir que este genere un grado de reproche suficiente como para que merezca una condena que procure que sus actos no se repitan. Así, López Herrera nos enseña, a través de la jurisprudencia estadounidense que:

En cuanto a la magnitud del daño como elemento a tomar en cuenta para la imposición de los daños punitivos, dice que no sólo hay que tomar el daño ya causado, sino también el daño que potencialmente podría causarse a terceros si no se desalienta este tipo de conductas.¹⁴²

En similar sentido, en el caso “*Phillip Morris USA contra Williams*”, la Corte estadounidense estableció un criterio claro, a saber, que las afectaciones a terceras partes (aquellas que no fueron parte del proceso) no se debe tomar en cuenta al momento de determinar el monto de la indemnización individual, pero que si es un elemento de convicción que demuestra la reprochabilidad de la conducta, para que se determine la existencia de daños punitivos¹⁴³. De igual manera, la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza ha sentenciado que:

Como presupuesto para la aplicación de la multa civil no basta con el mero incumplimiento, sino que es necesario, que se trate de una conducta particularmente grave, caracterizada por la presencia de dolo (directo o eventual) o, como mínimo, una grosera negligencia¹⁴⁴

Tratándose, como se ha mencionado, de un concepto jurídico indeterminado, sería imposible establecer todos los casos en los cuales los daños punitivos son aplicables, así que tan sólo se pueden mencionar ciertos presupuestos sin que estos se consideren ni taxativos ni que requieran ser concurrentes para su aplicación, en este sentido, la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Exxon contra Baker*, estableció que, la compensación puede superar el daño realmente causado-es decir establecer una reparación punitiva- cuando:

¹⁴² Edgardo López Herrera. Los daños punitivos en el derecho Angloamericano. Op. Cit. Página 204

¹⁴³ Corte Suprema de los Estados Unidos de América. *Phillip Morris USA c. Williams*. Caso No. 05-1256. 2007. Caso analizado en: Edgardo López Herrera. Los daños punitivos. Op. Cit. Página 221.

¹⁴⁴ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I. *Guerrero, Cristian Adrián y ot. c. O.S.M. S.A. s/ inc.* Caso• 04 de julio de 2014. En: http://200.41.190.122/VII/images/talleres/civil/gca_y_otro_csjmza_def_da%C3%B1os_punitivos.pdf

a) Hay un maligno propósito dañino o perjudicial; b) se calcula que los daños serán inferiores a la ganancia (culpa lucrativa); c) cuando el daño sea modesto, y d) cuando las posibilidades de detección sean bajas, es decir cuando la probabilidad de impunidad es alta.¹⁴⁵

Así, se sientan una serie de parámetros dentro de los cuales cabe la figura de daños punitivos, retirando de esta manera, arbitrariedad al juez que esencialmente debe comprobar la conducta particularmente reprochable del agente que ha causado un daño. Por último, López Herrera, resumiendo doctrinas y jurisprudencia realiza un resumen de presupuestos básicos para una condena por daños punitivos, así, concluye:

Conviene limitar la aplicación de penas privadas a casos de particular gravedad, caracterizados principalmente por el menosprecio a los derechos del damnificado o a intereses de incidencia colectiva y a los supuestos de ilícitos lucrativos[...]
Es necesario que medie reproche subjetivo en la conducta del sancionado [...]
Es prudente establecer como requisito de admisibilidad de las condenaciones punitivas la existencia de un daño resarcible individual o colectivo causado por el sancionado [...]¹⁴⁶

Consecuentemente, la institución no es totalmente arbitraria o discrecional, sino que denota una serie de parámetros que deberán ser dictados por la jurisprudencia, para que se pueda determinar si una conducta puede ser susceptible de una sanción punitiva o no. Así, no nos encontramos frente a un comportamiento arbitrario, sino frente a un concepto que el juez debe determinar si se ha cumplido o no dentro de cada caso particular.

De igual manera, se alega la arbitrariedad en la determinación del monto por el cual será sancionado el agente que ha causado el daño. Empero, al igual que la determinación de la existencia de la conducta por la cual se condena a daños punitivos, el monto determinado cuenta con parámetros para su establecimiento, los cuales, por su puesto, pueden ser revisados en instancias superiores, garantizando los derechos a la defensa y al debido proceso de las partes. Uno de los casos más destacados que determinan los parámetros para la fijación de la cuantía de la reparación punitiva es el caso BMW contra Gore dictado por la Corte Suprema de Alabama en 1996, sentencia en la que se limita la racionalidad del monto de daños punitivos a través de las siguientes reglas: 1) El Grado de reprochabilidad de la conducta. 2) Relación entre la condena de daños reales y daños punitivos. 3)

¹⁴⁵Edgardo López Herrera. Los daños punitivos. Op. Cit. Página 305.

¹⁴⁶Ibíd. Páginas 316-318.

Comparación de la condena punitiva con otras condenas similares dictadas por otras normas o en otros procesos¹⁴⁷. Estableciendo así una serie de parámetros para que las partes puedan solicitar que se revise el monto de la condena en instancias superiores. Respecto al segundo criterio, la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *StateFarm* contra *Cambell* estableció que son extraños los casos en los que una condena punitiva que supere los dos dígitos en razón de la reprochabilidad de la conducta¹⁴⁸, por lo que una condena que mantenga una relación de uno a nueve respecto de los daños realmente causados se mantendría dentro del margen de lo razonable. Asimismo, se procura que el monto adeudado cumpla con la finalidad de la institución, en este sentido el artículo 1621 del Código Civil de Quebec manda que:

Quando la ley prevé la concesión de daños punitivos, *no podrán exceder del valor que sea suficiente para garantizar su función preventiva*. Los daños serán evaluados teniendo en cuenta todas las circunstancias apropiadas, incluyendo la gravedad de la falta y la situación del deudor, el patrimonio o la extensión de la reparación de la que ya es responsable y, en su caso, teniendo en cuenta el hecho de que el pago de los daños y perjuicios fuera total o parcialmente asumida por un tercero¹⁴⁹ (las cursivas no constan en el original).

Así se presenta un nuevo límite de racionalidad del monto de la institución analizada, este es que la condena cumpla con la finalidad de que la conducta no se repita, sea por el autor procesado o por terceros. De igual manera, se ha ampliado la *racionalidad* de la cuantía, para tomar en consideración más aspectos, así:

En reemplazo de la *reasable relation rule*, los autores proponen que sirvan de parámetros para la imposición de la condena: la severidad del daño potencial, porque los daños punitivos deben guardar relación no sólo con el daño efectivamente ocurrido sino también con el que podría haber ocurrido; el grado de reprochabilidad de la conducta del agresor, donde deben tomarse en cuenta la duración de la conducta, los intentos por evadir la responsabilidad; el lucro del accionar cuestionado, porque para funcionar como elemento disuasorio el daño

¹⁴⁷ En: David S. Kemp. *The constitution and Punitive Damages, a ten-year anniversary discussion of State Farm v Cambell*. *Verdict Legal Análisis and Commentary from Justia*. 8 de abril de 2013. En: <https://verdict.justia.com/2013/04/08/the-constitution-and-punitive-damages> Último acceso: 06-septiembre-2015. La sentencia completa del caso 517 U.S. 559 (1996) se puede encontrar en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/517/559/case.html>

¹⁴⁸ En: Edgardo López Herrera. Los daños punitivos en el derecho Angloamericano. Op. Cit. Páginas 297-299.

¹⁴⁹ Citado en: Leandro Vergara. *La Multa Civil. Finalidad de Prevención. Condiciones de aplicación en el Legislación Argentina*. En: Revista de Derecho de Daños, Daño Punitivo. Rubinzal-Culzoni Editores. 2011. Dirección: Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti. Pie de página número 21, página 344.

punitivo debe eliminar la ganancia obtenida con la actitud antijurídica; la posición económica del demandado; el monto de la condena por daños compensatorios [...] ¹⁵⁰

Así, encontramos parámetros en virtud del comportamiento del que ha generado un daño para limitar la supuesta arbitrariedad del juez en los casos de daños punitivos. De igual manera se genera una medida-por lo menos abstracta- de la proporcionalidad con la que debe contar la reparación punitiva. Manteniendo así la seguridad jurídica:

principio debe entenderse como «la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STS 15/1986, de 31 de enero, FJ 1), como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación en la aplicación del Derecho (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5), o como la claridad del legislador y no la confusión normativa (STC 46/1990, de 15 de marzo FJ 4)»; habiendo recalcado igualmente la importancia de este principio al señalar cómo «sin seguridad jurídica no hay Estado de Derecho digno de ese nombre». ¹⁵¹

En este sentido, se cuenta con parámetros claros para determinar tanto la adecuación de la institución al comportamiento, cuanto el monto que será dictaminado; es decir, existen elementos suficientes para contar con una expectativa razonable de la actuación del derecho. De igual manera, la jurisprudencia nacional deberá establecer una aplicación uniforme de la figura y con motivación suficiente, tal como lo manda el artículo 25 del Código Orgánico de la Función Judicial¹⁵²; así las sentencias deben fundamentarse en parámetros tales como los aquí establecidos u otros distintos, pero siempre justificando la necesidad de aplicación de la institución de daños punitivos en cada caso, en relación a los hechos; salvaguardando el derecho a la seguridad jurídica.

Cabe resaltar que dentro de la responsabilidad civil actual encontramos, de igual manera, conceptos jurídicos indeterminados para determinar la responsabilidad de una persona, en

¹⁵⁰ ¹⁵⁰ Edgardo López Herrera. Los daños punitivos. Op. Cit. Página 215.

¹⁵¹ Gonzalo Moliner Tambolero. *La garantía de Seguridad Jurídica en las Sentencias de Casación*. Actualidad Jurídica Uría Menendez. 35-2013. En:

<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3904/documento/tribuna.pdf?id=4786> , página 7

¹⁵² Código Orgánico de la Función Judicial artículo 25: “Las juezas y jueces tienen la obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales ratificados por el estado y las leyes y demás normas jurídicas”

este sentido el Código Civil se refiere al comportamiento del “buen padre de familia”¹⁵³, como estándar de medida del comportamiento diligente. Asimismo, la valoración de la prueba se fundamenta en un concepto jurídico indeterminado, a saber, la sana crítica¹⁵⁴ que incluso se encuentra incluida dentro del Código Orgánico General de los Procesos¹⁵⁵, es decir que es una institución vigente que otorga la misma arbitrariedad que los daños punitivos a los jueces y que tan solo ha sido determinada por la jurisprudencia; por lo que no se encuentra un argumento suficiente respecto a la arbitrariedad de los jueces en la determinación de conductas y montos puesto que las normas actuales le otorgan plenas facultades a los jueces para realizar el análisis y llegar a una conclusión que se adecue al caso y a la figura que utilizan; incluso dentro de la responsabilidad civil el juez puede determinar que existe un daño y constituir un derecho de indemnización “cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta”¹⁵⁶; redacción que resulta similar a los presupuestos para la aplicación de la figura de daños punitivos, sin que, hasta la fecha se haya reformado el artículo por considerarlo arbitrario o atentar contra la seguridad jurídica.

2.5. Aplicación limitada a la responsabilidad extracontractual

Los daños punitivos son aplicables tanto a la responsabilidad civil extracontractual cuanto a la responsabilidad civil contractual. Sin perjuicio de que se argumente que los daños punitivos son una figura exclusiva de la responsabilidad extracontractual, existen argumentos suficientes para desvirtuar dicha postura en razón de que, dentro del sistema de responsabilidad civil la responsabilidad contractual y extracontractual, a pesar de sus diferencias, comparten características que las hacen compatible con la figura de daños punitivos. En consecuencia, el análisis partirá del estudio de las diferencias esenciales entre las figuras de responsabilidad contractual y extracontractual para de esta manera identificar que, incluso en sus diferencias ambos son compatibles con la responsabilidad

¹⁵³ Código Civil. (Cod. s/n. RO-S 104: 20, noviembre, 1970) Artículo 29 Inciso 5: “El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa”. El concepto de “buen padre de familia” es calificado como un concepto jurídico indeterminado en Eduardo García de Enterría. Op. Cit. Página 38.

¹⁵⁴ Artículo 115 Código de Procedimiento Civil.

¹⁵⁵ Registro Oficial Suplemento 506. 22 de Mayo de 2015. Código Orgánico General de los Procesos. Artículo 164.

¹⁵⁶ Código Civil. (Cod. s/n. RO-S 104: 20, noviembre, 1970) artículo 2232.

civil denominada punitiva. Cabe recalcar que, sin perjuicio de que el argumento parta del principio de que los daños punitivos son aplicables a la responsabilidad extracontractual, es menester explicar el sentido en el que la figura se adecua a ambos casos de responsabilidad que se encuentran previstos en el Código Civil ecuatoriano.

2.5.1. *Sobre el vínculo previo y la gradación de la culpa*

La primera y más notoria diferencia entre los daños punitivos es la gradación de la culpa que parten de la existencia o no de un vínculo previo entre las partes. Dentro de la responsabilidad civil contractual se encuentra la gradación de culpa claramente regulada en el artículo 1563 del Código Civil que manda:

El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.¹⁵⁷

En este sentido, dependiendo de la naturaleza del contrato, la gradación de la culpa y la responsabilidad por la que el deudor responde la establece el Código Civil. Por otro lado, la responsabilidad extracontractual tan solo requiere la culpa, cualquier grado y sentido, para que el acto que ha generado un daño sea susceptible de generar una responsabilidad al actor. Como lo establece René Ramón Pazos: “La culpa en la responsabilidad contractual admite grados: grave, leve y levísima. En materia de responsabilidad extracontractual, la culpa es una sola”¹⁵⁸; en este sentido, dentro de la responsabilidad contractual existen casos en los que, sin perjuicio de que se genere un daño, el autor de éste puede no ser responsable si no alcanza el grado de culpa a través del cual se genera el incumplimiento, tal como sucedió en el caso: *Martucci S.A. contra la Compañía de seguros Bolívar del Ecuador*, en el cual la Corte Suprema de Justicia del Ecuador establece que dentro de los contratos de seguro, para que exista responsabilidad, es menester que el asegurado incurra en culpa lata y en el caso particular, no se encuentra dicha conducta por lo que se rechaza el recurso de casación interpuesto por la compañía aseguradora¹⁵⁹. Así, si bien existen

¹⁵⁷ Código Civil. (Cod. s/n. RO-S 104: 20, noviembre, 1970) artículo 1563

¹⁵⁸ René Ramón, Pazos. *De las Obligaciones*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999, página 250.

¹⁵⁹ Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Civil. *Martucci S.A. c. Compañía de Seguros Bolívar del Ecuador*.

casos en los que el responsable se encontrará exento de responsabilidad por no incurrir en el nivel de culpa necesario para que se dicte una sentencia en su contra, esto no implica que la figura de daños punitivos no sea aplicable a la responsabilidad contractual puesto que el destino de los daños punitivos es: “sancionar graves inconductas del responsable y prevenir su acaecer en el futuro, ejemplificándose con comportamientos que no deberían quedar sin sanción para su autor”¹⁶⁰ ; comprendida en este sentido, la figura propuesta procura prevenir comportamientos que se encontrarían dentro de la negligencia grave o dolo, que, sin perjuicio de que se realicen con un vínculo previo, es decir un documento que obligue a las partes a mantener cierto comportamiento (responsabilidad contractual), o sin éste (responsabilidad extracontractual), incurrirá dentro del comportamiento que la figura de daños punitivos procura prevenir.

Cabe resaltar que, si bien dentro de la responsabilidad contractual se establece la clasificación de la culpa, esto no implica que dentro de un convenio dentro del cual ambas partes se beneficien de igual manera, por ejemplo una compraventa, es decir, un contrato en el cual por su naturaleza las partes son responsables en caso de incurrir en culpa leve, si su comportamiento llegase a incurrir en negligencia grave se encontrarían exentos de responsabilidad, sino que de igual manera son responsables, incluso, llegarían a ser responsables por daños superiores a los contractuales y de ser el caso al pago de daños punitivos. Se debe resaltar que en cualquier caso, si la conducta es de aquellas que se adecuan a la figura de daños punitivos, sin perjuicio de que exista un contrato por medio o cualquier documento obligacional, ésta deberá ser sancionada a través de la figura de daños punitivos, de igual manera que dentro de un contrato en el cual, por su naturaleza, la parte que ha incumplido es responsable por la culpa leve y si llegase a incurrir en culpa grave, será responsable por los daños que ha causado. En consecuencia, sin perjuicio de que exista la diferencia sentada, los daños punitivos son aplicables a la responsabilidad contractual, puesto que, como Chamatropulos define a esta figura, los daños punitivos son:

sanciones de carácter civil y de orden legal, que pueden implicar no sólo una obligación de dar (generalmente hablamos de una suma de dinero), sino también de otra índole (de hacer, por ejemplo), disuasiva, accesoria de aplicación excepcional,

¹⁶⁰ Jorge A. Mayo. *El Enriquecimiento obtenido mediante un hecho ilícito*. En: *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*. V.2. Buenos Aires: La Ley, 2007. Página 1167.

que se impone al condenado en ciertos casos *en los cuales el mismo ha actuado con dolo o culpa grave*, generalmente con el fin de evitar que el mismo conserve ganancias (económicas, políticas o de otra especie) derivadas de su accionar ilícito, no obstante haber pagado las indemnizaciones correspondientes, aunque también su aplicación procede en otros supuestos en los cuales puede justificarse para castigar y prevenir conductas que merezcan un grado muy alto de reprochabilidad por parte de la sociedad¹⁶¹ (las cursivas no constan en el original).

Por lo que, en todo caso, exista o no un vínculo previo entre las partes, si el acto que se adecua a las definiciones de culpa grave o de dolo demuestra un alto grado de reprochabilidad, a éste le será aplicable la figura de daños punitivos con la correspondiente reparación a modo de ejemplificación y prevención de conductas similares.

Se debe resaltar que un ilícito, en un concepto amplio, no implica solamente incurrir en una conducta contraria al ordenamiento jurídico sino que, de igual manera, un incumplimiento contractual se encasilla dentro de dicha categoría puesto que el contrato es, para las partes, una ley¹⁶². En este sentido Javier Tamayo Jaramillo explica que, para que exista una responsabilidad civil es necesario:

Un comportamiento mediato o inmediato del responsable. *Ello es válido tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual*. El hecho ilícito siempre está precedido, desde el punto de vista psicológico o filosófico, de un acto humano que está dirigido a otra finalidad distinta de la de producir efectos jurídicos¹⁶³ (las cursivas no constan en el original).

En este sentido, como se ha expresado, el hecho ilícito-*latu sensu*- que genera un daño, sin que exista una causal de justificación, debe ser resarcido, exista o no un vínculo previo entre el que genera el hecho y el afectado. De igual forma, sin perjuicio de que exista un contrato entre las partes, si el hecho se adecua a la figura de daños punitivos, estos deberán ser dictados en contra del afectante. En consecuencia, la diferencia entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual no afecta, respecto al vínculo previo, a la implementación de la figura de daños punitivos, puesto que es aplicable para ambos tipos de responsabilidad.

¹⁶¹ Demetrio Alejandro Chamatropulos. *Los daños punitivos en la Argentina*. Buenos Aires: Errepar, 2009, página 21

¹⁶² Código Civil. (Cod. s/n. RO-S 104: 20, noviembre, 1970) artículo 1561.

¹⁶³ Javier Tamayo Jaramillo. Op. Cit. Páginas 188-189.

2.5.2. Sobre las cláusulas de no responsabilidad

La segunda diferencia relevante (para nuestro tema) dentro de la responsabilidad civil contractual y extracontractual es la capacidad de estipular cláusulas en virtud de las cuales se elimina la responsabilidad contractual, a diferencia de la responsabilidad extracontractual dentro de la cual no existe un vínculo previo entre las partes involucradas. En este sentido, la Corte Constitucional Colombiana ha sentenciado que:

En materia contractual, la reparación del daño debe estar orientada también por el principio general según el cual la víctima tiene derecho a la reparación total de los daños que sean ciertos, directos, personales y que hayan causado la supresión de un beneficio obtenido lícitamente por el afectado. Esta reparación debe comprender tanto los perjuicios patrimoniales como extrapatrimoniales. Sin embargo, en materia convencional, este principio general puede estar limitado ya sea por cláusulas legislativas razonables, o por estipulaciones de los contratantes, *quienes autónomamente pueden decidir que el responsable se libere total o parcialmente de su obligación frente a la víctima*, habida cuenta del interés privado que está inmerso en los derechos de crédito asociados a un contrato. En este sentido, el inciso final del artículo 1616 parcialmente acusado establece que *Las estipulaciones de los contratos podrán modificar estas reglas*¹⁶⁴ (las cursivas no constan en el original).

Consideración que se adecua al derecho Ecuatoriano, tanto por el inciso final del artículo 1563 del Código Civil, cuanto por la garantía de libertad contractual establecida en el artículo 66 número 16 de la Constitución, puesto que en virtud de la libertad contractual las partes cuentan tanto con la libertad de decidir celebrar un contrato cuanto con la libertad de estipular las cláusulas regularan la relación que nace de dicho acto jurídico. Sin perjuicio de la libertad contractual que se encuentra garantizada a los contratantes, existen corrientes que se contraponen a la estipulación de no responsabilidad, en razón de que ésta elimina un elemento esencial de la obligación¹⁶⁵, es decir la coactiva que surge de la obligación o el efecto de responder por el incumplimiento¹⁶⁶, por lo que nos encontraríamos frente a un

¹⁶⁴ Corte Constitucional de Colombia. Demanda de inconstitucionalidad en contra del inciso primero del artículo 1616 del Código Civil. Actores: Enrique Javier Correa de la Hoz, Daljaira Diazgranados Vuelvas, Arlyz Romero Pérez y Miguel Cruz. Sentencia C-1008/10. Ponente: Luis Ernesto Valgas Silva.

¹⁶⁵ Galindo Garfias, Ignacio. *La Validez de las Cláusulas de No Responsabilidad o Limitativas de Responsabilidad*. Sección II: A). Página 51.

¹⁶⁶ En este sentido se pronuncia Luis Parraguéz: “En suma, débito y responsabilidad son elementos infaltables en la estructura de la obligación. El primero señala la fisionomía vincular que impone

pacto en el cual no se encuentran obligaciones, las cuales son el objeto del pacto o contrato entre las partes, en este sentido el Código Civil Español manda en su artículo 1261:

No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

1. Consentimiento de los contratantes.
2. *Objeto cierto que sea materia del contrato.*
3. Causa de la obligación que se establezca.¹⁶⁷

De igual manera del número 3 del artículo 1461 del Código Civil ecuatoriano¹⁶⁸ se desprende que para que exista un convenio que obligue a las partes es necesario que éste cuente con un objeto y, para que sea válido que dicho objeto sea lícito. Además, en concordancia con el artículo 1460 manda respecto a los elementos esenciales de un contrato: “[...] Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, *o no surte efecto alguno*, o degenera en otro contrato diferente [...]” (las cursivas no constan en el original); por lo que un convenio en el cual no se encuentren obligaciones, carecerá de efectos jurídicos, al igual que lo manda el artículo 2224 del Código Civil Mexicano que prescribe:

El acto jurídico *inexistente* por falta de consentimiento *o de objeto* que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su *inexistencia* puede invocarse por todo interesado¹⁶⁹.

Así, un convenio carente de obligaciones, que son el objeto esencial de los actos a través de los cuales las personas se obligan, deviene en inexistente y carece de efectos jurídicos. En este sentido, un convenio en el cual se establece que una obligación no será, a fin de cuentas exigible, no generará efectos jurídicos, por lo que dicho convenio será, a los ojos del derecho, inexistente. En consecuencia, sin perjuicio de que las partes pacten una cláusula de *no responsabilidad*, o bien serán de igual manera responsables por los daños

conductas. El segundo representa la fortaleza que el ordenamiento jurídico proporciona a dicho vínculo”. En: Luis Parraguéz. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Libro IV (Teoría General de las Obligaciones)*. Volumen I. Loja: Talleres Gráficos UTPL, 2000, página 28.

¹⁶⁷ Código Civil Español. Artículo 1261

¹⁶⁸ Código Civil. (Cod. s/n. RO-S 104: 20, noviembre, 1970) artículo 1461:

Artículo 1461.- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

3. Que recaiga sobre un objeto ilícito; y,

¹⁶⁹ Código Civil del Distrito y Territorios Federales. México. Artículo 2224.

que su incumplimiento genere, o bien dicho convenio será inexistente. En razón de que dicho convenio no genera efectos jurídicos, no puede afectar al uso efectivo de la figura de daños punitivos, figura a la cual una estipulación sin valor jurídico no podría afectar.

Es menester resaltar que lo expuesto respecto a los efectos de una cláusula de no responsabilidad no es una doctrina absoluta y encuentra contradicciones frente a la libertad contractual y a la potestad expresa de las partes de pactar cláusulas respecto a la responsabilidad contractual, como lo permite el artículo 1563 del Código Civil¹⁷⁰. Empero, cabe resaltar que, sin perjuicio de la validez de los pactos respecto a la responsabilidad civil que se puedan establecer en un contrato, la figura de daños punitivos es aplicable tanto a la responsabilidad extracontractual cuanto a la responsabilidad contractual, como se explica a continuación.

Como se ha mencionado, la figura de daños punitivos sería aplicable tan solo a los casos en los que se incurra en negligencia grave o dolo, puesto que, tal como lo establece Kemelmajer de Carlucci: “los *punitive damages* se conceden para sancionar al demandado (el sujeto dañador) por haber cometido un hecho *particularmente grave y reprochable* con el fin de disuadir o desanimar acciones del mismo tipo”¹⁷¹ (las cursivas no constan en el original), por lo que se desprende que sea como un accesorio de la responsabilidad contractual o como un accesorio de la responsabilidad extracontractual, los daños punitivos serán aplicables en cuanto le sea imputable al demandado una conducta de negligencia grave o dolo. Dentro de la diferencia analizada en este punto, es esencial incurrir en el examen de la potestad de las partes para pactar cláusulas de no responsabilidad, cláusulas que evidentemente conllevarían a la consecuencia de no aplicar la figura de daños punitivos.

Respecto al dolo no se encuentra un inconveniente mayor puesto que el artículo 1481 del Código Civil ecuatoriano manda que: “El pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, *no vale en cuanto al dolo contenido en ella*, si no se ha condonado

¹⁷⁰ Código Civil. (Cod. s/n. RO-S 104: 20, noviembre, 1970) artículo 1463. In fine: “Todo lo cual se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes”.

¹⁷¹ Kemelmajer de Carlucci. Aida. *¿Conviene la introducción de los llamados “daños punitivos” en el Derecho argentino?*. En: Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Anticipo de Anales. Año XXXVIII, segunda época No. 3.

expresamente. *La condonación del dolo futuro no vale*¹⁷² (Las cursivas no constan en el original); en este sentido el legislador ha estipulado que no se puede condonar el dolo futuro, ni si quiera expresamente, los pactos tan solo son válidos respecto al dolo pasado: si éste es conocido por las partes y su renuncia es expresa. La conducta dolosa resulta tan reprochable para el legislador que, incluso en contra de la libertad contractual y la voluntad de las partes, los pactos que condonan el dolo futuro carecen de valor jurídico. Incluso, Luis Claro Solar considera a la renuncia al dolo como un objeto ilícito, por ser contrario a las buenas costumbres y a la buena fe (principio rector de los contratos)¹⁷³; por lo que se evidencia que el pacto en virtud del cual se renuncia a la acción de indemnización por un acto doloso es anulable. Si bien el autor establece que el pacto en el cual se condona el dolo adolece de objeto ilícito, este análisis se fundamenta en el contexto de la norma dentro del Código Civil (tanto chileno como ecuatoriano¹⁷⁴), por lo que existe la posibilidad de considerar al pacto referido como un pacto sin valor jurídico, es decir, que se *entienda como no escrito*¹⁷⁵, por lo que no sería necesaria la declaratoria de nulidad del pacto. Sin perjuicio de que el pacto se comprenda como anulable o como no escrito, la consecuencia final es que no genera efectos jurídicos. Este precepto toma sentido puesto que parece absurdo que una persona renuncie a la clara intención de otra de generar un daño, por lo que de igual manera, el Código Civil mexicano prescribe en su artículo 2106 que: “La responsabilidad procedente de dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de hacerla efectiva es nula”¹⁷⁶, consagrando el principio de que toda persona debe responder por los daños que ha causado, con mayor motivo en caso de que ésta actúe con dolo es decir con la intención de generar un daño. En consecuencia, a pesar de los pactos que puedan existir entre las partes, si un hecho que genera un daño se realiza con la intención de causarlo-léase con dolo- y es susceptible de la aplicación de daños punitivos, estos deberán ser aplicados socavando incluso la voluntad de las partes, así, en caso de que las partes renuncien a una indemnización, en el supuesto de que exista dolo ésta será exigible.

¹⁷² Código Civil. (Cod. s/n. RO-S 104: 20, noviembre, 1970) artículo 1481.

¹⁷³ Luis Claro Solar. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Volumen V De las Obligaciones. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, página 289.

¹⁷⁴ Artículo 1465 del Código Civil Chileno y Artículo 1481 Código Civil Ecuatoriano.

¹⁷⁵ Tal como sucede con las condiciones resolutorias imposibles por su naturaleza, o ininteligibles o inductiva a un hecho ilegal o inmoral. Código Civil. (Cod. s/n. RO-S 104: 20, noviembre, 1970) artículo 1496 inciso final.

¹⁷⁶ Código Civil del Distrito y Territorios Federales. México. Artículo 2106.

Si bien el precepto queda claro respecto al dolo y que, en los casos en que las partes *lo condonen*, la figura de daños punitivos será aplicable sin duda, excluyendo así su negativa en la responsabilidad contractual en caso de encontrarse con este pacto, cabe realizar el estudio de la negligencia grave en los casos en los que las partes renuncian a las acciones a consecuencia de la responsabilidad civil. Si bien el artículo 29 del Código Civil equipara la culpa grave en materias civiles al dolo¹⁷⁷, es menester analizar si la invalidez de la renuncia al dolo alcanza a la renuncia a la culpa lata, en virtud del artículo 1481 del cuerpo normativo citado, artículo que, cabe mencionar, es la consecuencia de la congruencia de dos normas¹⁷⁸, es decir que inicialmente la norma planteaba tan solo un principio, a saber: *el dolo es irrenunciable*.

Ahora bien, la norma puede ser específica para el dolo o puede ser interpretada por analogía y por su espíritu tal como lo permiten los ordinales 7 y 6 respectivamente del artículo 18 del Código Civil¹⁷⁹. Debemos partir del análisis del artículo 29 de la norma citada en virtud del cual la negligencia grave *equivale* al dolo en materias civiles. Tal como lo define la Real Academia de la Lengua *equivaler* es: “Dicho de una cosa: Ser igual a otra en la estimación, valor, potencia o eficacia”¹⁸⁰, por lo que la equivalencia se refiere, tal como lo hace la norma sujeta al presente análisis, a un elemento en común. Siguiendo esta línea de pensamiento, es menester que, para que dentro de un análisis analógico, si se procura reemplazar la negligencia grave por el dolo (en el principio consagrado en el artículo 1481 del Código Civil), estos compartan el elemento común que inspira a la norma, de no ser así, se incurriría en un análisis contrario al aforismo jurídico “donde el legislador no distingue, no le es lícito al intérprete distinguir”¹⁸¹. En consecuencia, se debe

¹⁷⁷ Artículo 29 Código Civil Ecuatoriano. Segundo Inciso: “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.

¹⁷⁸ Fabián Elorriaga de Bonis. *Las Dos Hipótesis de Objeto Ilícito Contenidas en el Artículo 1465 del Código Civil*. En: Revista Chilena de Derecho Privado. No. 12. Artículos de Doctrina. Julio 2009, páginas 137-140

¹⁷⁹ Artículo 18.

¹⁸⁰ Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Edición 22. Enmiendas incorporadas hasta 2012. En: <http://lema.rae.es/drae/?val=equivale+>

¹⁸¹ Principio reconocido en el considerando cuarto de la sentencia de casación dictada en el juicio verbal sumario No. 206-2001. Ex-Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil.

buscar el espíritu de la norma para establecer si es lícito realizar la comparación y que en consecuencia la negligencia grave sea irrenunciable. En este sentido se debe analizar el fundamento de la prohibición expresa de condonar el dolo futuro, el cual:

[R]adica en la inmoralidad involucrada en la condonación anticipada de conductas ilícitas. Al legislador no le parece posible que puedan autorizarse de antemano actuaciones fraudulentas, dolosas o efectuadas de mala fe, *pues ello repugna la noción ética envuelta en el ordenamiento jurídico*. Sería una suerte de acicate a que dichas conductas se ejecutaran, o la suposición de ellas van a realizarse. Por otro lado, de aceptarse este expediente, se correría el riesgo cierto de que tal estipulación se convirtiera en una cláusula de estilo, impuesta en todo contrato por la parte con más poder de negociación, *quedando sin aplicación las normas sobre la buena fe contenidas particularmente en el Código Civil*¹⁸² (Las cursivas no constan en el original)

Como se desprende de la doctrina citada, la esencia de la prohibición se encuentra en la vulneración a la buena fe al permitir conductas contrarias al ordenamiento jurídico y la preocupación del legislador de que las cláusulas de no responsabilidad se conviertan en cláusulas de estilo. Ahora bien, una vez constatado que el cimiento de la prohibición es la vulneración a la buena fe, la asimilación de la culpa lata al dolo para dicha prohibición es válida puesto que:

La culpa grave también se opone de alguna forma a esta idea de rectitud, de corrección, de lealtad, especialmente en su dimensión objetiva, en cuanto contradice el deber impuesto a los contratantes de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas, desde el inicio de los tratos preliminares y hasta momentos incluso ulteriores a la terminación de contrato. Como el dolo, la culpa lata transgrede esta moral del deber, cuyo fin es excluir el abuso de mala fe.¹⁸³

Es decir que la equivalencia entre el dolo y la negligencia grave se debe a que ambas transgreden la buena fe de los contratantes. De igual manera, de un análisis histórico la norma se desprende que:

Herrera Cruz c. Lascano Mora. 20 de febrero de 2002. Expediente 33. Registro Oficial 574 de 13 de mayo de 2002.

¹⁸² Fabián Elorriaga de Bonis. Op. Cit. Página 140. Cabe resaltar que el autor citado obtiene esta conclusión a partir del análisis de varios doctrinarios, entre ellos Arturo Alessandri y Carlos Ducci. Ver: Páginas 140-141

¹⁸³ Cristian Banfi del Río. *La Asimilación de la Culpa Grave al Dolo en la Responsabilidad Contractual en Chile*. En: *Revista Chilena de Derecho*. Volumen 27. No. 2. Sección Estudios. 2000. Página 303.

El análisis de la historia fidedigna del establecimiento del artículo 44 CC [29 del Código Civil ecuatoriano] permite percatarse que don Andrés Bello siguió en esta materia a Pothier, quien justificó la asimilación *precisamente a la transgresión de la buena fe también presente en la infracción contractual cometida con culpa grave*.

El antecedente se encuentra en el artículo 42 del Proyecto de 1853, que en su parte pertinente expresaba: “*Esta culpa se opone a la buena fe, y en materias civiles equivale al dolo*”¹⁸⁴ (Las cursivas no constan en el original).

En consecuencia, tanto la culpa grave como el dolo son contrarias al principio de buena fe, principio que fundamenta la prohibición de estipular cláusulas que los condonen. En este sentido se manifiestan Colín y Capitant, los cuales expresan que:

Si es admisible que un deudor pueda, en un contrato, estipular su irresponsabilidad para el caso de que cometa una falta ordinaria que impida o retarde el cumplimiento de su obligación no puede englobar en esta irresponsabilidad el caso en que cometa una falta grave.¹⁸⁵

Por lo que, en caso de que se pacte una cláusula de irresponsabilidad, al ser los daños punitivos una figura netamente aplicable a la negligencia grave o al dolo, dicho pacto no obsta la aplicación de la indemnización punitiva, puesto que ambos son irrenunciables¹⁸⁶. En este sentido, sin perjuicio de la diferencia existente entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual en virtud de la potestad de las partes de pactar cláusulas a su arbitrio, los daños punitivos son igualmente aplicables a ambas vertientes de la responsabilidad civil.

2.5.3. Sobre la pretensión del actor y su alcance

La tercera diferencia relevante entre la responsabilidad contractual y la extracontractual se concreta en la pretensión del actor puesto que se basa en la indemnización que en cada caso puede ser solicitada. Mientras que, respecto a la responsabilidad extracontractual se puede solicitar todo perjuicio que pueda ser probado; respecto a la responsabilidad contractual tan solo es permitido solicitar la indemnización que se base en la materia y

¹⁸⁴ Id.

¹⁸⁵ Colín y Capitant. *Curso elemental del Derecho Civil*. Traducción de la Segunda Edición. Tomo III “Teoría General de las Obligaciones”. Madrid: 1960, página 31.

¹⁸⁶ En este sentido, Planiol y Ripert definen a la culpa grave como *imperdonable* y respecto a los pactos de renuncia de responsabilidad establecen: “En principio se admite que el deudor puede, mediante pacto expreso, liberarse de las consecuencias de sus culpas. Pero se ha decidido que esta cláusula de liberación no es válida por lo que hace a la culpa grave” (¹⁸⁶ Marcel Planiol y Georges Ripert. Op Cit, página 179)

tiempo del contrato. Lo expresado respecto a la responsabilidad contractual es una clara excepción al principio general de que todo aquel que impute un daño deberá responder por éste¹⁸⁷, siendo una excepción establecida por la norma. En este sentido, respecto a los daños contractuales:

lo previsible es aquello que las partes, razonablemente pudieron y debieron tener en cuenta, al tiempo de contratar; lo previsible es un factor que se aprecia considerando la naturaleza y circunstancia de la obligación.¹⁸⁸

En consecuencia, considerando que los daños punitivos son una institución que busca integrarse al sistema de responsabilidad en razón de que: “Existen situaciones intolerables e irritantes en las que *el resarcimiento del perjuicio no silencia las repercusiones de inequidad e inseguridad* que estos hechos acarrear”¹⁸⁹ (las cursivas constan en el original), es probable que las conductas que se adecuen a la propuesta de daños punitivos, sean conductas que sobrepasan el tiempo, materia y circunstancia de la obligación, e incluso incurrirían en el campo de lo imprevisible, por lo que, en materia contractual (considerando únicamente lo expuesto) la institución materia del presente trabajo no sería aplicable. Esto se debe a que en materia contractual, la indemnización se limita al bien materia del contrato¹⁹⁰ y las conductas susceptibles de una indemnización de carácter punitivo pueden rebasar a los bienes que han sido objeto de las obligaciones contraídas.

Sin perjuicio de la excepción expuesta, la norma plantea una excepción a la excepción, lo que nos remonta a la regla general de que todo daño causado debe ser resarcido. En este sentido el primer inciso del artículo 1574 del Código Civil prescribe que: “*Si no se puede imputar dolo al deudor*, sólo es responsable por los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato”¹⁹¹ (Las cursivas no constan en el original). Así, es de vital importancia considerar las consecuencias del artículo citado ya que, en todo caso, previsible o no el daño causado, meritorio o no de ser susceptible de la aplicación de la doctrina de los daños punitivos, en caso de que se actúe con dolo aquél que ha causado un

¹⁸⁷ Código Civil. (Cod. s/n. RO-S 104: 20, noviembre, 1970) artículo 2229 inciso primero.

¹⁸⁸ Felipe Osterling Paroli. *La indemnización de daños y perjuicios*. En: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20indemnizacion%20de%20da%C3%B1os.pdf> Último Acceso: 11-agosto-2015. Página 409

¹⁸⁹ Agustín Álvarez. Op Cit.

¹⁹⁰ Lafaile. *Derecho civil. Tratado de las Obligaciones*. Vol I.1947, página 134

¹⁹¹ Código Civil. (Cod. s/n. RO-S 104: 20, noviembre, 1970) artículo 1574 inciso primero

daño deberá indemnizar a la víctima y para que la reparación sea íntegra, procurar que su conducta no se repita.

Queda claro que, en caso de que el autor del daño actúe con dolo, exista o no un vínculo preexistente entre las partes-léase responsabilidad contractual- o no, la institución de daños punitivos será aplicable. Sin embargo, respecto a la culpa grave surge la interrogante de si la equivalencia que establece el artículo 29 del Código Civil se puede extender a lo prescrito por el artículo 1574 del Código Civil. Este asunto toma importancia puesto que los daños punitivos “se conceden para sancionar al demandado (el sujeto dañador) por haber cometido *un hecho particularmente grave y reprobable* con el fin de disuadir o desanimar acciones del mismo tipo”¹⁹² (Las cursivas no constan en el original), es decir que se aplica, tanto a conductas dolosas, cuanto a conductas que incurren en culpa grave o desidia por el cumplimiento de su obligación. Al respecto, Ramón Meza Barros establece, refiriéndose a la equivalencia que, en materias civiles se realiza entre el dolo y la culpa grave, que:

es razonable suponer que el deudor que procede con absoluta desidia, que no emplea el mínimo cuidado, que es groseramente descuidado, tiene la intención positiva o el propósito deliberado de eludir el cumplimiento de la obligación. Por este motivo, *las consecuencias legales* del dolo y de la culpa grave equivalen; una misma es la responsabilidad del deudor que incurre en dolo o en culpa lata. Pero esta equivalencia no importa que el legislador haya querido identificar los conceptos de culpa lata y dolo, definidos en términos diversos. No alcanza la asimilación de la prueba [...] ¹⁹³

Como se desprende de lo esclarecido por el autor, la única diferencia que se encuentra entre el dolo y la culpa grave, para efectos legales, es la prueba, puesto que el dolo lo prueba quien lo alega y la diligencia debe ser probada por aquél que ha sido acusado de culpa. Por lo que la regla general de que toda persona es responsable por los daños que ha causado continúa vigente tanto para los casos de dolo cuanto para los casos de culpa grave, dentro de la responsabilidad civil contractual. De igual manera, como lo enseña Osterling Paroli:

¹⁹² Aida, Kemelmajer de Carlucci. ¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el derecho argentino?. Op. Cit.

¹⁹³ Ramón Meza Barros. *Manual de Derecho Civil. De las Obligaciones*. Décima edición. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile, 2007, páginas 125-126

De acuerdo al Código Civil peruano (artículo 1321), en el caso de culpa leve el deudor solo responde de los daños que podían preverse al tiempo de constituirse la obligación. Y, en aplicación de la misma regla *en caso de que se inejecute la obligación por dolo o culpa inexcusable del deudor*, éste responderá de los daños previstos e imprevistos¹⁹⁴ (Las cursivas no constan en el original).

Conforme se desprende de la cita, el incumplimiento contractual, en cuanto se genere por dolo o culpa grave, generará una indemnización incluso de lo imprevisible considerando el tiempo y materia del contrato. Si bien la norma peruana no es idéntica a la norma nacional, la interpretación que nos presenta el autor nos puede brindar un conocimiento más claro de la intención de la norma, es decir, puede aclarar nuestra interpretación respecto a la extensión del artículo, sobre todo respecto a la comparación entre el dolo y la culpa grave en materias civiles en general y en la excepción para la solicitud de la indemnización en particular. Así, podemos comprender que, en todos los casos en los cuales se genere un daño con culpa grave o dolo (preceptos que se adecuan a los preceptos de los daños punitivos), sea que nos encontremos frente a un caso de responsabilidad contractual o extracontractual, éste debe ser indemnizado, e incluso se podrá implementar la responsabilidad punitiva como un elemento accesorio. Así, para los casos de daños punitivos, limitación prescrita en la norma no es aplicable; es decir que la institución de daños punitivos es una figura que no encuentra un límite en la responsabilidad contractual.

Por último, merece un corto tratamiento una de las estipulaciones de las partes respecto al alcance de su pretensión, que tan solo puede ocurrir dentro de la responsabilidad contractual, a saber, la cláusula penal. En virtud de ésta, las partes pactan una “estimación anticipada de la cuantía”¹⁹⁵ por la cual solicitarán una indemnización. Sin embargo, este pacto en particular encuentra una excepción en el artículo 1559 del Código Civil que manda: “No podrá pedirse al tiempo la pena y la indemnización, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena”¹⁹⁶; es decir que si las partes han pactado que no solamente se solicite la pena estipulada, sino que además se pueda pretender una indemnización, no existe límite alguno dentro de la responsabilidad contractual, además de que debemos

¹⁹⁴ Felipe Osterling Paroli. Op. Cit. Página 409

¹⁹⁵ Corte Constitucional de Colombia. *Correa de la Hoz y otros*. Demanda de inconstitucionalidad del artículo 1616 del Código Civil. Expediente D-8146. Concepto No. 5002. 02-Agosto-2010. Juez ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁹⁶ Código Civil. (Cod. s/n. RO-S 104: 20, noviembre, 1970) artículo 1559

considerar que, en virtud del pacto de las partes, la sentencia podría obligar al pago de una suma que supere a la *indemnización contractual* ya que la víctima recibirá la pena pactada y la indemnización, cuando esta última, en teoría, debería garantizar una reparación por incumplimiento. De igual manera, encontramos en la parte final del artículo citado que, si el afectado lo desea, puede renunciar a lo pactado y solicitar una indemnización sin considerar la cláusula penal, lo que lógicamente sucederá cuando los daños sean superiores a lo pactado o cuando exista culpa grave o dolo por parte del deudor; más aún cuando la conducta del deudor sea tal que sea digna de contener una indemnización superior al daño efectivamente causado. En este sentido el Código ecuatoriano se separa de su antecedente francés, el cual estipula una multa en caso de que el acreedor renuncie a la cláusula penal para demandar los perjuicios¹⁹⁷; lo que nos muestra una clara intención del legislador de permitir libremente solicitar los perjuicios, siempre y cuando el acreedor los considere superiores a lo pactado en consideración sea al daño o sea a la conducta, y que se encuentre en la capacidad práctica de probarlo.

Como se ha demostrado a lo largo de este acápite, sin perjuicio de las diferencias existentes entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, los daños punitivos se aplican en ambos casos. No sólo porque sus similitudes tales como: la necesidad de que exista una conducta del demandado, que ésta (por regla general) sea culposa, que exista un daño y que dicho daño sea consecuencia de la conducta del agente¹⁹⁸, es decir los elementos generales de la responsabilidad civil, superan las diferencias entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual. Sino que, además, sin perjuicio de la gradación de la culpa en la responsabilidad contractual, los pactos de las partes, incluida la cláusula penal y la limitación a las pretensiones dentro de la responsabilidad que nace con un vínculo previo, la figura de daños punitivos se aplica a ambos casos de responsabilidad civil, incluso parece que la legislación-partiendo de la equivalencia de la culpa grave al dolo- ha sido redactada conforme con la figura propuesta.

Cabe resaltar que puede existir una interpretación diferente respecto a la equivalencia entre la negligencia grave y el dolo en las materias tratadas en este acápite, empero, en caso de que se considera que dicha equivalencia no se extiende a los casos planteados, la figura de

¹⁹⁷ Ramón Meza Barros. Op. Cit. Página 148.

¹⁹⁸ Javier Tamayo Jaramillo. Op. Cit. Página 187.

daños punitivos tan solo dejaría de ser aplicable en casos puntuales, en los que concurren las siguientes circunstancias: que se evidencie un pacto de las partes que limite o excluya la responsabilidad y que la conducta no sea imputable al dolo. En cuyo caso tendría validez lo expuesto por Diego Marittoni, el cual manifiesta respecto a las críticas a la implementación de la figura de daños punitivos, que:

Otra crítica, tal vez de carácter más leve, se basa en el hecho de que en los EE.UU. los daños punitivos son aplicables a la responsabilidad extracontractual, ya que en los contratos la libre voluntad manifestada por las partes *las mantendría en principio, al margen de las conductas dolosas de la contraparte*. En Norteamérica se encuentran precedentes donde se ha aplicado esta institución en materia contractual, pero se trata de casos en los cuales *por la naturaleza de la conducta del demandado*, el accionante, pudiendo optar entre demandar por incumplimiento de contrato o por la responsabilidad extracontractual (“tort liability”), lo hace por esta última¹⁹⁹ (las cursivas no constan en el original).

Sin embargo, consideramos que los argumentos presentados son suficientes para que los daños punitivos sean aplicables tanto a la responsabilidad contractual, cuanto a la responsabilidad extracontractual, sin limitación alguna.

2.6. La escasa efectividad disuasoria y el efecto social y económicamente negativo

Por último, se argumenta que la figura no cumple con su fin esencial, a saber, que a fin de cuentas no cumple con un efecto disuasivo; es decir que, a pesar de la indemnización con un aumento relevante, se repiten los actos reprochables. De igual manera, se argumenta que la figura genera un efecto social y económicamente negativo, puesto que las altas indemnizaciones cuentan con consecuencias no previstas, entre estas el aumento de precios en productos y servicios en razón de que deben mantener una suerte de cuidado y respaldo en caso de encontrarse en una conducta que amerite ser sancionada a través de la figura discutida.

En consecuencia se debe realizar un análisis de los posibles efectos de la figura puesto que las consecuencias fácticas de la implementación de la institución referida deben generar, en general los efectos para los cuales ha sido planeada; es decir, evitar que conductas dañosas que demuestren una suerte de desidia hacia los derechos de terceros se repitan. Una indemnización superior a la esperada generará dicho efecto, puesto que si las

¹⁹⁹ Diego Martinotti. “Los daños punitivos en el proyecto del Código Civil de 1998”. Op. Cit. Página 1671

indemnizaciones son predecibles el dañador puede continuar afectando a distintas víctimas en razón de que es menos costoso pagar una indemnización antes que procurar salvaguardar los derechos de las personas, es decir, el lucro culposo resulta en un mayor beneficio económico, lo cual aparece-para aquél que ha generado el daño- más importante que los derechos y la seguridad de las personas.

Una crítica de carácter leve establece que la función disuasoria de la figura no se cumple a cabalidad puesto que, por regla general, los que generan un daño no conocen sus consecuencias y el sistema de responsabilidad tiene un cierto carácter de reservado, es decir que una sentencia que declare a lugar una indemnización por daños punitivos no será reconocida por la mayoría de personas y en consecuencia aquellos que planeaban o no prevenían generar un daño, de igual manera mantendrán su conducta. En palabras de Diego Marittoni: “se aumenta el precio de los productos y servicios ya que productores y prestadores de servicios aumentarán esfuerzos de prevención al encontrarse con precedentes de daños punitivos elevados”²⁰⁰; de igual manera el autor mencionado establece que la figura cuenta con una escasa efectividad disuasoria puesto que existe una falta de conocimiento general de las sentencias de responsabilidad civil, por lo que no es una herramienta efectiva para evitar comportamientos semejantes²⁰¹. En este aspecto, encontramos una contradicción evidente puesto que si existe poca efectividad disuasoria a consecuencia de la falta de conocimiento, no existirá un efecto económicamente negativo, ya que no se aumentarán los esfuerzos de prevención y en consecuencia el valor de productos y servicios. Además de la clara contradicción, los argumentos expuestos pueden ser desvirtuados.

Respecto a la escasa efectividad disuasoria, se debe establecer que la figura de daños punitivos tiene como finalidad la prevención, tal como el derecho de daños en general, con su finalidad social. En este sentido, si la persona que planea causar un daño: “prevé que deberá responder [...] invertir en prevención no será más que un medio orientado a disminuir las posibilidades de sufrir una consecuencia desagradable: pagar una

²⁰⁰ *Ibíd.* Página 1672

²⁰¹ *Ibíd.* Página 1671

indemnización”²⁰². En este sentido, para que la responsabilidad civil cumpla su finalidad es menester que la indemnización cumpla con características particulares; principalmente que ésta genere un efecto suficiente para disuadir la conducta, tanto del infractor cuanto del resto de la sociedad. En este sentido, debe ser una indemnización que realmente genere un efecto de preventivo, lo que tan solo se puede generar con la figura de daños punitivos, puesto que éstos no son previsibles en razón del daño causado, sino, como se ha mencionado, en razón de la conducta del demandado. Cabe recalcar que la figura no es completamente extraña al sistema de responsabilidad civil actual, sino que lo que procura es que no se desvirtúe otra figura jurídica que se encuentra en uso para disuadir una conducta, a saber los daños *meramente* morales. En este sentido el Código Civil manda en su artículo 2232 que:

En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, 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 y *de la falta*²⁰³ (Las cursivas no constan en el original).

Conforme se desprende de la norma citada, el Código Civil contempla, para este caso particular, a la falta, o conducta para establecer la indemnización por daños. Sin embargo, la figura de daños morales se utiliza en la actualidad para prevenir conductas dañosas puesto que la determinación de su monto es subjetiva, por la consideración del juez, según su prudencia, de la gravedad de la falta²⁰⁴. Empero, la figura que contempla el Código Civil cuenta con dos defectos para cumplir la finalidad que la figura de daños punitivos si cumple, a saber: en primer lugar, tal como se encuentra contemplada la figura, si bien cumple una función preventiva al ordenar una indemnización, sin perjuicio de que su valoración se encuentre sujeta al criterio del juez, el cual debería basarse en estándares objetivos tales como informes de peritos, esta indemnización no debería ser superior al daño moral causado, lo que resulta en una indemnización predecible; en segundo lugar, se enfoca particularmente en los daños morales, particularmente en los daños meramente morales, lo que deviene en una figura demasiado particular como para generar un efecto disuasorio.

²⁰² Hugo Acciarri y Andrea Castellano. *El análisis económico del derecho de daños*. IURIS DICTIO Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Año I No. I. Quito, enero 2000. Director: Fabián Corral Burbano de Lara. Sección Libre. Página 74.

²⁰³ Código Civil. (Cod. s/n. RO-S 104: 20, noviembre, 1970) artículo 2332

²⁰⁴ Código Civil. (Cod. s/n. RO-S 104: 20, noviembre, 1970) artículo 2332

Una vez establecido que la figura de daños punitivos no es del todo contraria al sistema de responsabilidad civil y de hecho se transforma en una figura idónea para prevenir conductas dañosas, se debe establecer la manera en la que genera un efecto social positivo a consecuencia de su capacidad disuasoria. En este sentido, se debe comprender que

la conducta de las personas puede reaccionar ante estímulos positivos y negativos y que, por lo tanto, si alguien puede prever que realizando un acto o actividad cualquiera recibirá consecuencias más disvaliosas (sic) que valiosas, no lo ejecutará, o modificará su accionar, mientras que tenderá a realizar ese acto o actividad, caso contrario.²⁰⁵

En este sentido, una conducta que será *sancionada*, genera un cambio en la actuación de las personas, pero lo importante es que dicho cambio de actitud no sea perecedero. En consecuencia se debe utilizar más la probabilidad de una consecuencia, que una consecuencia totalmente predecible puesto que la finalidad más que la reparación de un daño, es una finalidad superior, la de evitar la conducta, por lo que se justifica que los estándares en los cuales se fundamenta tengan la característica de ser generales y no totalmente determinados.

Generalmente, para realizar una conducta contraria a las normas o una conducta que generará un daño el agente se sujeta a un costo de oportunidad que versa respecto al beneficio de la acción frente a los perjuicios de ésta, traduciéndolo a la responsabilidad civil, notaríamos que el agente que generará un daño analizará el beneficio de generar dicho daño frente a la indemnización que deberá pagar, pero, con una variante fundamental, dicha indemnización es sólo probable. La figura de daños punitivos procura que, al momento de realizar dicho análisis de costo de oportunidad, agente opte por no generar el daño; esto se logra cuando el costo de invertir en precaución es menor que el costo que generará la indemnización²⁰⁶; el óptimo de la responsabilidad civil se encuentra cuando “un poco más de precaución (costo marginal) es igual a la reducción resultante en el costo esperado del daño (beneficio marginal)”²⁰⁷, en cuyo caso, el aumento en la inversión de precaución generará una reducción de los probables costos que surgen a consecuencia del daño. En dicho caso, el agente que genera el daño debe considerar que si invierte en prevenir dicho daño, el costo es igual que causarlo, con la excepción de que, en

²⁰⁵ Hugo Acciarri y Andrea Castellano. Op. Cit. Página 74.

²⁰⁶ Edgardo López Herrera. Op. Cit. Páginas 163-164

²⁰⁷ *Ibíd.* Página 163.

el caso de prevención, no se vulneraran derechos de terceros; así se genera una economía más eficaz, sin causar daños que pueden devenir en la ausencia de inversión o trabajo por parte de la víctima, además de dañar la imagen de la empresa.

Los daños punitivos generan que el costo de causar un perjuicio sea mayor, por lo que se justifica una mayor inversión en precaución, que si bien puede generar un aumento en los precios finales del producto, evita la vulneración de derechos, además de que en caso de que se sancione a la empresa, la indemnización-tenga carácter punitivo o no- se trasladará al consumidor que no sólo ha sido víctima de un daño sino que además nota afectado su patrimonio y capacidad de consumo. En este sentido, los daños punitivos no afectan a la economía, tan solo generan bienes y servicios más eficaces con el plus de prevenir los daños que de cierta forma detienen el movimiento económico de la víctima, que a fin de cuentas afecta a la sociedad en general²⁰⁸.

De igual manera, como se ha analizado, el aumento en los costos consecuencia de los procesos judiciales por daños y perjuicios, genera una mayor necesidad de inversión en precaución, cumpliendo así con la finalidad de evitar conductas socialmente reprochables. En este sentido

La posibilidad de establecer daños punitivos ciertamente apoya a los óptimos sociales pues: preserva la paz social, previene la repetición de accidentes y de agravantes, disuade que otros tengan conductas similares, induce y refuerza el cumplimiento de la ley.²⁰⁹

Es decir que genera un efecto social positivo en todos los sentidos; de igual manera:

Existen ciertos actos ilícitos ante los cuales, tanto la responsabilidad civil como la penal, se muestran impotentes para su eficaz sanción: en el primer supuesto por insuficiencia de la función represiva de la responsabilidad civil, que reconoce como

²⁰⁸ Este análisis parte de la asimilación del principio económico de que el beneficio individual conlleva al beneficio social, en palabras de Raquel Lázaro Cantero que analiza la teoría económica de Adam Smith: “El interés general es del interés de todos no en virtud de la unidad moral de los individuos en orden a un mismo fin, sino como resultado del esfuerzo individual de cada uno por moderar las pasiones egoístas y fomentar las benevolentes a partir de un juicio moral societario”; (Raquel Lázaro Cantero. *Adam Smith: Interés Particular y el Bien Común*. En: Cuadernos Empresa y Humanismo. Instituto de Empresa y Humanismo. Universidad de Navarra. Octubre 2001. En: <http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/4471/1/84.pdf> Último acceso: 08-octubre-2015, página 44.) de igual manera, el perjuicio individual conlleva al perjuicio social, la afectación a los interés individuales, detiene el movimiento social de la economía.

²⁰⁹ Elena Highton et al. Op. Cit. página 340.

límite su función resarcitoria; en el segundo, por no encuadrar el ilícito civil dentro de los estrechos márgenes de una figura penal, o por falta de adecuación de la pena para la completa restauración del orden civil, sin contar las cada vez mayores dificultades para obtener una condena penal²¹⁰

Consecuentemente, tanto por un sentido de eficacia en la seguridad de los derechos de las personas, cuanto por un efecto social que promueva el cumplimiento de las normas, la prevención del daño y el cuidado de los derechos ajenos, los daños punitivos constituyen la herramienta perfecta para cumplir los fines del derecho, esto es mantener una convivencia sana entre los ciudadanos.

La figura analizada en las páginas que anteceden cuenta con todos los argumentos para ser implementada dentro del sistema de responsabilidad civil ecuatoriano, incluso, la Corte Nacional en el caso Chevron manifiesta que:

es hora que en la Asamblea Nacional se expidan leyes en torno a este trascendental tema para que en los derechos fundamentales del hombre y la naturaleza se vayan incorporando sus derechos frente a los daños que se ocasionen a ésta y al medio ambiente a efecto de que el daño punitivo por falta de una ley que lo sancione no pueda originar una condena, y la nueva ley no solo ejemplifique sino que reivindique en el ser humano su derecho a un medio ambiente sano y equilibrado; para ello, pues, requerimos ya, de una legislación acorde a la realidad, a la diversidad de circunstancias, con la debida ponderación y a la par con la evolución del Derecho, para poder vivir con mejor salud, con dignidad y en paz.²¹¹

Se resalta que esta sentencia se menciona debido a que genera una crítica constante a la institución materia del presente trabajo, pero a fin de cuentas considera, con justa causa, que es una figura necesaria en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Se debe promover la reparación integral de los derechos y prevenir los daños, superando la mera retribución, el mero daño a consecuencia de otros daños, sino que la responsabilidad civil debe evolucionar hacia una función preventiva e incluso educativa frente a la vulneración de derechos y los daños punitivos constituyen la herramienta constitucional, legal, económica y socialmente adecuada para cumplir dichos fines. Sin embargo, se debe resaltar que una legislación que establezca claramente las condiciones de los daños punitivos generaría una

²¹⁰ Benjamín Moisés. *Los Llamados Daños Punitivos en la Reforma de la Ley 24. 240*. Revista Oficial del Poder Judicial 2-febrero-2008. Buenos Aires. En: <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/93815e8043eb7bbaa8a8eb4684c6236a/18.+Doctrina+Internacional+-+Benjam%C3%ADn+Mois%C3%A1.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=93815e8043eb7bbaa8a8eb4684c6236a>

²¹¹ Corte Nacional de Justicia. *María Aguinda Salazar y otros c. Chevron Corporation*. Juicio No. 174-2012. Quito, 12 de noviembre de 2012. Juez Ponente: Wilson Andino Reinoso. Página 135.

mayor certeza respecto a su aplicación, poniendo fin a varias de las críticas que se han analizado a lo largo de este capítulo, que si bien han sido, en nuestra consideración, desvirtuadas, siempre existen otras interpretaciones que podrían impedir la implementación de los daños punitivos.

3. Propuesta

Una vez que hemos analizado que los daños punitivos pueden formar parte del sistema de responsabilidad civil actual (sin perjuicio de que existan puntos que todavía pueden ser debatidos) en caso de que la figura materia del presente trabajo se aplique resultaría conveniente que se plantee una regulación clara que permita un uso adecuado y uniforme de la institución, tanto en su aplicación por los usuarios del sistema, cuanto por los jueces llamados a ejercerla. La regulación es necesaria en razón de que la determinación del daño ha generado líneas jurisprudenciales contrapuestas que han devenido en el uso de herramientas que no son las adecuadas para los fines que los jueces buscan. De igual manera, la legislación que se plantee debe asegurar que los jueces no cuenten con potestades absolutas, sino que su ejercicio sea limitado a parámetros claros que puedan ser revisados por instancias superiores a través de términos objetivos que permitan una fundamentación clara de un recurso de apelación en caso de que se genere algún perjuicio. Cabe resaltar que en un sistema positivista como el que manejamos actualmente, es necesario que una ley exista para la aplicación- por más, correcta- de cualquier figura, además de que garantizarían fehacientemente el principio de legalidad.

Así, el presente capítulo presentará la necesidad de la regulación y aplicación de los daños punitivos dentro del sistema de responsabilidad civil a través del análisis de jurisprudencia ecuatoriana y planteará una serie de lineamientos que, consideramos, brindarían seguridad en la aplicación de la figura, en el supuesto de que se realice una reforma y esta llegue a ser aplicada por los jueces.

3.1. El problema de la determinación del daño

La práctica de la jurisprudencia ha procurado que el daño que sufre la persona sea resarcido, cuando lo que realmente genera una indemnización adecuada es que el daño sea *reparado*. A consecuencia de la búsqueda de resarcir el daño, que conlleva una serie de

definiciones, no siempre congruentes²¹², surgen diferentes tendencias jurisprudenciales respecto al daño y la manera de determinar la cantidad que será adjudicada a la víctima. Si bien la indemnización no es valorada de manera correcta en los casos de responsabilidad patrimonial y extrapatrimonial, las dificultades en su determinación se evidencian de una manera más clara dentro de la indemnización por daño moral, puesto que el sufrimiento es un daño que no se puede evaluar de una forma monetaria, tan sólo se concede un paliativo a la víctima, que no reemplaza el sufrimiento.

En consecuencia, distintas líneas jurisprudenciales han surgido respecto a la determinación de los daños punitivos. La primera, minoritaria pero que no deja de ser utilizada-como analizaremos más adelante- consiste en que “el daño moral tiene carácter *punitivo*, que es una sanción ejemplar para castigar al ofensor”²¹³; desvirtuando de esta manera la institución del daño moral para utilizarla como un castigo hacia la víctima. Dentro de la jurisprudencia ecuatoriana este precepto se ha evidenciado esta línea jurisprudencial, que más que resarcir un daño causado procura castigar al ofensor utilizando la figura del daño moral²¹⁴. Así, dentro del caso Rafael Correa contra Diario el Universo (en adelante caso El Universo), el Juzgado Décimo Quinto de Garantías Penales de Guayas, encontró culpables a los querellados por el delito de injurias y ordenó, además de la prisión de tres años y la multa de doce dólares, el pago de cuarenta millones de dólares de los Estados Unidos de América (30 millones que debían ser pagados por las personas naturales involucradas y 10 millones por el Diario El Universo)²¹⁵. Dentro de la sentencia y de la querrela se evidencia que el afán tanto del querrellado (considerando que su pretensión se cuantificaba en ochenta millones de dólares) cuanto de los jueces que dictan la sentencia, fue el de castigar a los infractores, mas no el remediar un daño, esto a través de la figura de daños morales²¹⁶. Es

²¹² Así, Guillermo Cabanellas lo define como: “Reparación de daño o mal; Indemnización de daños o perjuicios; Satisfacción de ofensa; Compensación”. En: Guillermo Cabanellas. *Diccionario Jurídico Elemental*. Edición 19. Buenos Aires: Heliasta, 2008, página 332

²¹³ Carlos Alberto Ghersi. *Valuación Económica del daño moral y psicológico*. Buenos Aires: Editorial Astrea. 2000, página 101.

²¹⁴ *Ibíd.* Página 102.

²¹⁵ Juzgado Décimo Quinto de Garantías Penales del Guayas. *Rafael Correa contra Emilio Palacio Urrutia, Compañía Anónima El Universo, Carlos Nicolás Pérez Lapentti y otros*. 20-julio-2011. La sentencia se encuentra en:

http://blogs.ua.es/ecuadordoxa/files/2012/05/Caso_universo_primera_instancia.pdf

²¹⁶ De igual manera, Enrique Gimbernat Ordeig establece en un dictamen jurídico solicitado por el Diario El Universo que el valor de la indemnización plantea: “consecuencias jurídicas que, de ejecutarse, no solo disuadirían-en palabras del TEHD- a los periodistas ecuatorianos de ejercer sus libertades de expresión y de información, sino que llevaría a la paralización en la República del Ecuador del ejercicio de esas libertades” (Enrique Gimbernat Ordeig. *Dictamen Jurídico sobre la*

comprensible que la figura de daño moral se utilice para estos efectos en virtud de la amplitud en su regulación, a saber, el artículo 2232 del Código Civil brinda plenas facultades al juez para determinar el valor de la indemnización puesto que manda:

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*, previstas en el inciso primero de este artículo.²¹⁷

Por lo que los daños morales constituyen en la actualidad la única herramienta (no la más eficaz, sencillamente la única) para que las partes que se sienten ofendidas y consideran que la conducta es particularmente reprochable, soliciten una indemnización superior al daño realmente generado²¹⁸, con el afán de castigar al ofensor y de cierta forma disuadir la conducta. Sin embargo, los daños morales son una institución que procura rapar un daño causado, que se enfoca particularmente en la víctima. Si bien, pueden constituir un medio para generar una reparación integral, estos no son la figura más adecuada para cumplir dicho fin. En este sentido, Jorge Mosset Iturraspe realizó, a solicitud del Diario, un dictamen respecto a la sentencia y particularmente a la indemnización, dentro del cual establece:

Dicho perjuicio no admite una traducción dineraria clara o precisa, no es mesurable económicamente y sólo puede fijarse en dinero con base en la razonabilidad de los jueces, en su prudencia o equilibrio; huyendo de estimaciones extremas: ni muy poco ni una suma excesiva, harto generosa, más destinada a “enriquecer” al dañado que a compensar el perjuicio. Lo venimos sosteniendo desde hace muchos años. Ya en 1994, en la *Revista La Ley*, publicada en Buenos Aires, República Argentina (1994-A-728), expusimos las que denominamos “Diez reglas sobre la

Conclusiones Sobre Caso El Universo. 27 de Noviembre de 2011. Página 43. El dictamen completo se encuentra en:

<http://rafaelcorreacontraeluniverso.eluniverso.com/2011/11/27/dictamen-de-enrique-gimbernat-de-la-universidad-complutense-de-madrid/>)

²¹⁷ Código Civil. (Cod. s/n. RO-S 104: 20, noviembre, 1970) artículo 2232.

²¹⁸ Así, en el caso “El Universo”, Enrique Gimbernat Ordeig califica a la indemnización como “astronómica y disparatada” (Op. Cit. Página 13) y Abraham Castro Moreno la califica como desproporcional e “inadmisibles en derecho” estableciendo fundamentos que demuestran que la sanción de tal proporción no es justificada (Abraham Castro Moreno. *Dictamen Jurídico sobre la Adecuación Dogmática Penal de los Pronunciamientos contenidos en Sentencias contra El Universo*. 27 de noviembre de 2011. Página 67. El dictamen completo se encuentra en: <http://rafaelcorreacontraeluniverso.eluniverso.com/2011/11/22/dictamen-juridico-sobre-la-adequacion-a-la-dogmatica-penal-de-los-pronunciamientos-contenidos-en-las-sentencias-contra-el-universo/>)

cuantificación del daño moral”, que comenzaban: “1. No a las indemnizaciones simbólicas 2. No al enriquecimiento injusto”²¹⁹ (Las cursivas pertenecen al autor)

Dicho planteamiento se basa en que los daños morales constituyen una figura indemnizatoria y es en ésta en la que se debe fundamentar la cuantía que corresponde a la indemnización, por lo que, si bien se puede utilizar la figura para obtener una reparación integral y disuasoria de la conducta, su determinación que atiende a circunstancias particulares y que se limita al daño efectivamente causado, resulta ineficaz al momento de buscar una reparación integral de los perjuicios. Así, nos encontramos extralimitando los daños morales para que cumplan una función que naturalmente no les corresponde. En este sentido Mosset Iturraspe, en el dictamen citado establece que:

Se trata de reparar o de resarcir los detrimentos o menoscabos padecidos por el injuriado, no de punir, castigar, sancionar o penar al victimario. *No nos encontramos ante los denominados “daños punitivos”* originados en los Estados Unidos de América y receptados en ciertos países de Latinoamérica. Mientras el “daño punitivo” es una sanción represiva que apunta a “castigar” al dañador y tiene en cuenta la gravedad de la conducta, la intencionalidad, la reiteración, etcétera, lo que en ocasiones ha llevado a tribunales norteamericanos a establecer condenas de montos muy elevados; la figura del resarcimiento del daño a la persona, que, como regla general, no mira al victimario sino a la víctima, no castiga comportamientos sino que atiende a las incidencias morales, espirituales y sociales del agravio y jamás llega-en su indemnización- a sumas “millonarias”²²⁰ (las cursivas no constan en el original)

En este sentido, la figura de daño moral se ha desvirtuado para cumplir las funciones que le pertenecen naturalmente a los daños punitivos. El principal problema que surge de este uso es que el juez cuenta con amplias potestades para determinar un monto, sin una regulación que haga que la indemnización cuente con parámetros para su determinación, lo que si ocurriría en caso de regular los daños punitivos dentro del sistema de responsabilidad civil ecuatoriano.

La segunda línea jurisprudencial parte del precepto de que la indemnización por daño moral tiene carácter resarcitorio, es decir que busca satisfacer a la víctima frente al mal causado. En este sentido, Zannoni fundamenta:

Que sea difícil demostrar la realidad del dolor, del pensar de las aflicciones, y, más aun, que ese dolor o, en general, sentimientos que el daño provoca “no tengan

²¹⁹ Jorge Mosset Iturraspe. *La Indemnización en el caso El Universo carece de fundamentos jurídicos*. 14-diciembre-2011. En: <http://rafaelcorreacontraeluniverso.eluniverso.com/2011/12/14/la-indemnizacion-en-el-caso-el-universo-carece-de-fundamentos-juridicos/> Página 7.

²²⁰ Id.

precio”, no significa que no sean susceptibles de una apreciación pecuniaria. Es claro que la apreciación pecuniaria no se hace con fines de *compensación* propiamente dicha, es decir, para reemplazar mediante equivalente en dinero un bien o valor patrimonial destruido, dañado, sustraído, etcétera. La apreciación pecuniaria cumple más bien un rol *satisfactivo*, en el sentido de que se repara el mal causado aunque no se puedan borrar sus efectos²²¹ (Las cursivas pertenecen al autor)

Así, los daños morales buscan a través de la indemnización, hacer más soportable el dolor o la afectación que la víctima sufre, tomando una postura de que la indemnización se debe limitar únicamente a dicho fin. Si bien este es el punto de partida de los daños morales, la poca facilidad en la determinación de la indemnización, puesto que el dolor, sufrimiento, honor, etcétera, no son cuantificables, puede devenir en indemnizaciones ínfimas que conlleven al perpetrador al lucro culposo, es decir a la determinación de generar un daño puesto que el costo de la indemnización es menor que el costo de prevenir el daño o el simple afán de realizarlo. En este sentido, encontramos la sentencia dictada en el caso que siguió Wagner Iván Viñán en contra de la Federación Médica Ecuatoriana y otros (en adelante caso Wagner)²²²; dentro del caso Wagner el afectado solicita una indemnización por dos millones de dólares por concepto de daños morales, en razón de que los demandados han atentado contra su honra solicitando su separación del cargo de médico e incluso pretendiendo que su consultorio sea cerrado, lo que evidentemente afecta su ejercicio profesional y su reputación como médico, elemento fundamental dentro del mundo de la medicina. Todo esto a consecuencia de que Wagner denunció irregularidades dentro del Colegio Médico de Imbabura. Sin embargo, y sin perjuicio del accionar reprochable de los demandados- que, para no lidiar con las irregularidades procuraron separar al señor Wagner del Colegio de Médicos, atentando a su reputación- la Corte determinó que el daño al nombre y reputación tan solo merecía una indemnización de treinta mil dólares, los cuales debían ser pagados de manera solidaria entre once demandados, lo que implica un total de doscientos setenta y dos dólares con setenta y dos centavos por cada demandado. Sin perjuicio de las directrices sobre la indemnización y sus requisitos, la sentencia cuenta con un yerro-en nuestra apreciación- al momento de determinar el monto de la indemnización, puesto que dicho monto, si bien puede satisfacer

²²¹ Eduardo Zannoni. *El daño en la responsabilidad civil*. Tercera Edición. Buenos Aires: Editorial Astrea. 2005, página 306

²²² Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. *Wagner Iván Viñán Vásquez contra Federación Médica Ecuatoriana y otros*. Quito, 19 marzo 2003. Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII No.12. Página 3730.

(que de hecho no lo hace) a la víctima, pone de relieve que el hecho dañoso se puede seguir cometiendo puesto que la indemnización no será costosa. Así, la limitación del daño moral a la reparación, que si bien cumple con su función, puede resultar en complicaciones prácticas al momento de determinar el monto, sobre todo en casos en los que, debido a la conducta del ofensor, amerita una indemnización superior, pero que no se puede extralimitar a los daños causados a la víctima. En este sentido, los daños punitivos surgen como una institución que busca poner fin a casos como el analizado, en el que la indemnización no solo cubra una reparación, sino que de igual manera cuente con una función disuasoria de conductas particularmente reprochables; por lo que, como accesorios de la indemnización civil, constituyen la herramienta adecuada para garantizar una reparación integral, sin desfigurar otras instituciones tales como el daño moral.

Por último, se plantea una postura intermedia que establece que el daño moral cumple con la función de resarcir el daño causado y de igual manera disuadir la conducta o sancionarla. En este sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia argentina:

La reparación del daño moral persigue un doble carácter, es decir que tanto cumple con una función ejemplar y se impone al responsable a título punitivo, como también tiene carácter resarcitorio y con ello se trata de proporcionar a la víctima una compensación por haber sido injustamente herida en sus íntimas afecciones; su ponderación debe determinarse ponderando especialmente la índole de los sufrimientos de quien lo padece y no mediante una proporción que lo vincule con los otros daños cuya indemnización se reclama, toda vez que ninguna relación forzosa existe entre el perjuicio material y el moral.²²³

De igual manera, dentro de la jurisprudencia ecuatoriana encontramos casos en los que la indemnización por daño moral busca, tanto prevenir una conducta cuanto resarcir un daño causado; así, en el caso que siguió Rafael Correa en contra del Banco del Pichincha (en adelante caso Pichincha)²²⁴, la Corte impone al Banco del Pichincha una indemnización de seiscientos mil dólares a favor de Rafael Correa puesto que el Banco del Pichincha no ordenó a que retiren su inscripción en la Central de Riesgos, lo que ha generado un daño moral apreciable, imputándole la calidad de deudor moroso. Así, la Corte impone una indemnización que no solo cubre los rubros de la reparación, sino que además previene de este comportamiento al Banco sancionado y a las instituciones financieras en general. Si bien se puede considerar que este tipo de indemnización cumple con los preceptos de una reparación integral, conforme se desprende de lo establecido por la Corte argentina, no

²²³ Corte Nacional Federal Civil y Comercial de Argentina. Sala III. 13-agosto-1990. En: Carlos Alberto Ghersi. Op. Cit. Páginas 104-105.

²²⁴ Corte Nacional de Justicia Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. Rafael Correa Delgado contra Banco del Pichincha C.A.. Quito, 28 de abril de 2010. Expediente de Casación 242.

existen parámetros para la determinación del daño moral que busca ejemplificar un comportamiento a través de una indemnización que supera a los daños realmente causados. En este sentido, si se utiliza la figura de daños morales para cumplir las funciones que le corresponden a los daños punitivos podríamos llegar al discrecional y arbitrario absurdo que se contempló en el caso El Universo. En este sentido, desvirtuar una figura tal como el daño moral que otorga demasiada amplitud a la discrecionalidad y *prudencia* del juez resulta riesgoso, por lo que resulta más eficaz plasmar de manera clara en la ley la institución de daños punitivos para que, los jueces con fundamentos suficientes puedan establecer una indemnización que cumpla con la reparación integral, cumpliendo con la función de resarcir el daño y de disuadir conductas reprochables; pero con un límite en la actuación del juez que deberá motivar, según los parámetros de los daños punitivos, tanto la cantidad de la indemnización cuanto su procedencia.

Como se ha analizado en el presente acápite, los daños punitivos constituyen una institución necesaria dentro de la responsabilidad civil ecuatoriana puesto que tanto en los casos en los que se establecen indemnizaciones excesivas, como en los casos en los que la indemnización es ínfima, o en los que ésta es prácticamente adecuada; hace falta el establecimiento de normas claras que permitan a los jueces justificar una indemnización que implique una reparación integral de los daños causados. De igual manera, como se analizó en el capítulo precedente los daños punitivos tienen cabida dentro del sistema de responsabilidad ecuatoriano, por lo que en el acápite siguiente propondremos una regulación de la institución.

3.2. Lineamientos para la propuesta

En el presente acápite estableceremos una serie de lineamientos que, en nuestra opinión, podrían orientar una legislación adecuada de los daños punitivos dentro del sistema de responsabilidad civil ecuatoriano. De igual manera, delimitaremos su aplicación y determinación según parámetros de razonabilidad que otorgan una serie de límites de control sobre el poder que el juez ejerce.

3.2.1 Características

La regulación de los daños punitivos dentro del sistema de responsabilidad civil ecuatoriano debe partir del establecimiento de sus características principales. Dentro de estas, es menester establecer el carácter excepcional de la medida, como lo define López

Herrera: “los daños punitivos son de aplicación estrictamente *excepcional*. La regla es que los daños punitivos no proceden en ningún tipo de acción”²²⁵ (las cursivas pertenecen al autor), en este sentido, la regla general es una indemnización resarcitoria común y los daños punitivos tan solo serán aplicables en cuanto se desprenda del proceso un elemento subjetivo agravado (como se analizará más adelante), es decir que, además de la existencia del daño debe existir un elemento que amerite una indemnización disuasoria, una conducta tan reprochable que no debe ser repetida²²⁶.

Esto nos lleva a la segunda característica con la que deben contar los daños punitivos y que debe encontrarse dentro de la regulación que los delimite, a saber, que los daños punitivos son accesorios. Como se ha mencionado, para la existencia de una condena por daños punitivos es menester que exista un daño, por mínimo que sea (puesto que el fundamento de la institución se encuentra en la conducta, no en el daño *per se*), lo que convierte a la figura en una reparación accesoria a la indemnización contractual o extracontractual que se solicite. En este sentido “el daño punitivo no tiene vida por sí mismo. No existe acción autónoma para reclamar daños punitivos. Siempre deben determinarse en el proceso principal de una acción”²²⁷. Al ser accesorio, se rige por el principio jurídico de que “sigue a suerte de lo principal”²²⁸ y en consecuencia seguirá, en lo no previsto en la norma, la regla general de la indemnización por daños²²⁹.

²²⁵ Edgardo López Herrera. Los daños punitivos. Op. Cit. Página 22.

²²⁶ En este sentido, Virginia Simari establece que desde la perspectiva económica el resarcimiento del daño es el “precio de la negligencia”, por lo que los daños punitivos sirven para contrarrestar la carencia de prevención del agente que ha causado un daño (Virginia Simari. *Daños punitivos: una herramienta eficaz*. E.D., página 1618)

²²⁷ Edgardo López Herrera. Los daños punitivos. Op. Cit. Página 21.

²²⁸ El principio general se encuentra reconocido en varias sentencias ecuatorianas, entre estas: La dictada por la Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, el 13 de diciembre de 2001 en el caso *E. Cuaba S.A. contra El Dorado C.A.*, dentro del cual se analiza que la acción de indemnización contractual-subsidiaria o accesoria- tan solo tiene cabida si se comprueba el principal, esto es el incumplimiento contractual que da cabida al derecho de indemnización. De igual manera, los daños punitivos tan solo tendrán cabida en caso de que se compruebe inicialmente un daño y posteriormente los hechos que dan lugar a la aplicación de la figura. Respecto a las formalidades accesorias que deben ser idénticas a las principales, la Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia se ha pronunciado de manera afirmativa en la sentencia dictada en Quito el 28 de enero de 2010, en el caso *Termipac S.A. contra Banco Continental S.A.*. Por último, respecto a la aplicación del principio en el ámbito procesal, encontramos el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, Sala Primera de lo Civil y Mercantil, en Quito el 16 de mayo de 2001, en el caso *Kleintours y Representaciones Cía. Ltda. contra el Condominio del Edificio Holanda*; lo que nos da a entender que la competencia para resolver casos de daños punitivos será la del juez que conozca el asunto principal.

²²⁹ Entre las reglas generales, llama la atención los eximentes de responsabilidad, que evidentemente serían idénticos a los que rigen a la responsabilidad civil en general, entre ellos los

Dentro de la característica de accesorio, se deben establecer dos particularidades que se derivan de dicha particularidad. La primera es la naturaleza de los daños punitivos, que, al ser accesorios no cuentan con una función resarcitoria, la cual suponemos, que se cubre con la indemnización de los *daños* reales, sino que su función pasa a ser puramente preventiva o disuasoria de la conducta que se condena, en este sentido: “la función preventiva, además de la compensatoria, precisa y enriquece el concepto de la compensación, lo integra pero no lo sustituye”²³⁰, así, los daños punitivos cumplen con la función preventiva, dejando la compensación a la indemnización *común*; la segunda apreciación que surge del carácter accesorio de los daños punitivos es que se debe incluir la creación de riesgo como uno de los presupuestos principales para que pueda surgir la figura, es decir, no sólo un daño real, sino que la simple creación de riesgo debe ser un punto de partida para una indemnización y una reparación de carácter punitivo²³¹; esto se debe a que la creación de riesgo como un daño indemnizable da cabida al *principio precautorio* que “para que opere tiene que existir un peligro de daño grave [...] que involucre el interés colectivo”²³², puesto que los daños punitivos se fundamentan naturalmente en la conducta, más que el daño per se, la creación de riesgos que mediante

que enumera Arturo Alessandri: “El caso fortuito o fuerza mayor; La culpa de la víctima; El hecho de tercero; La violencia física o moral; La orden de la ley o de la autoridad legítima; El estado de necesidad; y La legítima defensa” (Arturo Alessandri y Manuel Somarriva. *Curso de Derecho Civil. Las obligaciones que se forman sin convención*. Tomo IV. Santiago de Chile: Editorial Nascimento, 1993, página 882). En este sentido, las excepciones que atancan tanto a la culpabilidad cuanto a la antijuricidad o ausencia de voluntad, son aplicables a los daños punitivos y pueden ser utilizados tanto para atacar al daño que da partida a la indemnización *común*, cuanto a la reparación accesoria punitiva.

²³⁰ Salvador Coderech y Castiñera Palou. *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela al honor y funciones del Derecho de Daños*. Marcial Pons, 1997, página 114.

²³¹ En este sentido, se pronuncia Beatriz Quintero: “Y es que efectivamente, cuando se ocasiona un daño, mejor aún, cuando un daño se torna actual, sólo caben dos opciones en torno a definir quien deberá soportar las consecuencias del mismo: o las soporta la propia víctima en el evento de que no reciba indemnización, o las soporta el agente quien ha creado el entorno dañino. Ante tal alternativa, toda la doctrina moderna viene caminando cada vez con paso más firme, hacia una nueva solución: que ningún daño se quede sin indemnización. La opción lógicamente inclina el equilibrio de los factores culpa y daño y por ende, con ese vuelco pleno en favor del daño, la noción de culpa se desdibuja cada vez más como exigencia de responsabilidad [...] A medida que la posibilidad del daño aumenta se exige de cada individuo una prudencia cada vez mayor. Así, la jurisprudencia creó categorías de culpa; encontró imprudencias en comportamientos que antes hubiera considerado enteramente diligentes” (Beatriz Quintero de Prieto. *Teoría Básica de la Indemnización*. Tercera Edición. Bogotá: Editorial Leyer, página 99)

²³² Pascual Eduardo Alfredillo. *Los riesgos ambientales y el principio precautorio*. En: *Revista de Derecho de Daños. Creación de Riesgo-I*. Volumen I Dirección Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti. Rubinzal-Culzoni Editores: 2007, página 287.

una conducta particularmente negligente se generen, debería ser de igual manera susceptible de una reparación preventiva.

3.2.2 Elemento subjetivo

El elemento subjetivo que da partida a la aplicación de los daños punitivos debe encontrarse delimitado²³³ para que la actuación del juez no sea totalmente arbitraria. En este sentido, Ramón Pizarro establece la necesidad de un “grave reproche subjetivo en la conducta del dañador”²³⁴, puesto que la conducta es esencial para determinar si una condena tendrá carácter punitivo o simplemente una indemnización compensatoria, es necesario que, para la existencia de los daños punitivos, se presente un “elemento subjetivo que es bastante más que la infracción a la culpa o debida diligencia; requiere conducta deliberada, culpa grave o dolo, negligencia grosera, temeraria, actuación torpe cercana a la malicia”²³⁵. En este sentido, es necesario que, al momento de regular la institución de daños punitivos se establezca claramente que tan solo con un elemento subjetivo agravado, con una conducta particularmente reprochable que debe ser disuadida, caben los daños punitivos.

Dicha conducta, se debe desprender del proceso y debe ser probada; para imponer una condena que establezca daños punitivos no es procedente tan solo determinar la existencia de un daño sino que “el elemento subjetivo debe ser agravado, la mera negligencia no es suficiente para imponer daños punitivos”²³⁶; en este sentido el juez no se limitará a determinar el daño, sino que deberá calificar la conducta como particularmente negligente o reprochable. Cabe resaltar que no es menester que la norma establezca una descripción de las conductas, sino evaluaciones más generales que permitan un ámbito de aplicación amplio al igual que una actuación del juez que si bien puede ser revisada, incluya una potestad decisiva respecto de la conducta y su consecuencia. En este sentido, los daños

²³³ Jorge Bustamante Alsina nos enseña: “En la mayor parte de los Estados existen leyes que determinan las condiciones para reconocer los punitive damages” (Jorge Bustamante Alsina. Los llamados daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil. Op. Cit. Página 270)

²³⁴ Ramón Pizarro. Daños Punitivos. En: *Derecho de daños*. Segunda Parte. Buenos Aires: La roca, 1993, página 621.

²³⁵ Antonio Juan Rinessi y Rosa Rey de Rinessi. *Naturaleza jurídica del Daño Punitivo*. En: Revista de Derecho de Daños. Daño Punitivo. Dirección Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011, página 125.

²³⁶ Edgardo López Herrera. Los daños punitivos. Op. Cit. Página 22.

punitivos tendrán un carácter facultativo²³⁷ para el juez, de lo que deriva que los daños punitivos pueden ser solicitados por la parte, pero no *exigidos*²³⁸, esto es, que se encuentra en la plena potestad del juez establecer una condena de carácter punitivo. Si bien las partes pueden y deben otorgar los suficientes elementos de convicción para que el juez determine que una conducta es meritoria de una sentencia que establezca una reparación de carácter punitivo, la potestad se encuentra únicamente en el juez. En este sentido, los daños punitivos, en la legislación los desarrollaría, deberán contar con un carácter, como se ha mencionado, excepcional en razón de la gravedad de la conducta que se procura disuadir, además de facultativos, es decir a disposición del juzgador.

3.3.3 Límite del monto

Asimismo, es necesario que la norma imponga un límite a la cuantía de los daños punitivos²³⁹, el cual puede estar basado en los daños realmente causados, estableciendo una relación entre éstos y la condena punitiva²⁴⁰, limitando de esta manera la potestad del juez. Dentro de la limitación de los daños punitivos existen diferentes métodos de determinación²⁴¹, entre estos se ha propuesto que tengan un límite máximo establecido por

²³⁷ Existen opiniones contrarias a la facultad del juez de imponer una condena de daños punitivos, entre estos Florencia Nallar observa que: “En efecto la actuación *ex officio* en esta materia impediría al causante del daño arbitrar los medios necesarios para su defensa, conducentes a evitar la imposición de la sanción. En este orden de ideas, al ser los daños punitivos un instituto de *interpretación restrictiva*, resulta ineludible la existencia de prueba concluyente acerca de la gravedad de la conducta del demandado. Y esta prueba debe estar necesariamente en manos de los accionantes, sin que pueda dicha actividad ser suplida por los jueces” (Florencia Nallar. *Los daños punitivos en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. En: Revista de Derecho Privado y Comunitario. Dirigido por: Eduardo Alegría y José Mosset Iturraspe. Primera edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2013, página 478). Sin embargo, consideramos que, al ser un elemento accesorio, todas las pruebas que se presenten durante el proceso principal de indemnización de perjuicios pueden ser alegadas por la contraparte, por lo que, en este sentido y tomando en cuenta que el conocimiento de la ley constituye una presunción de derecho (Código Civil artículo 13) el agente que ha causado el daño cuenta con las herramientas (tiempo y oportunidad) suficientes para cumplir a cabalidad con su derecho a la defensa.

²³⁸ Edgardo López Herrera. Los daños punitivos. Op. Cit. Página 26

²³⁹ En este sentido Florencia Nallar anota que: “Este parámetro de cuantificación reviste una naturaleza predominantemente subjetiva, por lo que deberá el juez, de acuerdo a las particularidades del caso, traducir en términos económicos ese reproche de la conducta” (Florencia Nallar. Op. Cit. Página 479)

²⁴⁰ Así lo explica Jorge Bustamante Alsina: “Se supone que los punitive damages deberían tener una relación razonable con los compensatory damages y con la capacidad de pago del demandado” (Jorge Bustamante Alsina. Los llamados daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil. Op. Cit. Página 271)

²⁴¹ Al respecto Florencia Nallar establece, refiriéndose al proyecto de reforma del Código Civil y mercantil argentino: “En los Fundamentos del Proyecto se aclara la distinción entre la fijación de la

la ley²⁴², empero consideramos que establecer una cantidad máxima sería contrario a la figura en si misma puesto que el conocer el valor de la indemnización daría cabida al lucro culposo, es decir, que en un costo de oportunidad entre generar el daño y pagar la indemnización podría resultar más oneroso generar el daño y atenerse a la consecuencia legal, cuando la institución procura que el daño no sea causado en futuras ocasiones²⁴³. Por otro lado, otra técnica es permitir al juez fijar un monto en razón de los distintos factores que bordean al daño²⁴⁴, esto es las circunstancias de la conducta; técnica que parece adecuada pero que de cierta forma otorga demasiada libertad al juez en su actuación, lo que puede devenir en abusos, tratándose de una institución que de cierta forma llega a ser subjetiva. Así, consideramos que se debe establecer una condena con relación a los daños causados pero otorgando libertad al juez para establecer un monto que no sea totalmente predecible.

Siguiendo esta línea de pensamiento, sugerimos que, tal como lo ha delimitado la jurisprudencia estadounidense el monto de los daños punitivos debe guardar una relación de cero a nueve con el daño efectivamente causado, tomando en consideración las circunstancias del caso, particularmente:

la naturaleza y la gravedad de la conducta del agente causante del daño; la sabiduría de aplicar castigos pecuniarios, de acuerdo con la solvencia económica de la parte culpable; el antecedente de los avisos disuasivos y la facultad de haberlos evitado; la naturaleza de la opresión infligida; el bienestar del causante²⁴⁵

Así, el juez cuenta con un amplio margen de actuación para imponer el monto de la condena punitiva y de igual manera encuentra su accionar limitado, tanto por un *monto*

cuantía de la indemnización y la del *quantum* de los daños punitivos. Se dice al respecto que la regla general es que el daño se resarce por equivalencia o por satisfacción, por lo que el juez no puede apartarse de la prueba o usar su prudencia. En cambio, en la sanción, no hay prueba directa para la cuantificación, y es por ello que se alude a la fijación prudencial” (Florencia Nallar. Op. Cit. Página 478). Empero, esto no quiere decir que el juez puede fugar el monto de manera arbitraria, sino que debe fundamentarse en las circunstancias del caso y sobre todo en las que dan cabida a la reparación punitiva.

²⁴² Edgardo López Herrera. Los daños punitivos. Op. Cit. Página 27

²⁴³ En este sentido se expresan Alberto Bueres y Sebastián Picasso: “El perjuicio derivado de un acto ilícito, que es un costo “externo”, sólo podrá ser materia de resarcimiento si existe una violación al principio de “justicia eficiente”, a cuyo efecto el dañado debe probar que el dañador tuvo a su alcance la posibilidad de desplegar una acción preventiva (costo interno) más económica que el costo externo del accidente-análisis de relación costo-beneficio que descansa sobre la figura del *cheapests cost avoider*.” (Sebastián Picasso y Alberto Bueres. Op. Cit. Página 36)

²⁴⁴ Edgardo López Herrera. Los daños punitivos. Op. Cit. Página 27

²⁴⁵ Antonio Juan Rinesi y Rosa Rey de Rinesi. Op. Cit. Página 127.

máximo en relación al daño realmente causado cuanto por los requisitos para utilizar la herramienta de daños punitivos para disuadir²⁴⁶ una conducta.

3.3.4 *Ámbito de aplicación y destino del monto*

Por último, la norma debería establecer el ámbito de aplicación de la institución y el destino del valor que se determine. Respecto al ámbito de aplicación, sugerimos que la regulación se remita al plano civil para que sea suplementaria de todas las legislaciones especiales, en este sentido se pueden abarcar todos los ámbitos en los que se evidencie una conducta particularmente reprochable. Cabe resaltar que

no hay problemas en que el Derecho Civil pueda contener principios preventivos, sin perjuicio de que existan principios de la misma naturaleza en los Derechos Penal y Administrativo. Ni el primero excluye a los segundos, ni éstos desplazan a aquél. Tampoco se pretende (sostienen algunos) que la función preventiva sea la única sea la única que posee la responsabilidad civil, pues tal función puede coexistir con la otra (compensatoria)²⁴⁷

Así, una norma clara dentro del régimen civil establecería la posibilidad de disuadir conductas reprochables y que se pretende que no se repitan, en todos los ámbitos legales.

Respecto al destino que tendrán los daños punitivos, consideramos que es necesario que la norma establezca de manera clara y predeterminada para los montos que, por daños punitivos, deben pagar los agentes que han causado un daño. Dentro de este aspecto, existen tres técnicas legislativas para establecer el destino de los daños punitivos a saber: la condena completa, la condena compartida y la condena cero²⁴⁸, la condena completa otorga a la víctima el monto de la sanción, la compartida la divide entre la víctima y el Estado o un fondo específico y la condena cero otorga todo al Estado o a un fondo específico. Consideramos que la legislación adecuada para los daños punitivos dentro del sistema de responsabilidad civil ecuatoriano debe contar con una condena dividida, en

²⁴⁶ En este sentido Florencia Nallar anota que: “Para que la figura de daños punitivos pueda cumplir cabalmente con su función preventiva, es menester cuantificar adecuadamente la sanción que se trata a partir de un conocimiento de cuáles habrían sido las medidas que el dañador debió razonablemente adoptar- y no lo hizo- para evitar la producción del daño [...] En efecto, cuanto más baja resulta la cuantía de los daños punitivos, mayor negligencia se permite al particular y mayores probabilidades existen de que los eventos dañosos se reiteren; contrariamente cuando se aumenta la sanción y se incluyen en ella nuevos preceptos que amplían el espacio del resarcimiento, descende la cantidad de actos disvaliosos” (Florencia Nallar. Op. Cit. Páginas 482-483)

²⁴⁷ Sebastián Picasso y Alberto Bueres. Op. Cit. Página 35

²⁴⁸ Edgardo López Herrera. Los daños punitivos. Op. Cit. Página 28.

virtud de la cual se otorgue un porcentaje del monto (no superior al 25%) a la víctima a manera de recompensa, puesto que evidentemente resulta un trabajo superior demostrar una conducta que amerite daños punitivos dentro de un proceso²⁴⁹; y que el restante se otorgue o bien a un fondo que el Consejo de la Judicatura maneje para apoyar las demandas por daños o para otorgar una defensa adecuada a las personas que no cuentan con la potestad de acudir y pagar a un abogado; o en caso de que el particular lo amerite que se otorgue a una fundación que se encargue de reparar los daños de la materia de la cual versó el litigio o de prevenirlos; en este último caso debería ser administrado por un fideicomiso²⁵⁰ que vele por el correcto uso de los montos otorgados a la fundación.

²⁴⁹ En sentido similar se maneja el estado de Utah, Estados Unidos.

²⁵⁰ Este sistema se lleva a cabo en Missouri, Estados Unidos.

4. Conclusión

A lo largo del presente trabajo hemos analizado la institución de daños punitivos y sus posibilidades de aplicación dentro del sistema de responsabilidad civil ecuatoriano. Así, hemos encontrado que la naturaleza de la indemnización civil no se encuentra plasmada en la norma, lo que permite un desarrollo constante del derecho que se adapte a las necesidades sociales, por lo que la mera restitución puede evolucionar hacia una reparación que sea realmente integral, que especialmente procure evitar que se cometa un daño y no sólo repararlo cuando ya ha causado perjuicios. En consecuencia, hemos planteado que la figura de daños punitivos cuenta otorga los elementos suficientes para lograr que la reparación sea integral y cumplir con óptimos sociales, principalmente el respeto a los derechos ajenos.

Como consecuencia de la utilidad de la institución, fue menester analizar su cabida dentro del contexto ecuatoriano. En este sentido, concluimos que no existen argumentos de carácter constitucional que constituyan un impedimento para la implementación de los daños punitivos, sin perjuicio de que puedan existir interpretaciones que los coloquen como un elemento que atenta contra el principio de legalidad, desarrollamos que el precepto de que todo daño debe ser reparado, en concordancia con una interpretación adecuada de la palabra reparación, otorga un entendimiento de la norma que provoca que los daños punitivos, que no cuentan con un carácter penal, no vulneren el principio de legalidad. Asimismo, una interpretación adecuada de la institución discutida en este trabajo y el conocimiento de que se trata de una herramienta accesoria a la indemnización de carácter compensatorio, lleva a la conclusión de que no nos encontramos frente a una doble punición y menos aún a una vulneración al principio de cosa juzgada. Sin embargo, respecto al principio de congruencia existe la posibilidad de que los jueces determinen de oficio una reparación que incluya a los daños punitivos como uno de sus elementos, lo que podría lesionar el derecho a la defensa del agente que ha causado el daño, empero, consideramos que el conocimiento de la norma y las herramientas procesales con las cuenta dentro del proceso de indemnización común son suficientes como para que cuente

con una defensa conforme con las garantías constitucionales, pero se debe resaltar que este punto puede ser debatido.

Una vez analizada la cabida constitucional de la institución planteada, estudiamos los daños punitivos dentro del sistema de responsabilidad civil ecuatoriano en general. Consecuentemente encontramos que, si comprendemos que toda indemnización cuenta con su fuente en la norma, plasmada en una sentencia que concede el derecho a recibir una indemnización a consecuencia del incumplimiento contractual o la culpa extracontractual, no existe un enriquecimiento sin causa a consecuencia de una reparación que supere, en su monto, a los perjuicios realmente causados. De igual manera, a través de ejemplos, vislumbramos que el espíritu del Código de Bello demuestra un afán de impedir que se generen daños, lo que se logra a través de figuras similares al daño punitivo, sobre todo en el aspecto de doblar el monto debido a consecuencia de actos considerados especialmente contrarios a las normas. Por otro lado, realizando un símil entre los daños punitivos y los conceptos jurídicos indeterminados del derecho administrativo, concluimos que, en cuanto se establezcan parámetros claros para la existencia de los daños punitivos y la cuantificación de su monto, no se puede apreciar arbitrariedad en su determinación.

Una vez desarrollado el estudio de los daños punitivos y su cabida dentro del sistema de responsabilidad, procedimos a indagar respecto a su aplicación. Así, a través de un análisis comparativo entre las diferencias de la responsabilidad contractual y extracontractual, y las características de los daños punitivos, concluimos que, en cuanto se realice una interpretación amplia de la equivalencia entre el dolo y la culpa grave, la institución discutida cuenta puede ser aplicada, sin impedimento alguno, dentro de ambas categorías de responsabilidad. En cuanto a su ejercicio, a través de un análisis socioeconómico del derecho de daños y su eficacia, encontramos que los daños punitivos promueven una sociedad más segura y disminuyen la probabilidad de que se lesionen derechos, es decir que, cumplirían en su aplicación, con su finalidad teórica.

Por último, considerando los beneficios que los daños punitivos otorgan a la sociedad y a la evolución del derecho, planteamos la necesidad de la figura como consecuencia de la carencia de herramientas dentro del sistema para otorgar una reparación integral, lo cual se vislumbra a través de la desfiguración de los daños morales, que se han aplicado en ciertos

casos con una finalidad preventiva, cuando dicha función se cumple de manera más eficaz a través de los daños punitivos. Además, encontramos casos en los que la indemnización no es suficiente para indemnizar el daño y menos aún para evitar que sus autores lo causen nuevamente, lo que apunta a la necesidad de una figura que genere una reparación real e integral, la cual, como lo hemos analizado, es la discutida en el presente trabajo. Como consecuencia de la necesidad de la institución, consideramos pertinente plantear lineamientos para su desarrollo dentro de la legislación ecuatoriana, los cuales se encaminan a determinar los elementos que consideramos esenciales dentro del texto normativo que podría desarrollarse, sea a través del uso de los conceptos sugeridos o no, con el fin de establecer parámetros claros.

Cabe mencionar que si bien se plantean una serie de lineamientos para una propuesta legislativa, que podría limitar el ejercicio de potestades absolutas por parte de los jueces, consideramos que el momento político actual no es adecuado para la implementación de la figura de daños punitivos. Si bien la institución cumpliría sus fines (preventivos y de disuasión) consideramos que en la actualidad sería manipulada como una herramienta de control de poder absoluto. Los daños punitivos pueden elevar los óptimos sociales, empero, requieren de una función judicial independiente que aplique el derecho por sobre las inclinaciones políticas, lo que lamentablemente no encontramos en la actualidad.

Bibliografía

Doctrina

- Acciarri, Hugo y Castellano, Andrea. *El análisis económico del derecho de daños*. IURIS DICTIO Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Año I No. I. Quito, enero 2000. Director: Fabián Corral Burbano de Lara. Sección Libre.
- Alessandri, Arturo. *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Santiago de Chile. Imprenta Universitaria, 1943.
- Alessandri, Arturo y Somarriva, Manuel. *Curso de Derecho Civil*. Redacción: Antonio Vodanovich. Tomo IV. Santiago de Chile: Editorial Nascimento, 1993.
- Alessandri, Arturo y Somarriva, Manuel. *Curso de Derecho Civil. Las obligaciones que se forman sin convención*. Tomo IV. Santiago de Chile: Editorial Nascimento, 1993.
- Álvarez, Gladys; Gregorio, Carlos y otros. *La limitación de la responsabilidad por daños. Un enfoque socioeconómico*. La Ley, 1997.
- Aristázabal Velásquez, David. Apuntes sobre el Daño Punitivo en la Responsabilidad Patrimonial Colombiana. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 40 No. 112. Medellín: Enero-julio 2010.
- Banfi del Río, Cristian. *La Asimilación de la Culpa Grave al Dolo en la Responsabilidad Contractual en Chile*. En: *Revista Chilena de Derecho*. Volumen 27. No. 2. Sección Estudios. 2000.
- Barreiro, María Virginia. “Principio de Congruencia: Su violación como causal de Casación. Los poderes del órgano de casación”, en: AA.VV: XIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal.
- Barros Bourie, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- Brodsky, Jonathan. *Daño Punitivo: prevención y justicia en el derecho de los consumidores*. Lecciones y Ensayos, No. 90-2012.
- Bustamante Alsina, Jorge. “Los llamados daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”. *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*. V.3. Buenos Aires: La Ley, 2007.
- Bustamante Alsina, Jorge. *Responsabilidad Civil y otros estudios*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires: 1984.

- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Edición 19. Buenos Aires: Heliasta, 2008.
- Castro Moreno, Abraham. *Dictamen Jurídico sobre la Adecuación Dogmática Penal de los Pronunciamientos contenidos en Sentencias contra El Universo*. 27 de noviembre de 2011. En: <http://rafaelcorreacontraeluniverso.eluniverso.com/2011/11/22/dictamen-juridico-sobre-la-adequacion-a-la-dogmatica-penal-de-los-pronunciamientos-contenidos-en-las-sentencias-contra-el-universo>
- Chamatropulos, Demetrio Alejandro. *Los daños punitivos en la Argentina*. Buenos Aires: Errepar, 2009.
- Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Volumen V De las Obligaciones. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Coderech, Salvador y Castiñera, Palou. *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela al honor y funciones del Derecho de Daños*. Marcial Pons, 1997.
- Colín y Capitant. *Curso elemental del Derecho Civil*. Traducción de la Segunda Edición. Tomo III “Teoría General de las Obligaciones”. Madrid: 1960.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Lineamientos principales para una política integral de reparaciones*. 19 de febrero de 2008. En: <http://www.cidh.org/pdf%20files/Lineamientos%20principales%20para%20una%20pol%C3%ADtica%20integral%20de%20reparaciones.pdf>.
- Contreras Restrepo, Gustavo; Gonzales, Álvaro y Castro, Arturo. *Código Civil Comentado*. Decimosexta edición. Bogotá: Leyer.
- Corral Talciani, Hernán. *La Cláusula Penal En La Resolución Del Contrato*. En: Estudios jurídicos en homenaje a Pablo Rodríguez Grez, Enrique Alcade y Hugo Fábrega (coord.), Universidad del Desarrollo, Santiago de Chile: 2009.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Edición 22. Enmiendas incorporadas hasta 2012. En: <http://lema.rae.es/drae/?val=equivale+>
- Diez Picazo, Luis. *Derecho de Daños*. España : Civitas Ediciones, S.L., 2000.
- Donna, Edgardo. *Teoría del Delito y de la Pena*. Buenos Aires. Culizoni Editores.
- Elorriaga de Bonis, Fabián. *Las Dos Hipótesis de Objeto Ilícito Contenidas en el Artículo 1465 del Código Civil*. En: Revista Chilena de Derecho Privado. No. 12. Artículos de Doctrina. Julio 2009.
- Fernández Madero, Jaime. *Derecho de daños, nuevos aspectos doctrinarios y jurisprudenciales*. Buenos Aires: La Ley S.A., 2002.
- Galindo Garfias, Ignacio. *La Validez de las Cláusulas de No Responsabilidad o Limitativas de Responsabilidad*. Sección II: A).

- García de Enterría, Eduardo. *La Lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo* (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). Tercera Edición. Madrid: Thomson Civitas, 1983.
- Ghersi, Carlos Alberto. *Teoría General de la reparación de daños*. Tercera edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003.
- Ghersi, Carlos Alberto. *Valuación Económica del daño moral y psicológico*. Buenos Aires: Editorial Astrea. 2000.
- Gimbernat Ordeig, Enrique. *Conclusiones sobre Caso El Universo*. 27 de Noviembre de 2011. En: <http://rafaelcorreacontraeluniverso.eluniverso.com/2011/11/27/dictamen-de-enrique-gimbernat-de-la-universidad-complutense-de-madrid/>
- Henaó, Juan Carlos. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés*. Universidad Externado de Colombia: Bogotá, 1998.
- Highton, Elena, et al. "Limitación de la responsabilidad civil por daños". *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*. V.1. Buenos Aires: La Ley, 2007.
- Iturraspe, Jorge Mosset y Piedecabras, Miguel. *Código Civil Comentado*. Santa Fe: Rubiznal-Culzoni, 2007.
- Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Traductor: Moises Nilve. Buenos Aires. Eudeba.:
- Kemelmajer de Carlucci, Aida. *¿Conviene la introducción de los llamados "daños punitivos" en el Derecho argentino?*. En: Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Anticipo de Anales. Año XXXVIII, segunda época No. 3.
- Kemp, David S.. *The constitution and Punitive Damages, a ten-year anniversary discussion of State Farm v Cambell. Verdict Legal Análisis and Commentary from Justia*. 8 de abril de 2013. En: <https://verdict.justia.com/2013/04/08/the-constitution-and-punitive-damages> Último acceso: 06-septiembre-2015.
- Lafaille. *Derecho civil. Tratado de las Obligaciones*. Vol I.1947.
- Lázaro Cantero, Raquel. *Adam Smith: Interés Particular y el Bien Común*. En: Cuadernos Empresa y Humanismo. Instituto de Empresa y Humanismo. Universidad de Navarra. Octubre 2001. En: <http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/4471/1/84.pdf> Último acceso: 08-octubre-2015.
- Laggiard, Maximiliano Cal. *Principio de Congruencia en los Procesos Civiles*. Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo. En: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Cal-Laggiard-Principio-de-Congruencia-en-los-Procesos-Civiles.pdf> Último acceso: 04-septiembre-2015.

- Llambías, Jorge Joaquín. *Código Civil Anotado*. Tomo II-A. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989.
- López Herrera, Edgardo. *Los daños punitivos*. Segunda Edición. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 2011.
- López Herrera, Edgardo. Los daños punitivos en el derecho Angloamericano. En: *Revista de Derecho de Daños, Daño Punitivo*. Rubinzal-Culzoni Editores. 2011. Dirección: Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti.
- López Mesa, Manuel. *El enriquecimiento sin causa en el derecho actual*. 2009. AFDUDC. En: http://ruc.udc.es/bitstream/2183/7517/1/AD_13_art_18.pdf .
- Loreto, Luis. La sentencia constitutiva. En: *Cultura Jurídica*. Caracas, año II. Número 6. En: <http://aciempol.msinfo.info/bases/biblo/texto/L-714/A-04.pdf> Último acceso: 06-septiembre 2015.
- Madero, Fernández. *Derecho de daños, nuevos aspectos doctrinarios y jurisprudenciales*. Buenos Aires: La Ley S.A., 2002.
- Martinotti, Diego. “Los daños punitivos en el proyecto del Código Civil de 1998”. *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*. V.6. Buenos Aires: La Ley, 2007.
- Mayo, Jorge.. “El enriquecimiento obtenido mediante un hecho ilícito”. *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*. V.2. Buenos Aires: La Ley, 2007.
- Meza Barros, Ramón. *Manual de Derecho Civil. De las Obligaciones*. Décima edición. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile, 2007.
- Moisá, Benjamín. *Los Llamados Daños Punitivos en la Reforma de la Ley 24. 240*. Revista Oficial del Poder Judicial 2-febrero-2008. Buenos Aires. En: <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/93815e8043eb7bbaa8a8eb4684c6236a/18.+Doctrina+Internacional+-+Benjam%C3%ADn+Mois%C3%A1.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=93815e8043eb7bbaa8a8eb4684c6236a>
- Moisset de Espanes, Luis. *Notas sobre el Enriquecimiento Sin Causa*. Buenos Aires: Doctrina Judicial (La Ley), 1979.
- Mosset Iturraspe, Jorge. *La Indemnización en el caso El Universo carece de fundamentos jurídicos*. 14-diciembre-2011. En: <http://rafaelcorreacontraeluniverso.eluniverso.com/2011/12/14/la-indemnizacion-en-el-caso-el-universo-carece-de-fundamentos-juridicos/>
- Mosset Iturraspe, Jorge. “La multa civil o daño punitivo”. *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*. V.6. Buenos Aires: La Ley, 2007.

- Nallar, Florencia. *Los daños punitivos en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. En: Revista de Derecho Privado y Comunitario. Dirigido por: Eduardo Alegría y José Mosset Iturraspe. Primera edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2013.
- Osterling Paroli, Felipe. *La indemnización de daños y perjuicios*. En: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20indemnizacion%20de%20da%C3%B1os.pdf> Último Acceso: 11-agosto-2015.
- Parraguéz, Luis. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Libro IV (Teoría General de las Obligaciones)*. Volumen I. Loja: Talleres Gráficos UTPL, 2000.
- Pascual, Eduardo Alfredillo. *Los riesgos ambientales y el principio precautorio*. En: *Revista de Derecho de Daños. Creación de Riesgo-I*. Volumen I Dirección Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti. Rubinzal-Culzoni Editores: 2007.
- Pazos, René Ramón. *De las Obligaciones*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999.
- Picasso, Sebastián. *Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor*. En *Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor*, dirigido por Roberto Vázquez Ferreyra. Buenos Aires: Ed. La Ley, 2008.
- Pizarro, Ramón. *Daños Punitivos. Derecho de daños*. Segunda Parte. Buenos Aires: La roca, 1993.
- Pizarro, Ramón Daniel. *Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y de Empresa*. Parte General. Tomo I. Buenos Aires: La ley, 2006.
- Planiol, Marcel y Ripert, Georges. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. 2nda Ed. México D.F.: Filiberto Cárdenas Uribe Cardenas Editores, 1991.
- Prevot, Juan Manuel. *La Función de la Responsabilidad Civil y Los Daños Punitivos*. *Revista de Derecho de Daños: Daño Punitivo*. Buenos Aires: 2011.
- Quintero de Prieto, Beatriz. *Teoría Básica de la Indemnización*. Tercera Edición. Bogotá: Editorial Leyer.
- Racino, Fernando. *En el intervalo: un estudio acerca de la eventual traslación de los daños punitivos al sistema normativo argentino*. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo.
- Rinessi, Antonio Juan y De Rinessi, Rosa Rey. *Naturaleza jurídica del Daño Punitivo*. En: *Revista de Derecho de Daños. Daño Punitivo*. Dirección Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011.
- Rousset, Andrés. “*El concepto de la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”. *Revista Interamericana de Derechos Humanos*. Centro interamericano de Derechos Humanos. En:

<http://www.cladh.org/revista-idh/el-concepto-de-reparacion-integral-en-la-jurisprudencia-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos/>

Simari, Virginia. *Daños punitivos: una herramienta eficaz*. E.D.

Tambolero, Gonzalo Moliner. *La garantía de Seguridad Jurídica en las Sentencias de Casación*. Actualidad Jurídica Uría Menendez. 35-2013. En: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3904/documento/tribuna.pdf?id=4786>

Thomson, William E. y Scolnick, Kahn A.. *The supreme court sets new punitive damage limits under federal common law*. En: Class Action Watch. Octubre 2008.

Tobar Torres, Jenner Alonso. *Los daños punitivos y las oportunidades de aplicación en Colombia*. En: Revista Republicana. No. 11. Julio-Diciembre 2011.

Vergara, Leandro. *La Multa Civil. Finalidad de Prevención. Condiciones de aplicación en el Legislación Argentina*. En: Revista de Derecho de Daños, Daño Punitivo. Rubinzal-Culzoni Editores. 2011. Dirección: Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti.

Villaruel Barrientos, Carlos y Villaruel Barrientos, Gabriel. *La obligación Natural como elemento moralizador de la Relación Jurídica en el Código Civil Chileno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile, 1982.

Vodanovic, Antonio. *Manual de Derecho Civil Partes Preliminar y General*. Segunda Edición. Santiago de Chile. Editorial Jurídica ConoSur Ltda. 2001.

Zannoni, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil*. Segunda Edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1993.

Plexo Normativo

Código Civil. (Cod. s/n. RO-S 104: 20, noviembre, 1970)

Código Civil del Distrito y Territorios Federales. México.

Código Civil Español.

Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial- Suplemento 544: 9-marzo-2009. Artículo 27.

Código Orgánico General de los Procesos.Registro Oficial Suplemento 506. 22 de Mayo de 2015

Código Orgánico Integral Penal. Registro oficial-Suplemento 180: 10-febrero-2014.

Código de Procedimiento Civil. Cod. S/N Registro Oficial-Suplemento 687: 18-mayo-1987.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial No. 52. Jueves 22 de octubre de 2009.

Proyecto Código Civil Argentino. 1998. En:
<http://campus.usal.es/~derepriv/refccarg/proyecto/libro4.htm>

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. Demanda de inconstitucionalidad en contra del inciso primero del artículo 1616 del Código Civil. Actores: Enrique Javier Correa de la Hoz, Daljaira Diazgranados Vuelvas, Arlyz Romero Pérez y Miguel Cruz. Sentencia C-1008/10. Ponente: Luis Ernesto Valgas Silva.

Corte Constitucional de Colombia. *Correa de la Hoz y otros*. Demanda de inconstitucionalidad del artículo 1616 del Código Civil. Expediente D-8146. Concepto No. 5002. 02-Agosto-2010. Juez ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia. Sala Especial de Decisión Transitoria IB y Sección Primera Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, y Contraloría Distrital de Bogotá. *Javier García Bejerano c. Consejo de Estado*. Expediente t-1.823.680. 1 de agosto de 2008. En:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/T-773-08.htm> Último acceso: 04-septiembre-2015.

Corte Constitucional del Ecuador. Pedro Marcelo Carrillo Ruiz c. Sentencia dictada por la sala de Conjuces de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas. Acción de protección No. 233-2010,645-2010,033-2011. Sentencia No. 221-14-SEP-CC. Caso No. 2161-11-EP. Quito, 26 de noviembre de 2014.

Corte Nacional de Justicia. *María Aguida Salazar y otros c. Chevron Corporation*. Juicio No. 174-2012. Quito, 12 de noviembre de 2012. Juez Ponente: Wilson Andino Reinoso.

Corte Nacional de Justicia Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. Rafael Correa Delgado contra Banco del Pichincha C.A.. Quito, 28 de abril de 2010. Expediente de Casación 242

Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. *Termipac S.A. contra Banco Continental S.A.* Quito el 28 de enero de 2010.

Corte Nacional Federal Civil y Comercial de Argentina. Sala III.. 13-agosto-1990.

Corte Suprema de los Estados Unidos de América. *Phillip Morris USA c. Williams*. Caso No. 05-1256. 2007.

Corte Suprema de los Estados Unidos de América. *Exxon Shipping Co. c. Baker*. 128. 2505. 2008.

Corte Suprema de Justicia. *Héctor Loor Gavilanes c. Combursatil Casa de Valores Sociedad Anónima*.

Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Cuarta Sala de lo Civil y Mercantil. *Víctor Hugo Borja Berrazueta contra Gonzalo Loyola Espinoza*. Quito, 22 de octubre de 1991. Gaceta judicial. Año XCII. Serie XV. No. 13 Página 3933.

Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil. *E. Cuaba S.A. contra El Dorado C.A.* 13 de diciembre de 2001.

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. *Herrera Cruz c. Lascano Mora*. 20 de febrero de 2002. Juicio verbal sumario No. 206-200. Expediente 33. Registro Oficial 574 de 13 de mayo de 2002.

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala Civil y Mercantil. *Jorge Arturo Torres Aguirre y Carmen Elena Padilla Sevilla c. Fundación Marianita de Jesús*. 7 de junio del 2001.

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. *Wagner Iván Viñán Vásquez contra Federación Médica Ecuatoriana y otros*. Quito, 19 marzo 2003. Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII No.12. Página 3730.

Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil. *Kleintours y Representaciones Cía. Ltda. contra el Condominio del Edificio Holanda*. Quito 16 de mayo de 2001.

Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Civil. *Martucci S.A. c. Compañía de Seguros Bolívar del Ecuador*.

Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. *Ec. Carlos Jaramillo Orellana y otra c. Láser Master Cía Ltda.* 26 de Marzo de 2001. Expediente 125, Registro Oficial 383, 3 de Agosto del 2001.

Juzgado Décimo Quinto de Garantías Penales del Guayas. *Rafael Correa contra Emilio Palacio Urrutia, Compañía Anónima El Universo, Carlos Nicolás Pérez Lapentti y otros*. 20-julio-2011. La sentencia se encuentra en:
http://blogs.ua.es/ecuadordoxa/files/2012/05/Caso_universo_primera_instancia.pdf

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I. *Guerrero, Cristian Adrián y ot. c. O.S.M. S.A. s/ inc.* Caso• 04 de julio de 2014. En:
http://200.41.190.122/VII/images/talleres/civil/gca_y_otro_csjmza_def_da%C3%B1os_punitivos.pdf

