

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

EL ABUSO DEL DERECHO EN LAS ACCIONES POR RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL Y LA NECESIDAD DE AMPLIAR SU REGULACIÓN EN EL ECUADOR

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República

Profesor Guía Mg. Diego Alejandro Oviedo Polo

Autor

Jorge Iván Irigoyen Piñeiros

Año

2017

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.

Diego Alejandro Oviedo Polo Magíster en Derecho Civil Patrimonial C.C.1714366133

DECLARACIÓN DEL PROFESOR CORRECTOR													
				-		cumplimiento e Titulación.	а	todas	las				
		 Ro		Santiago									
			С	.C.17159	57799								

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.

Jorge Iván Irigoyen Piñeiros

C.C. 1717266652

AGRADECIMIENTOS

A quienes dedicaron su tiempo de trabajo en mi formación, sus enseñanzas son mi verdadera academia.

A Diego Alejandro Oviedo por la guía durante este proceso

A Evelyn Vásquez por la ayuda con el material bibliográfico.

DEDICATORIA

Al más grande hombre que ha pisado la tierra, mi padre.

A quien amo infinitamente y agradezco por ser la comandante de mis batallas, mi madre.

A quienes son el sostén de mi mundo, mis hermanas.

A mis hermanos David, Carlos y Gabriel por el cariño que nunca me faltó; y mis sobrinos por darme la alegría de tenerlos en mi vida.

RESUMEN

En este trabajo se lleva a cabo un análisis de la figura jurídica recientemente legislada en el Ecuador conocida como abuso del derecho. Este ilícito civil como lo llama un sector de la doctrina, se estudia a la luz de la interposición de demandas cuya pretensión es la obtención de una indemnización exacerbada o injustificada, en sentido de que no existe daño reparable; con lo cual se pervierte el fin legítimo de la acción judicial. Así en primera línea se estudian los principios y objetivos que tiene la reparación civil para en lo posterior tratar acerca de cómo puede ocasionarse daño a una persona, con el ejercicio aparentemente normal del derecho de acción. Con esos fundamentos se analiza jurisprudencia ecuatoriana ateniente a la reparación y el abuso del derecho de acción, así como un caso mediático en que la Corte Provincial de Justicia de Pichincha se aparto de los precedentes de obligatorio cumplimiento impuestos por sus superiores. De ese modo se arriba a la conclusión de que es necesario legislar el factor objetivo de atribución de un daño, la forma legítima de repararlo y los elementos que integran la ecuación de la responsabilidad civil.

ABSTRACT

This study is about the legal concept of "abuse of law"-also known as abuse of rights or legal abuse-recently introduced in the Ecuadorian legal system, is analyzed. This branch of tort law, called so by one sector of the doctrine, is studied based on a thorough review of lawsuits filed with the intent of obtaining an undue or unjustified monetary compensation, whereas no compensable damages exist, thus perverting the legitimate purpose of any judicial claim. First, we explore the underlying principles and objectives of civil damages, and subsequently we address the question of how any damage may be caused to a person, hence entailing, supposedly, a right to civil claim. Taking these essential aspects as background, we dive into the Ecuadorian case-law concerning indemnification and abusive claims (or abuse of rights), as well as a specific case that resonated in the media, in which the Provincial Court of Justice of Pichincha departed from the compulsory legal precedents and rulings rendered by magistrates of the superior Court. We then come to the conclusion that it is necessary for the legislative power to pass a law in order to define objective criteria to award damages, the legitimate form of compensation, and the equation factors of civil liability.

ÍNDICE

IN	TRODUCCIÓN1
1.	CAPÍTULO I. LA RESPONSABILIDAD CIVIL2
	1.1. Fundamentos de la reparación civil2
	1.2. Antecedentes y razón de la obligación de reparar3
	1.3. Alcance de la obligación civil de reparar5
	1.4. Objeto, concepto y funciones de la responsabilidad civil 6
	1.5. Factores objetivo y subjetivo de atribución de
	responsabilidad7
	1.5.1. La responsabilidad civil extracontractual
	1.5.2. Las fuentes de la responsabilidad civil extracontractual 10
	1.5.3. Presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual 12
	1.6. Exclusión de la obligación de reparar 14
	1.7. Formas de reparar del daño15
	1.7.1 El rol del juez en la valoración del daño16
	1.7.2. Criterios de cuantificación del daño17
2.	CAPÍTULO II. EL ABUSO DEL DERECHO18
	2.1. Naturaleza jurídica18
	2.2. Requisitos de cometimiento19
	2.3. Los factores de atribución de responsabilidad en el
	abuso del derecho20
	2.4. Las modalidades de abuso del derecho
	2.5. El reconocimiento de la acción como un posible
	abuso del derecho22
	2.5.1. Reconocimiento del abuso del derecho de acción en el
	Ecuador 23

2.6. El abogado patrocinador de la demanda abusiva del	
derecho	24
2.7. La reparación legítima del daño por abuso del derecho	25
2.8. Caso Rafael Correa Delgado contra Banco del	
Pichincha C.A	26
3. CAPÍTULO III. ANÁLISIS NORMATIVO DEL ABUSO	
DEL DERECHO.	29
3.1. Reconocimiento jurisprudencial del abuso del	
derecho de acción	29
3.2. Del reconocimiento penal al civil del abuso del	
derecho de acción	29
3.3. La norma ecuatoriana	32
3.4. Propuesta de ampliación normativa	34
4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	36
4.1. Conclusiones	36
4.2. Recomendaciones	37
REFERENCIAS	38

INTRODUCCIÓN

Una acción cuantificada de manera desmedida o a su vez que no justifica la existencia de un daño para solicitar una reparación, ocasiona un abuso del derecho y como tal una perversión del sistema jurídico. Así el objetivo principal de esta investigación se conduce al análisis de cuándo las acciones por responsabilidad civil extracontractual infundamentadas o con cuantías exorbitantes devienen en un abuso del derecho.

Con la base del indicado objetivo, se plantean otros específicos a ser abordados en cada uno de los capítulos, como son: La identificación de los fines legítimos del derecho de reparación basándose en su antecedente histórico y cómo actúan para restablecer el orden social; cuándo se abusa del derecho mediante la interposición de una demanda a la luz del criterio objetivo de atribución del daño, y; cómo una escasa regulación del ilícito mencionado puede conllevar a que los juzgadores actúen bajo criterios subjetivos al momento de valorar la existencia o remediación de un daño. De esta manera se propenderá indicar si las demandas civiles cuya pretensión concreta se centra en el reconocimiento y reparación de un daño, pueden conllevar a que el actor del proceso abuse del derecho bajo la pregunta: ¿cuándo una acción por responsabilidad civil extracontractual deviene en abuso del derecho?

Además de lo expuesto se tratan temas como los antecedentes del derecho de daños, la correcta forma de reparar un perjuicio material o inmaterial, y casos emblemáticos que son de importancia para el cumplimiento de los objetivos establecidos.

El método a emplearse para esta investigación es dogmático – cualitativo con el que, se cualifica y describe la validez de los postulados académicos contendidos en cada uno de los capítulos, bajo el análisis de casos específicos (Bernal, 2006, p. 57). En consecuencia se crea un marco conceptual a partir de la doctrina, que a su vez es verificado por el análisis de cierta jurisprudencia.

1. CAPÍTULO I. LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1.1. Fundamentos de la reparación civil.

A lo largo de la historia las personas han buscado agruparse en sociedad con la finalidad de protegerse frente a otros, lo que fue alcanzado en su plenitud con la suscripción del contrato social, mediante el cual los ciudadanos renuncian ejecutar ciertos derechos para encargarlos a un ente superior llamado Estado (Rousseau,1999, pp. 4 – 29). Consecuentemente esa entidad ha de encargarse de la sanción de los abusos producidos entre los ciudadanos de una misma circunscripción.

Así por ejemplo la firma de ese contrato, implica que los ciudadanos participantes, estén prohibidos de hacer valer los derechos que les pertenecen frente a sus semejantes empleando la fuerza; dado que la negativa de una persona por cumplir sus obligaciones sociales exclusivamente otorga al afectado la atribución de solicitar al Estado, la solución de la controversia por medio de un juez o sus delegados.

Ese acuerdo a su vez puede traducirse como la construcción de un sistema normativo conocido como Derecho. Esta ciencia social se constituye, en palabras, como una forma de imposición de reglas de conducta social integrada por tres elementos: sociedad, orden y organización (Bobbio, 2007, pp. 8-9)._Elementos que son indispensables uno frente a otro pues su inexistencia, elimina de plano, al ente superior.

Es preciso aclarar que el tercer elemento integrante del Derecho, es aquel que permite que las sociedades se encuentren ordenadas bajo el acuerdo común de imponerse y acatar normas y reglas de convivencia (Bobbio, 2007, pp. 8 – 9). La organización entonces, es la responsable de la creación del sistema de justicia de cuya vigencia y reparación integral se tratará en este apartado.

Por otra parte los conceptos expuestos se sintetizan, al mencionar acerca del derecho y la sociedad que: "(...) esta vida en agrupaciones sociales supone, aunque sea de modo primario, una convivencia regulada por normas (...)" (Monroy, 2003, pp. 58 – 59). Pudiendo entonces conceptualizarse al Derecho como un sistema de normas de conducta que regulan a una sociedad con el objetivo de organizarla hacía la consecución de una paz común, considerando además que sus regulaciones deben ser observadas obligatoriamente pues caso contrario, el infractor será obligado a reparar los daños que pudiere haber causado como consecuencia de la necesidad de mantener la vigencia del sistema normativo.

Una vez indicadas las razones por las que debe sancionarse el cometimiento de un daño, puede pasar a mencionarse la forma correcta de así hacerlo, evitando incurrir en uno nuevo al momento de la reparación.

1.2. Antecedentes y razón de la obligación de reparar.

Como los ciudadanos se encuentran en la obligación de respetar el ordenamiento jurídico que los protege de agresiones de terceros, también se encuentran en la necesidad de reparar los daños que hayan causado al sistema normativo por la violación de los derechos de sus similares. Dicha obligación de se puede imponer dentro de distintas materias como son la civil, penal o administrativo dependiendo de la gravedad del daño.

Debe mencionarse en esa línea de pensamientos, que la obligación civil de reparar no es fruto de una creación contemporánea sino más bien, ésta se impone a quien causa el daño desde la época en que el Derecho Romano se encontraba en plena vigencia con la aplicación de las estipulaciones contenidas en la *Lex Aquilia Damnum* cuyo texto establece:

(...) Quien matare injustamente a un esclavo o esclava ajenos o un cuadrúpedo o a una res, sea condenado a dar al dueño el valor máximo que tuvo en aquel año... Respecto de las demás cosas... si alguien

hiciere daño a otro sea condenado a dar al dueño el valor que la cosa alcance en los treinta próximos días (...) (Contreras, 2009, p. 29).

Se evidencia entonces que los romanos precautelaban la vigencia del sistema de normas implantado al obligar al causante del daño, a reparar los efectos de su conducta ilegítima. El ejemplo citado ilustra la necesidad de sancionar un daño cometido sobre el ordenamiento jurídico, pues de no ser así no existiría organización y peor orden social.

Del análisis de esta obligación también se ha encargado la filosofía jurídica, pues más allá del sistema normativo, la obligación de reparar se traduce en una potencia resultante de una impotencia causada por la violación al marco jurídico de un Estado (Curio, 2007, pp. 277 – 287). Por lo tanto cuando una persona repara un daño, restablece el orden social y reafirma las normas que rigen sobre este.

Reparar los daños causados se traduce entonces en el respeto a la ley a la cual el infractor ha vulnerado y de la cual usualmente se ve aventajado, provocando además una situación de seguridad y confianza entre los ciudadanos, reafirmando los límites establecidos a la autonomía de la voluntad con que se ejecutan los actos (Monroy, 2003, pp. 58 – 59). Así una persona en el ámbito civil repara el sistema con el acto indemnizatorio que el juez le impone llevar a cabo sin importar su condición o estatus, dado que esto corresponde a todos quienes integran una sociedad organizada.

El Derecho es entonces una herramienta que se expresa a través de normas y reglas de conducta, cuyo objetivo es simplemente garantizar la convivencia humana, de ahí que la reparación surja "(...) como una situación de necesidad jurídica absoluta, en la que el ordenamiento le impone al sujeto una conducta determinada y al mismo tiempo descarta la contraria (...)" (López, 2012, pp. 1 – 14). De ahí que el irrespeto a un derecho ajeno no solo vulnera al afectado sino más bien a todos quienes integran una sociedad organizada bajo normas.

Con lo expuesto, puede pasar a estudiarse los limites que tiene la reparación en el área civil dado que suele confundirse la terminología empleada en su análisis.

1.3. Alcance de la obligación civil de reparar.

Tratadistas como Alessandri Rodríguez y Peirano Facio, emplean distintos términos para referirse a la obligación de reparar en materia civil. De ahí que no es de extrañarse por las amplias discusiones que se suscitan entre los expertos de la materia acerca de la terminología que debe emplearse al momento de tratar el tema.

Reparación, responsabilidad, pena o sanción son palabras que conllevan esta discusión. No obstante tal intercambio de ideas no tiene otro asidero más que el formal; en sí cuando se emplea cualquier palabra debe observarse el área que se trata y el alcance normativo que cada una tiene (Mélich, 2006, p. 21). Esto se produce cuando por ejemplo se habla del delito, pudiendo este ser civil o penal.

El cuerpo normativo perteneciente *Lex Aquilia Damnum*, imponía castigos distintos frente a la gravedad de los daños causados, así un delito civil conllevaba únicamente una obligación de indemnizar económicamente, mientras que un delito penal significa la imposición de un sufrimiento al agresor generado con la privación de su libertad (Mélich, 2006, p. 21). No debe confundirse, pese a la palabra que se emplee, entre la pena que acarrea el cometimiento de un delito o cuasidelito civil con la pena que conlleva el acto u omisión delictivo en materia penal.

Lo antes mencionado es ratificado por los tratadistas dedicados al estudio del área de la responsabilidad en el imperio romano, así se ha indicado que ya en esa época el derecho distinguía entre la pena criminal o *delicta publica*, y la pena civil o *delicta privata* (Mélich, 2006, pp. 22 – 23). Las dimisiones en

cuanto a la reparación se enmarcaban en lo referente a la prisión para el primero y lo pecuniario para el segundo.

Con este análisis previo puede iniciarse el estudio del concepto de responsabilidad civil como tal, donde se incurre en el análisis de su objeto y funciones a la luz de criterios dogmáticos vigentes hoy en día.

1.4. Objeto, concepto y funciones de la responsabilidad civil.

La responsabilidad civil sea esta de carácter contractual o extracontractual, es una situación jurídica mediante la cual se obliga a determinada persona a reparar el daño que ha causado a otra. La imposición de indemnizar emana del órgano jurisdiccional o sus delegados y tiene como objeto ratificar la protección del derecho lesionado y sancionar la conducta dañosa.

La responsabilidad civil se constituye entonces, como el área específica donde ha de analizarse los daños causados al derecho privado y la forma de repararlos, así esta institución se puede construir bajo la siguiente definición:

(...) Se emplea la expresión "responsabilidad civil" para aludir a la distribución de los daños o pérdidas que se producen en la vida social a consecuencia de la acción o inacción de los seres del mundo exterior... se dice así que una persona está obligada a indemnizar las pérdidas o daños que ha causado (...) (Mélich, 2006, p. 20).

Del concepto citado puede seguirse que la reparación actualmente se encuentra en un escenario donde inclusive la omisión, como en el caso de los hechos dañosos causados por los animales al cuidado de una persona es sancionado, considerando además que el tratadista no advierte necesaria la carga probatoria de la voluntad con que actuó el infractor; lo cual se conoce como atribución objetiva del daño.

Ahora bien, dicho esto, la responsabilidad civil tiene ciertas funciones que cumplir dentro de una sociedad organizada. Tales funciones no solo aportan al criterio de su objeto sino que además lo dotan de legitimidad.

Esas funciones específicas que tiene esa institución son: demarcatoria, compensatoria, distributiva, preventiva, admonitoria y sancionatoria. La primera de ellas corresponde a la delimitación de libertad que tienen los ciudadanos, la segunda a la reparación del daño (considerada como la más importante), la tercera tiene un concepto similar a la anterior pero se configura únicamente en el factor objetivo de atribución del daño, la cuarta que previene al ciudadano de la imposición de una sanción frente al cometimiento de un daño, la quinta que se traduce como la necesidad de advertir, prevenir y reprender un daño; y por último la sexta función que corresponde a la obligación de indemnizar en sí (López, 2012, pp. 44 – 56). Así puede justificarse que una demanda alejada de estos principios carece de legitimidad alguna y por lo tanto conlleva a incurrir en una contravención del sistema normativo.

Habiéndose indicado lo anterior, puede pasar a analizarse las formas en que se atribuye la responsabilidad de un hecho o acto dañoso a una persona. Es decir la forma en que los juzgadores pueden arribar a la conclusión de que una persona a cometido un injusto jurídico.

1.5. Factores objetivo y subjetivo de atribución de responsabilidad.

Son dos los criterios o teorías mediante las que se atribuye responsabilidad por un daño causado a una persona, teniendo ambas distintos elementos de configuración (Mazzinghi, 2012, pp. 506 – 507). La primera es la teoría subjetivista y la segunda, es la teoría objetivista bajo la cual se sostienen varios de los postulados aquí planteados.

Ambas teorías tiene un elemento básico que las distingue y a la postre significa un sin fin de cuestiones jurídicas. En síntesis tanto en la teoría de atribución subjetiva como la objetiva, una persona debe responder por los

delitos o cuasidelitos en que ha incurrido, no obstante en la primera teoría resulta necesario que se demuestre la carga volitiva (dolo o culpa) con que se ejecutó el acto dañoso, mientras que en la segunda exclusivamente debe probarse el daño y el nexo causal entre este y la acción que se imputa a la persona. La teoría de atribución objetiva es producto de la revolución industrial y los distintos problemas que esta trajo en las corporaciones con el uso de maquinaria volviendo a ciertas actividades consideradas normales en riesgosas (Weingarten et al, 2010, pp. 8 – 9). Dicho de otra manera, a los seguidores de la teoría de atribución objetiva del daño les resulta irrelevante la prueba judicial de la intención con que pudo haber actuado el infractor, pues para estos se debe responder sin más consideraciones que la existencia de un daño y una vinculación de este con la acción u omisión ilegítima.

En esa línea de ideas el tratadista Alessandri, en una de sus obras permite distinguir con claridad ambas teorías, pues toma partido de la subjetivista al manifestar que una persona no puede ser responsable sino por los daños que ha causado y en que se ha verificado el dolo o culpa con que se ha actuado, (2005, pp. 81 – 82). Sin embargo la teoría subjetivista es cada vez menos considerada en la decisión de los fallos pues implica la imposición de cargas probatorias absurdas contra los litigantes (Peirano, 1981, pp. 222 – 227). La postura objetivista de atribución del daño resulta en esta línea de ideas de cierta forma precisa, pues elimina la necesidad – casi improbable – de demostrar el ánimo con que actúa una persona.

La doctrina más actual se ha volcado a aceptar a la atribución objetiva del daño como el camino más idóneo para lograr una estabilidad jurídica, donde por falta de mecanismos de prueba al momento de demostrar la intencionalidad con que actuó el agresor, no sea posible dejar en el olvido o impunidad un daño ocasionado (Condorelli, 1971, pp. 19 – 22). Así suele tenerse a la responsabilidad civil desde la óptica objetivista como la obligación de indemniza cualquier daño, sin más matices que los presentados.

Las actividades riesgosas como se ha indicado son el origen de la teoría objetivista, ejemplo de este tipo de actividades son el manejo de la energía atómica, la operación de ferrocarriles o la explotación petrolera que antes se ha ejemplificado, así se tiene en la legislación colombiana fallos de triple reiteración provenientes de su máximo órgano de administración de justicia, en los que se establece al ejecutor de actividades riesgosas, como obligado a reparar los daños causados sin ser necesarios más requisitos que su demostración y la existencia de un nexo causal con la conducta – valga la redundancia – dañosa (Velásquez, 2013, p. 95). De ahí que actualmente se ha dejado de lado la teoría subjetivista por llevar en ocasiones ha la impunidad del daño.

Lo mencionado se refuerza por ejemplo, si suponiendo que el capitán de un avión ha dejado de calcular la cantidad exacta de combustible que necesitaba para emprender un viaje y fruto de ello sufre un accidente en el que la mayoría de los tripulantes fallecen; resultaría impreciso imponer a los afectados con el acontecimiento de la tragedia la obligación de probar le negligencia o dolo con que actuó el capitán. En este caso dado el evidente daño y nexo de causalidad, simple y llanamente debe ordenarse reparar los efectos que la infracción ocasionó.

No obstante lo mencionado y contrario los razonamientos expuestos, la teoría subjetivista aun sigue siendo aplicada por varios de los tribunales ecuatorianos, como se vio en el caso de ciudadano Rafael Correa Delgado vs. el Banco Pichincha C.A., dado que el tribunal de apelaciones mencionó como una obligación del actor probar la intención con que actuó el demandado (Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Rafael Correa vs Banco del Pichincha C.A., 2009, párr. 8 – 9). Imponer este complejo probatorio acarrea una serie de consecuencias que son desfavorables, pues llevan el proceso a un plano subjetivo (Weingarten et al, 2010, pp. 8 – 9). Así resulta menester aplicar únicamente el criterio de atribución objetiva con todos sus elementos constitutivos y probatorios para eliminar valoraciones internas por parte de los juzgadores.

Con ello es menester tratar acerca de una especie de responsabilidad civil donde no media un contrato como fuente obligacional, es decir aquella que opera en la órbita extracontractual.

1.5.1. La responsabilidad civil extracontractual.

Lombana Tamayo indica que la responsabilidad civil extracontractual es aquella que se deriva del cometimiento de un delito o cuasidelito sin importar su intencionalidad. No obstante debe verificarse que no exista un instrumento jurídico o contrato de por medio (Lombana, 1998, pp. 11 – 12). Entonces la responsabilidad civil extracontractual se deriva de todos aquellos actos, en que se ha causado un daño no proveniente de la inejecución o ejecución imperfecta de un contrato.

La misma denominación que se le ha dado a esta figura permite arribar a la conclusión de que su fuente es ajena a un pacto obligacional, ya sea verbal o escrito, pues de ser así se estaría tratando acerca de la responsabilidad en materia contractual. Sin embargo, lo dicho no aleja a esta institución del concepto de reparación en general pues Alessandri define a la responsabilidad en general como "(...) la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra (...)" (2005, p. 13). Cabe anotar en este punto que el concepto de daño expuesto es más cercano al criterio de atribución objetiva pese a la línea clásica que sigue el autor.

Con ese antecedente y con la claridad de que para los objetivos de este ensayo debe primar un daño ajeno a un relación contractual, se puede proceder a analizar las formas en que puede irrogarse un daño sin que exista una convención de por medio.

1.5.2. Las fuentes de la responsabilidad civil extracontractual.

Son fuentes generadoras de la responsabilidad civil extracontractual el delito, cuasidelito y por excepción la ley (Alessandri, 2005, p. 13). Cuando se hace

referencia a la Ley como fuente de responsabilidad civil, se alude al Código Civil ecuatoriano por ejemplo, que en su artículo dos mil veinte y nueve ordena indemnizar los daños causados por la explosión o combustión imprudente.

De ahí que, para que exista un delito o cuasidelito conforme lo señala la doctrina, debe verificarse esencialmente la concurrencia de dos requisitos: la violación al ordenamiento jurídico y un daño. Donde el delito es cometido con la intención clara de quebrantar las normas impuestas por el ordenamiento jurídico y el cuasidelito es producto de la inobservancia en la diligencia debida por el agente para evitar el daño (Borda, 2013, p. 70). Sin embargo la distinción entre delito y cuasidelito no resulta tener importancia más allá de la académica, pues en términos procesales y sustantivos no existe un tratamiento distinto o sanción agravada para cada caso en particular; al menos en lo correspondiente a la legislación ecuatoriana donde sea con dolo o culpa el daño, debe ser reparado.

Aquello es ratificado con el tratamiento que da el Código Civil ecuatoriano a los delitos y cuasidelitos en su artículo dos mil doscientos catorce, la norma en referencia prescribe inclusive la misma sanción ante su cometimiento, a continuación el texto de la norma indicada:

"El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que e impongan las leyes por el delito o cuasidelito" (Código Civil, 2013, art. 2214).

Por un principio conocido como reparación integral, el causante de un daño siempre deberá repararlo así como todos los efectos que provengan de este (San Martín, 2013, pp. 25 - 26. En tal contexto la Constitución de la República del Ecuador en su artículo setenta y ocho prescribe que la víctima de un delito penal deberá ser indemnizada como parte de la reparación (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 78), así concuerda el Código Civil cuando

distingue con claridad el castigo penal y la obligación civil de reparar que proviene de este.

Ejemplo de esto es precisamente lo que ocurre con el culpable del delito de asesinato, que pese a estar cumplimiento una pena privativa de libertad puede ser obligado entre otras cosas, a reparar a los hijos de la víctima con el pago de los perjuicios que les irrogó su acción como los gastos funerarios de la víctima.

1.5.3. Presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual.

Los presupuestos de la responsabilidad son determinadas condiciones o circunstancias en las que debe ejecutarse un acto para que acarre una obligación de reparar. Por regla general todos estos presupuestos deben verificarse para que nazca la necesidad de indemnizar (Peirano, 1981, p. 222), no obstante puede ocurrir que por distintas causas no sea necesario el concurso de todos ellos como es el caso de la eliminación del daño en ciertas teorías.

Antes de pasar a estudiar los requisitos o presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual, cabe hacer mención a la teoría de la pérdida de la oportunidad. Aun cuando esta es una teoría que es aplicada mayormente en el ámbito de la responsabilidad civil de los médicos, esta se aplica en toda la responsabilidad civil y consiste básicamente en la atribución de un perjuicio aun cuando no se hubiere comprado el daño (Giraldo, 2011, pp. 20 – 22). Dado que no se necesita la comprobación del daño y consecuentemente tampoco el nexo de causalidad esta teoría es contraria a una enunciación clásica de los presupuestos.

Esta teoría no es contraria al contenido de este documento en su integridad, más bien supone una nueva especie de atribución de responsabilidad. En la pérdida de la oportunidad, no se sanciona la violación del derecho en sí sino mas bien la pérdida de una oportunidad real de obtener beneficios de este

(Portillo, 200, p.135). Lo complicado en aquí sería valorar o cuantificar el daño, sin embargo, no es menester en este punto tratar esta teoría.

Ahora bien, se puede decir que son esencialmente tres los presupuestos de la responsabilidad, el primero de ellos consiste en la posibilidad de atribuir la responsabilidad por el acto u omisión al infractor ya sea por dolo, culpa o riesgo; el segundo corresponde al daño en sí como la lesión o infracción al ordenamiento jurídico y el tercero es la conexión entre los dos primeros elementos y se denomina relación de causalidad (Cubides, J. 2005, pp. 290). Resulta complicado sin embargo, distinguir con claridad los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual, básicamente porque dependerá del criterio de atribución de daño que se emplee.

Los elementos del daño expuestos, responden a una clasificación intermedia, pues quien las enuncia no pretende establecer como autónomos a elementos contenidos en otros. Además de esta teoría se suman, la restrictiva que han caído en desuso por no contemplar el nexo causal como un elemento de la responsabilidad; y la teoría extensiva que resulta inexacta pues comprende distintos a los elementos que pueden estar subclasificados. De todas maneras el no puede tenerse a los requisitos como algo inmutable, pues estos responden a un lugar y momento determinado de la historia y el Derecho de cada sociedad (Peirano, 1981, pp. 222 – 227). Ahora bien, debe considerarse además, que pese a lo indicado dependerá de lo objetivo o subjetivo con que se quiera evaluar y ordenar la reparación.

Tomando en consideración la dificultad de establecer con certeza los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, en el año dos mil nueve la Corte Nacional de Justicia del Ecuador por medio de su sala especializada de lo civil, citando a Alessandri estableció que los elementos constitutivos de la obligación de reparar son: un hecho u omisión causado con dolo o culpa, el daño en sí y un nexo de causalidad entre ambos. (Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Ruiz Navas vs Superintendencia de Bancos, 2009, p. 15).

Dejando claro que aparece en la citada jurisprudencia la palabra hecho cuando lo correcto sería acto y que la enunciación es a todas luces intermedia.

Así debe proceder a estudiarse cómo una persona que ha inferido un daño a otro ciudadano puede, de manera legítima, dejar de repararlo sin que se vulnere o pervierta el tráfico jurídico.

1.6. Exclusión de la obligación de reparar.

Existen así mismo presupuestos jurídicos que la doctrina ha establecido para eximir a una persona de la obligación de reparar el daño causado, bien sea por la eliminación del nexo causal o la responsabilidad que acarrea el acto ejecutado.

La obligación de reparar desaparece con la verificación de la eliminación de un elemento de la responsabilidad como cuando el nexo causal se rompe porque el daño causado a la víctima es producto de fenómenos externos a los actos que el infractor ha ejecutado, estos casos se producen cuando la acción dañosa es fruto de caso fortuito o fuerza mayor, hecho de un tercero o la misma víctima (Santos,2012, pp. 423 – 437). Cabe anotar en este punto que para una persona beneficiarse de los efectos liberatorios de la responsabilidad en un sistema de atribución objetivo del daño – particularmente en el caso de la legislación ambiental ecuatoriana – deberá probarse la debida diligencia con la que se ha actuado. Suponiendo claro está, que esto tiene asidero en la inversión de la carga probatoria que existe en esa área del derecho.

Por otra parte la justificación del daño causado o de la conducta cometida se puede dar bajo ciertos supuestos como son: Legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho legítimo o cumplimiento de un deber, consentimiento del perjudicado y la autoayuda. Las dos primeras causales corresponden a la ejecución de un acto en protección o reacción ante un peligro inminente, la segunda corresponde al ejercicio legal de un derecho u obligación siempre que no se observe extralimitación o arbitrariedad, la tercera

es apreciable cuando una persona se somete a un procedimiento estético del cual puede resultar afectada momentáneamente y la última correspondiente al aseguramiento provisional de justicia (Santos, 2012, pp. 457 - 471). En esa línea de ideas cabe anotar que no es necesario el concurso de todos ellos para eliminar la obligación de reparar, sino más bien cabe la verificación simplemente de uno solo.

Dado que se ha sentado la base sobre la cual una persona deja de responder por un daño causado, se procede a determinar cómo se debe repararse el daño de forma legítima, esto es, apegado al fin mismo del derecho.

1.7. Formas de reparar del daño.

La restablecimiento del estado jurídico anterior al daño es parte sustancial del la responsabilidad civil, así la reparación conforme se ha establecido dogmáticamente puede ser efectuada en especie o por medio del pago del valor del daño previa cuantificación judicial.

El daño puede ser reparado ya sea en especie o en dinero, técnicamente esta última se conoce como sustitución dineraria. Mediante el primero de ellos el infractor o agente, repara el daño causado con el arreglo de la cosa afectada o la entrega de una similar como el caso del choque de un automóvil. La segunda forma se produce cuando así lo solicite el agraviado o cuando la composición en especie resulte imposible como en el daño moral o la muerte (Weingarten et al, 2010, pp. 8 – 9). La segunda forma de reparación es la que en lo siguiente corresponderá analizar, dado que mediante el ejercicio abusivo de una acción no podrá tener lugar sino la reparación económica proveniente de disculpas públicas y similares o la sustitución dineraria.

Los daños en materia de responsabilidad no pueden ser avaluados y evaluados sino por un juez o árbitro en derecho, ya sea que se esté tratando materia contractual o extracontractual respectivamente. Precisamente este tercero actúa en respuesta a la solicitud del supuesto agraviado, quien

cuantifica en primera instancia y preliminarmente el monto de los daños al momento de establecer la cuantía de su demanda. Momento en el cuál se puede ya producir el abuso del derecho como se verá más adelante.

El problema jurídico surge así cuando el afectado cuantifica por sí mismo los daños, pues lo hace usualmente con base a apegos sentimentales o criterios subjetivos. Es el caso por ejemplo, del valor sentimental que tiene para una persona un reloj heredado por generaciones aun cuando éste comercialmente haya perdido cualquier importancia; también está el clásico ejemplo de la moral y el costo millonario de su afectación.

1.7.1. El rol del juez en la valoración del daño.

El juez en última instancia es quien cuantificará o dispondrá la forma de reparación del daño, por lo tanto no puede proceder atendiendo solamente la solicitud del actor del proceso judicial, pues este fija el monto de la indemnización de manera imprecisa pudiendo acontecer inclusive que no exista daño que sea susceptible de reparación (Garrido, s/f, pp. 6 – 7). Entonces al momento de resolver el juzgador debe dejar de lado cuestiones declamatorias acerca del caso, procediendo a enunciar las razones concretas por las que se ordena la reparación y de ser el caso el sustento de la cuantía.

Únicamente esa enunciación de los hechos subsumidos a los criterios normativos que se ponen en conocimiento del juez, legitiman la imposición de la obligación de reparar. Por el contrario en caso de que una persona cuantifique los daños y tales sean aceptados sin mayor análisis, se podría causar un daño al demandado y como tal acarrearía una nueva responsabilidad civil extracontractual pervirtiendo así el verdadero objetivo de esta institución. De ahí que el ejercicio infundamentado o exagerado de las acciones debe obliga a reparar el daño causado al demandado.

Lo que conlleva a analizar la forma en que el daño debe ser valorado por los juzgadores e inclusive el actor y su patrocinado para evitar la comisión de un daño proveniente, paradójicamente, de la reclamación del reconocimiento de otro.

1.7.2. Criterios de cuantificación del daño.

La valoración del daño por su parte no puede responder a cuestiones exactas o matemáticas, más bien este análisis que lleva a cabo el juez es una deducción lógica apegada a los principios de la reparación (Medina, 2010, p.396). Mediante este análisis el juzgador debe precautelar los derechos del demando evitando que este se vea dañado por la interposición de una acción exagerada como por ejemplo con el establecimiento de cuantías millonarias.

En esa línea el daño a ser reparado debe ser evaluado por el juzgador bajo los parámetros de: prohibición de enriquecimiento injusto, pues la esta tiene exclusivamente – como se ha indicado – un carácter indemnizatorio más no compensatorio. La cuantificación además será equitativa, razonable y racional, frente a los hechos presentados (Pérez, G. 2006, p.162). Claramente la doctrina establece los parámetros citados como un freno a la imposición de reparaciones exacerbadas o arbitrarias, pues cuando esto ocurre el daño en sí no es reparado, más bien acontece que el actor del proceso se ve aventajado por un uso pervertido del derecho de acción que a su vez se traduce en un abuso.

Una vez analiza la responsabilidad civil con todas sus particularidades puede señalarse que esta jamás es compensatoria sino más bien reparadora. Su uso debe corresponder a fines legítimos de acuerdo a sus funciones, ya que de lo contrario, por rebote, se causa un nuevo daño al demandado que debe ser sancionado por el órgano jurisdiccional. Consecuentemente acción ilegitima, por la cuantía que demanda sea reconocida o por la inexistencia del daño, bajo los términos de este capítulo ocasiona una perversión del derecho.

2. CAPÍTULO II. EL ABUSO DEL DERECHO

2.1. Naturaleza jurídica.

Un ciudadano puede vivir en la paz social que pretende otorgarle el Derecho cuando se le protege frente al daño que los demás le han causado. Por lo tanto se puede manifestar que el derecho es una herramienta de corrección de injustos sociales (Valencia et al, 1997, pp. 11 – 12). Tales ilícitos pueden ser el resultado del ejercicio abusivo de un derecho, situación particular que hoy en día es reconocida por legislaciones civiles como la ecuatoriana aunque de forma reciente y con sólo una definición.

Cabe anotar que han sido dos las etapas de evolución de esta teoría, la primera es aquella en que la persona respondía por abuso del derecho siempre que haya actuado con intención de dañar mediante el ejercicio de ese derecho, sin dejar de observar los límites que este le prescribe naturalmente; y la segunda que corresponde al ejercicio sea doloso o culposo de un derecho que ha causado daño a un tercero. El abuso del derecho es el ejercicio con falta de interés legítimo o utilidad de esa facultad (Condorelli, 1971, pp. 19 – 22). Esta institución tiene como origen la sanción al ejercicio ilegitimo de un derecho con la finalidad de reparar el daño que tal acto puede haber ocasionado a un tercero y al ordenamiento jurídico.

De ahí se puede mencionar, que el abuso del derecho responde al ejercicio ilegítimo de un derecho, es decir, es cuando el agente usa su derecho con miras a perjudicar (Larraín, 1994, p. 214). Con el antecedente claro está, que los derechos jamás tiene como finalidad irrogar un daño. Esto a su vez es ratificado por García, quien manifiesta que este ilícito tiene origen cuando se ejercita derechos con el afán de irrigar un daño (2002, p. 156). Consecuentemente la figura en estudio tiene su asidero en la intención de lesionar que tiene el ejecutante, tomando en cuenta, que todo esto se lleva a cabo a través del ejercicio irracional del derecho.

Una vez delimitada la naturaleza jurídica de esta institución, cabe estudiar los supuestos bajo los que la doctrina establece que una persona abuso efectivamente de un derecho.

2.2. Requisitos de cometimiento.

Una persona comete este ilícito cuando en su actuación concurren los requisitos que se describen a continuación: que el derecho abusado sea definitivo y concreto, que no se trate de un derecho absoluto como el derecho a contratar libremente y que el ofensor sea titular del derecho abusado (Peirano, 1981, pp. 279 - 281). Cabe anotar en este punto, que la concurrencia de ambos supuestos son indispensables para que se cometa abuso del derecho.

El primer requisito corresponde al de un peatón que no puede reclamar la reparación de su derecho a la libre circulación cuando ha sido atropellado por un automóvil que cruzaba con luz en verde (Peirano, 1981, pp. 279). El segundo requisito tiene lugar ante la imposibilidad de alegar abuso del derecho contra una persona que ha decidido no contratar con otra por razones puramente personales y finalmente, el tercer requisito se presenta cuando una persona ha demandado la ejecución de un derecho del cual no es titular, como por ejemplo una persona que demanda la ejecutividad de un pagaré a la orden cuyo vencimiento se verificó hace más de veinte años.

Con ello se puede arribar a que el abuso es una situación que se produce por el ejercicio irracional o injustificado de un derecho dado que el agresor pudo haber observado imites a su conducta. Así entonces puede analizarse cómo se incurre en esta conducta atendiendo al factor objetivo de atribución del daño.

2.3. Los factores de atribución de responsabilidad en el abuso del derecho.

Alessandri Rodríguez señala que los doctrinarios se han volcado a indicar que hay abuso de un derecho dependiendo del medio o fin con el que se haya ejecutado el mismo, criterio que no comparte pues indica que son teorías construidas con elementos del fuero interno o subjetivas (2005, p. 189). Por su parte indica que lo adecuado sería tratar como ejercicio abusivo de un derecho todo acto aquel, en que se haya demostrado dolo o culpa del ejecutante.

Se confirma de esa manera que el citado tratadista sigue más bien una línea clásica en la que resulta a todas luces inimaginable relevar la importancia probatoria de la intención con que se ejecuta o no un determinado acto.

Criterio que además comparte en cierta forma el tratadista Velásquez Posada pues expone que el eliminar la necesidad probatoria de la culpa o dolo con que se ha actuado, equivaldría a generar una situación de indiferencia ante la responsabilidad que se observa en la ejecución de los actos por parte de las personas (2013, p. 5). Los referidos tratadistas demuestran a todas luces que su postura es contraria a la de atribución objetiva del daño en el primer caso y parcialmente para el segundo, pues hasta cierto punto lo consideran ilegítimo.

No obstante, tal postura no es la única que existe y que se considera como valedera, más bien hay autores, a los que la atribución de un daño como el ocasionado por abuso del derecho les parece debe ser atribuido objetivamente. En ese sentido manifiesta el tratadista Condorelli Epifanio, que la carga probatoria de la intención o culpa de perjudicar con la que se ha ejercido un derecho a cargo del agraviado se convierte en un imposible, pues simplemente el infractor a de aducir la existencia de un interés para el ejercicio del derecho de tal manera, ocasionando entonces la impunidad del daño causado (Condorelli, 1971, pp. 21). Criterio que es apegado a los postulados de este trabajo pues estos se alinean con la tesis de que no debe probarse la

intención con que se ha infringido el daño, sino que su sola verificación acarrea responsabilidad.

Con base a que el abuso del derecho debe ser atribuido objetivamente, se estudian las modalidades en que este se ejecuta, dentro de las cuales se encuentra específicamente la acción judicial.

2.4. Las modalidades de abuso del derecho.

La doctrina ha establecido tres modalidades en las que una persona puede incurrir en el ejercicio abusivo de un derecho, como son: disfrute de hecho de su contenido; al momento de hacerlo valer frente a terceras personas; y hacerlo valer en vías judiciales (Santos, 2012, p. 97). La última modalidad es aquella que se trata, esto es, con la interposición de demandas por responsabilidad civil extracontractual.

Ejemplo de la primera modalidad, es lo resuelto por la corte francesa de Colmar en 1855 donde se mencionó, que pese a que el derecho de propiedad otorga la posibilidad de usar y abusar de este, su titular debe tener como limite la satisfacción de un interés serio y legítimo. El caso tiene lugar cuando un propietario de una vivienda construyó una inmensa chimenea falsa, con el ánimo de oscurecer la casa del vecino (Santos, 2012, p. 98). La segunda modalidad está más bien ligada al ámbito contractual, donde es imperioso precautelar los derechos de las contratantes en sentido de cómo han de ejecutar lo convenido; y la tercera aquella que como se ha indicado atañe directamente a este trabajo donde una persona abusa de su derecho a demandar.

Respecto de la última modalidad indica Alessandri, que no es acertado obligar a reparar el abuso del derecho de acción o de los recursos que esta lleva inmersa; pues esto conllevaría a coartar el derecho a la defensa. Esta conducta según manifiesta únicamente debe acarrear la condena en costas y multas que la legislación aprecie (2005, pp. 201 – 202). Resulta entonces la

obligación de ser críticos con tal postulado, pues considerando la tercera modalidad de abuso que plantea Santos (Santos, 2012, p. 98); no se hace distinción entre los escenarios suscitados por no haberse aceptado una demanda propuesta con un fin legítimo y la propuesta con el fin de perjudicar al demandado, este última como una forma de pervertir el sistema judicial.

Debe clarificarse entonces que las pretensiones de una demanda pueden ser desechadas por falta de prueba, porque el actor no interpuso la acción en la vía idónea o simplemente porque su derecho ha prescrito, aquí no se observa un ejercicio irracional o desmedido del derecho de acción sino más bien uno impreciso.

Otro es el escenario en que se configura por ejemplo, con una acción por daño moral cuya pretensión es desmedida económicamente, dado que en sí la naturaleza de este tipo de daño es exclusivamente extrapatrimonial y por lo tanto imposible de apreciar en dinero (García, F. 2005, p. 98). Tal es el caso de la resolución que se analiza al final de este apartado donde puede ser que el actor de tal proceso haya resultado perturbado emocionalmente por los demandados, sin embargo la cuantía de la reparación solicitada conllevaba un enriquecimiento finalmente es contrario al objeto de la reparación civil.

Cabe analizar en esta línea, las particularidades que trae consigo el reconocimiento o no de la figura del derecho y sus distintos tipos en la legislación civil sustantiva como adjetiva.

2.5. El reconocimiento de la acción como un posible abuso del derecho.

El derecho de acción o procesal como es el conjunto de principios cuyo objeto en concreto, es el de encauzar y garantizar la vida, libertad o patrimonio dependiendo de la competencia del juez al que se acuda (Santos, 2012, pp. 188). Se puede indicar entonces que el derecho de acción exclusivamente

debe ser ejercido de manera legítima, pues de no ser así simple y llanamente se lo estaría pervirtiendo con objetivos ajenos a su naturaleza.

Consecuentemente cabe estudiar si esta figura – abuso del derecho de acción –debe o no ser legislada con miras a tener resultados concretos en cuando a su identificación y sanción.

2.5.1. Reconocimiento del abuso del derecho de acción en el Ecuador.

El artículo trescientos treinta y cinco del Código Orgánico de la Función Judicial prescribe como una de las prohibiciones de los abogados en el ejercicio profesional, el ejercer el derecho de acción de manera abusiva y coloca como ejemplo a la interposición de recursos de manera maliciosa con el único objetivo de retardar el normal curso de la litis (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, art. 335). Esta disposición va más bien ligada a la práctica procesal y no al ejercicio como tal de la acción.

Así mismo el Código Civil ecuatoriano establece que el abuso del derecho se produce cuando el titular de este, lo pervierte al ejercerlo irrazonablemente y de modo manifiesto en contra de sus límites (Código Civil, 2013, art. 36.1). Por lo tanto no se limita el cometimiento de tal ilícito a un solo tipo de derecho o cierta materia, consintiendo así la idea de que el derecho de acción puede ser una forma de irrogar daño a terceros.

No obstante y pese a ello, cuando se trata de abuso del derecho y sus particularidades debe atenderse a las tesis objetiva, finalista y supralegal (Rambaldo, 1999, pp. 224 – 225). Enumeración esta que se refiere específicamente, a la necesidad de atribuir el daño de forma objetiva atendiendo al fin con el que se llevó a cabo la acción u omisión; y sobre todo, sin importar la existencia de normativa que expresamente ordene la reparación de ese daño.

El abuso del derecho de acción está comprendido, valga la redundancia, dentro del género del abuso del derecho cuyas sanciones deben ser impuestas lejos de las consideraciones procesales clásicas (Rambaldo, 1999, pp. 225), contrario a lo que justamente expone Alessandri al hablar de condena en costas y honorarios al vencido.

Sin embargo la jurisprudencia ecuatoriana que se analiza en este documento demuestra la necesidad de legislar con mayor amplitud el ilícito en cuestión pues son diversos los criterios jurisprudenciales al respecto. Así puede analizarse la responsabilidad que acarrea el ejercicio de una demanda abusiva contra el patrocinador del actor.

2.6. El abogado patrocinador de la demanda abusiva del derecho.

Cabe analizar si el abogado patrocinador es responsable por la acción desmedida o si este solamente debe responder por el daño ocasionado al cliente que le ha encomendado el caso, y cuya pretensión ha sido sancionada como un abuso del derecho. Así la jurisprudencia colombiana establece que debe distinguirse entre la responsabilidad contractual suscitada entre el patrocinado y su abogado por este no haber empleado sus conocimientos honesta y diligentemente, y la responsabilidad extracontractual generada por ambos frente a terceros como el demandado. En tal sentido la justicia colombiana ha determinado que:

(...) para aquellos casos de carencia absoluta de fundamento plausible, los cuales, por ser rayanos en mala fe, merecen castigo para no dejar a nadie expuesto al abuso del derecho de los demás (...) (Santos, 2012, pp. 190 - 192).

Consecuentemente si se obliga a reparar el daño causado a una persona no experta en una materia como es el cliente, con más razón ha de obligarse al que sí lo es como el caso del abogado patrocinador de la causa (Santos, 2012, pp. 190 - 192). De ahí que la relación entre el abogado y el cliente es en

esencia una expresión de confianza otorgada por parte de un neófito del derecho a un conocedor del mismo (Padilla, R. 2013, p. 91). Surge así para el profesional de la materia la necesidad imperante de aconsejar a su defendido sobre las distintas aristas que puede tomar su caso, más aun cuando la pretensión del cliente sea a todas luces insostenible jurídicamente.

Ahora bien, si inclusive el abogado puede llegar a ser sujeto pasivo de una demanda por abuso del derecho cabe estudiar la forma correcta en que posterior a la verificación del ilícito se debe reparar el daño. Esto con miras a eliminar el quebrantamiento del fin legítimo de la norma.

2.7. La reparación legítima del daño por abuso del derecho.

Cualquier tipo de daño extracontractual debe ser reparado atendiendo al principio de reparación integral. Esto quiere decir que la víctima del daño debe ser compensada exacta y proporcionablemente de acuerdo al daño sufrido, debiendo quedar el patrimonio tangible o intangible del afectado como si el acto dañoso no le hubiera perjudicado (Diez, 1998, pp. 160). Dado que el daño puede ser reparado con una sustitución dineraria o en especie el juez que conoce sobre este injusto, debe ser lo más preciso al momento de evaluarlo, dejando de lado subjetividades que puedan nuevamente contaminar su resolución.

Lo exacto en materia extracontractual suele ser difícil de distinguir por la razón misma de no encontrarse una convención de por medio que desprenda valores por incumplimientos o cumplimientos imperfectos. Este problema ha sido subsanado por la máxima sala de administración de justicia chilena, que ha llegado a determinar, que dentro de la reparación extracontractual también deben propender a determinarse el monto al que ascienden el lucro cesante y el daño emergente pues en caso de no hacerlo así, se estaría inobservando el principio de reparación integral del daño (Diez, 1998, pp. 165). Visto de esa manera, si la demanda abusiva de derecho ha causado daño moral, deberá

reparase evitando otorgar dinero, sino más bien con la publicación de disculpas públicas.

Si por otra parte el daño verificado ha sido patrimonial debe atenderse como señala la jurisprudencia chilena, al dinero que el demandado perdió y que dejo de recibir; pudiendo acontecer que se presenten el caso donde el daño se verifique en la esfera económica como emocional.

2.8. Caso Rafael Correa Delgado contra Banco del Pichincha C.A.

El diez de enero del año dos mil siete Rafael Correa Delgado en calidad de inició una acción por daño moral en contra de la entidad bancaria Banco Pichincha C.A. Tal daño manifestó el actor, había sido causado por cuanto se le mantuvo dentro de la cartera de deudores incobrables y central de riesgos, aun cuando no existía obligación pendiente de pago a favor de la demandada.

El actor logró que su pretensión sea aceptada, ordenándose la reparación del daño mediante el pago de cinco millones de dólares (conforme lo estableció, en la valoración previa del daño) en primera instancia; trescientos mil dólares en apelación y por último seiscientos mil dólares en recurso extraordinario de casación con lo que concluyó el caso.

Ahora bien, no es relevante para este análisis más que la pretensión del actor y la fundamentación de existencia del daño que hace la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, para ordenar la reparación a favor del actor con una cuantía de trescientos mil dólares. A decir de la corte en referencia, la atribución de responsabilidad era subjetiva y como consecuencia de ello se desprendía un sinfín de situaciones. A continuación un extracto de la resolución de apelación:

(...) Para que exista daño resarcible es necesario que concurran las siguientes circunstancias:... d) que se pruebe que la acción ilícita nació de la voluntad del agente; e) que se establezca la existencia de dolo o

culpa del demandado. (Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Rafael Correa vs Banco del Pichincha C.A., 2009, párr. 8 – 9).

Así el actor se encontraba en la obligación de probar la intención o negligencia con la que se cometió el daño, lo que no aparece del proceso pues más bien las partes enfocaron la práctica procesal por otra vía. Peor aún se logra establecer la existencia de un daño y un nexo de causalidad entre este y la conducta que se atribuye a la entidad financiera. Tal vez los sucesos procesales así como la inconsistencia de la resolución, pues confunde elementos y expositores de ambas corrientes de atribución de daño, fue fruto de la falta de claridad normativa en cuanto a lo que debe probarse y cómo debe hacérselo.

Efectivamente esto es lo que trata de evitar la doctrina que tiene como fundamento un factor objetivo de responsabilidad civil eliminando subjetividades en las alegaciones y actividades de los litigantes, obligándoles a demostrar sin justificación de ninguna naturaleza, el daño y el nexo de este con la acción u omisión ilegítima que se pretende sea sancionada (Weingarten et al, 2010, pp. 8 – 9). Lo que permite concluir que no existió un fundamento claro que soporte la orden judicial de reparación patrimonial, pues no se logró verificar que el actor haya sido afectado con un lucro cesante o un daño emergente como elemento de una reparación integral (Diez, 1998, pp. 165), considerando que a esa fecha el actor ya ostentaba cargos públicos de confianza.

No obstante en caso de que sí se hubiera verificado el daño, como sucedió para los juzgadores, la reparación correspondiente no debía ser pecuniaria precisamente porque debe atenderse a los principios de equidad, racionalidad y prevención de enriquecimiento sin causa (Pérez, 2006, pp.162). Respecto de la obligación de reparar ordenada en cuanto al ámbito extrapatrimonial como efectivamente se pretende con la demanda de daño moral, tampoco se logró probar daño alguno al fuero interno del actor y cómo este puede haberse relacionado con la omisión de la entidad financiera

De todos maneras otorgar dinero como reparación cuando no existe un lucro cesante o un daño emergente ocasiona un enriquecimiento, que la misma corte advierte en su sentencia debe evitarse pues señala: "(...) la reparación no [debe] se[r] para la víctima motivo de enriquecimiento sin causa (...)" (Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Rafael Correa vs Banco del Pichincha C.A., 2009, párr. 9). Es decir la corte resuelve en contra de los postulados que enuncia.

Procede ante el daño moral sin que se haya verificado perjuicios económicos, una reparación como las disculpas públicas que tanto se ha mencionado en este capítulo, pues esto efectivamente reestablece el derecho lesionado y no pervierte el sistema jurídico con el aprovechamiento pecuniario del triunfo de una acción. Así mismo, la perversión del derecho de acción se evidencia en la valoración previa del daño pretendida por el actor y su abogado patrocinador, cuando lo calculan en cinco millones de dólares sin sustento normativo o dogmático alguno.

Se puede inferir según lo expuesto en este capítulo, que las acciones sí pueden constituir un abuso del derecho cuando se las interpone irracional o injustificadamente, ocasionando un daño que ha de ser atribuido objetivamente y sobre todo, que ante su verificación debe existir la imposición de una sanción judicial que reestablezca el sentido normativo.

3. CAPÍTULO III. ANÁLISIS NORMATIVO DEL ABUSO DEL DERECHO.

3.1. Reconocimiento jurisprudencial del abuso del derecho de acción.

Desafortunadamente el máximo tribunal de administración de justicia ecuatoriano no ha dictado precedentes jurisprudenciales que establezcan un límite claro al derecho de acción.

No obstante, a veces de manera imprecisa por la falta de armonía en los criterios dogmáticos utilizado dentro de la misma resolución, en varias ocasiones las distintas salas de la Corte Nacional de Justicia han expuesto matices con los que puede inferirse, se comete este injusto en el Ecuador. Así se procede a analizar brevemente cómo ha variado esta figura respecto de los recientes fallos jurisprudenciales.

3.2. Del reconocimiento penal al civil del abuso del derecho de acción.

Los administradores de justicia ecuatorianos mantenían un criterio, casi uniforme, en cuanto a que la única forma de incurrir en abuso del derecho de acción era con la interposición de una denuncia calificada judicialmente como maliciosa y temeraria. Postulado que claramente dista de lo que la doctrina ya había señalado con anterioridad respecto de que cualquier derecho puede, en cualquier ámbito, ser ejercido irracionalmente (Peirano, 1981, pp. 279 - 281). Así por ejemplo la Ex Corte Suprema de Justicia en el año dos mil dos mediante su sala especializada en lo penal resolvió:

(...) El ejercicio abusivo del derecho que ocasiona daño a la persona o patrimonio de otro puede constituir delito si dicho ejercicio se lo ha hecho con malicia y cuasidelito si se lo ha hecho con culpa... para que el procesamiento injustificado constituya delito y de lugar a la acción de daños y perjuicios o daño moral, requiere que el juez penal califique la acusación o la denuncia de temeraria o maliciosa... solo entonces estaríamos frente a un caso de un hecho ilícito, de abuso del derecho

(...) (Ex Corte Suprema de Justicia, Velásquez Rodríguez vs Garzozi Bucarám, pp. 2 – 3).

Lo que resultó contrario a lo que ya en el año dos mil el entonces Tribunal Constitucional, pues como menciona la Ex Corte Suprema de Justicia, hizo hincapié en que la acción penal y civil por cuasidelito o delito son y se entienden independientes (Ex Corte Suprema de Justicia, Enríquez Fraga vs Estrada Pancho, 2004, pp. 3 – 4). Lo que lleva a inferir que puede cometerse abuso del derecho de acción, sin perjuicio de la materia o tribunal que conoció el proceso.

Aquello fue aceptado en posteriores resoluciones como la que emanó de la sala de lo civil de la actual Corte Nacional de Justicia en el año dos mil cinco. En esa ocasión se resolvió ordenar la reparación a favor del actor por cuanto el demandado había inferido daño moral al ejercer de manera abusiva el derecho a la defensa, en un proceso que se ventiló por cuerda separada; así el demandado había manifestado que la actora mantiene una vida libidinosa (Ex Corte Suprema de Justicia, Enríquez Fraga vs Estrada Pancho, 2004, pp. 3 – 4). Situación que es importante para comprender, con base a los criterios dogmáticos de este documento, que sí puede ejercerse el derecho de acción y consecuentemente el de defensa de manera abusiva.

En esa línea de ideas la resolución indica, que no es menester demostrar la culpa o dolo con que ha actuado el demandado sino más bien, corresponde probar la existencia de un daño que se produjo con la afirmación del demandado y el nexo de causalidad que se pone de manifiesto; lo antes mencionado se sustenta con la siguiente cita textual de la corte: "(...) no hace falta el nexo de la culpa entre el hecho dañoso y la víctima, ya que puede ser suficiente la producción del daño, el hecho... aun cuando el actor no sea culpable (...)" (Ex Corte Suprema de Justicia, Enríquez Fraga vs Estrada Pancho, 2004, p. 4). Criterio este que corresponde claramente con la aceptación de validez de la teoría objetiva de atribución del daño.

Imponer en ese sentido cargas probatorias al actor en el caso en cuestión, hubiera sido contrario a sus intereses. Se desprende de la lectura de la resolución, lo que se ha ratificado con la doctrina; respecto de que obligar a probar la intención del actor es adverso y hasta cierto punto imposible (Weingarten et al, 2010, pp. 8-9). La corte citada obliga con su precedente jurisprudencial a evaluar el daño objetivamente, aun cuando las cortes de instancia no lo hayan hecho así.

Sobre la base de ello, se puede mencionar que inclusive se ha tratado acerca del abuso del derecho en nuestras cortes supremas, llegando a distinguir los requisitos de cometimiento del ilícito. Conforme se expone en la resolución de casación número trescientos noventa y tres, no puede invocarse la existencia de un abuso del derecho de acción cuando esta se desprenda de un derecho absoluto (Ex Corte Suprema de Justicia, Morán Buenaño vs Onofre Gonzáles y Morán Intriago, 1999, p. 3). En contexto, el caso se circunscribe en la exigencia de una reparación por daño moral causado por la exclusión de un participante de una sociedad de choferes por medio de una denuncia, proceso y resolución administrativa.

Lo expuesto es concordante con lo que se manifestó anteriormente respecto de los requisitos de cometimiento de abuso del derecho expuestos por Peirano Facio, en cuanto este no debe desprenderse el ejercicio de un derecho absoluto (Peirano, 1981, pp. 279 - 281). Este es el caso de procedimientos administrativos, enmarcados en los reglamentos de una compañía, en contra de uno de sus participantes.

La lectura de esos precedentes jurisprudenciales invitarían a pensar que bastante se ha evolucionado en materia de responsabilidad civil y específicamente aquella proveniente del abuso del derecho de acción en el Ecuador. Sin embargo, tal afirmación no es del todo acertada, precisamente porque aun cuando se han establecido lineamientos y criterios para la cuantificación de la reparación atendiendo al factor objetivo de responsabilidad, las cortes de menor grado los inobservan.

Tal es el caso de lo resuelto por la Corte Provincial de Pichincha en el caso seguido contra el Banco del Pichincha C.A. Mientras en la sentencia de casación dos cientos sesenta y tres se ordenó reparar el daño "(...) aplicando los principios de cautela y prudencia respectivos para la valorización de la indemnización (...)"(Ex Corte Suprema de Justicia, Enríquez Fraga vs Estrada Pancho, 2004, p. 4), por el abuso del derecho de defensa en una cantidad de mil quinientos dólares; la Corte Provincial cinco años después, siguiendo una línea casi ininteligible, utilizando criterios de atribución objetiva y subjetiva, ordena el pago de trescientos mil dólares por concepto de reparación al actor del proceso.

De ahí se puede notar, por una parte, la inobservancia y desinterés por lo que resuelve el máximo tribunal de administración de justicia ecuatoriano y por otra, la necesidad de regular y ampliar al menos, lo básico, en materia de abuso de derecho y la forma de atribuirlo como un daño civil con la finalidad de prevenir una discrecionalidad judicial.

3.3. La norma ecuatoriana.

El legislador ecuatoriano no ha sido totalmente despreocupado respecto de las cuestiones en análisis. Se promulgó en esa línea, en el año dos mil nueve el Código Orgánico de la Función Judicial, en el que se incluyeron dos prescripciones normativas acerca del abuso del derecho.

La primera en el artículo veinte y seis de la ley indicada, que corresponde al principio de buena y lealtad procesal cuyo fin más bien es el de regular la práctica procesal en sí, mas no la interposición de la acción como tal. Prescribe la norma en referencia lo que se cita a continuación:

(...) En los procesos judiciales las juezas o jueces exigirán a las partes y a sus abogadas y abogados que observen... una conducta ética, teniendo el deber de actuar de buena fe y lealtad. Se sancionará especialmente la prueba deformada, todo modo de abuso del derecho,

el empleo de artimañas y procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el proceso de la litis (...). (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, art. 26).

La segunda, que resulta más importante para efectos de este estudio, es la que se encuentra contenida en el artículo trescientos treinta y cinco del mismo cuerpo de normas (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, art. 335). Mediante esta regulación expresamente se prohíbe a los abogados patrocinar causas ejercer el derecho de acción o contradicción abusivamente.

No obstante el problema continúa dándose por la falta de claridad respecto de la forma de cometimiento del ilícito y cómo ha de sancionarse al infractor. Situación que no se vio aclarada con la expedición de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales del año dos mil doce (Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, 2012, art. 7), que incorporó al Código Civil un solo artículo con la conceptualización del abuso del derecho.

Ese concepto dista en cierta forma de lo que indica la doctrina, pues puede acontecer además, que se cometa este ilícito de manera culposa, lo cual no es indicado en la norma. Así se presenta el caso de un ciudadano que valora un perjuicio extrapatrimonial irracionalmente y su abogado patrocinador demanda una reparación ascendiente a tal cantidad. Resultaría impreciso v contradictorio a los preceptos doctrinarios sancionar únicamente patrocinador y dejar indemne al defendido, pues este último comete el ilícito por no observar una debida diligencia en su actuar (Borda, 2013, pp. 70). Situación que como se vio ha sido advertida por la administración de justicia colombiana, donde no se permite la impunidad del actor aun cuando este sea lego en materia judicial y consecuentemente al conocedor del derecho 2012, pp. 190 - 192). Postulados que son importantes para la (Santos, construcción de la teoría de atribución objetiva del daño, donde debe responderse por lo que se comete más allá de la intención con que se lo hace.

Así los esfuerzos legislativos no han sido acertados, más han resultado ser fruto de la imprecisión con que se han promulgado ya sea por la falta de adecuación clara de la norma a un sistema de atribución o simplemente porque, como ha pasado con el caso señalado, se ha confundido teorías sin apreciar los resultados que a futuro se podrían ocasionar.

Claro que lo anterior no quiere decirse que se necesite abundante normativa, contrario sensu lo que se pretenden es que existan disposiciones claras, precisas y adecuadas al factor objetivo de atribución objetivo de daño donde se reconozca como una forma de cometimiento al derecho abusivo de acción.

3.4. Propuesta de ampliación normativa.

Dado que la víctima de un injusto no debe ser reparada sino de la misma forma en la que se le ha infringido el daño (Diez, 1998, pp. 160), se convierte en una necesidad – considerando la variedad de interpretaciones de los administradores de justicia – el construir normativa que permita determinar claramente las cuestiones relativas a la responsabilidad civil y el abuso del derecho de acción.

A continuación se indica, conforme a la línea dogmática optada, cuáles serían las prescripciones normativas necesarias y pendientes de implementación que permitirían aclarar el panorama de la responsabilidad civil por abuso del derecho de acción en el Ecuador.

Así cuando se trata cuestiones relativas a la atribución de un daño cometido por abuso del derecho de acción o defensa, consecuentemente debe seguirse los postulados contenidos en la resolución de la entonces Corte Suprema de Justicia en caso Enríquez Fraga vs. Estrada Pancho. Postulados que naturalmente deberán recogerse por seguridad jurídica en normas de obligatorio cumplimiento antes que en precedentes, que no son seguidos u observados normalmente.

Consecuentemente los jueces deberán observar, bajo prescripción legal, que exclusivamente el actor del proceso estará en la obligación de probar el daño y el nexo causal entre este y la conducta atribuible al demandado, aclarando que no es relevante si se trata de un delito o cuasidelito (Cubides, 2005, pp. 290). Debería entonces establecerse en el Código Civil, la obligación de los tribunales de evaluar la existencia o no de un daño de manera objetiva, impidiéndose de esta manera cualquier rasgo de aplicación de la ya superada teoría subjetivista.

De ahí que habrá necesidad de construir una norma sustantiva civil que establezca la prohibición de otorgamiento de indemnizaciones pecuniarias cuando se trata de daños extramatrimoniales; salvo que de esto se desprenda que efectivamente la víctima se vio perjudicada con un lucro cesante o daño emergente conforme se ha expuesto por parte de los tribunales chilenos o la compensación extrapatrimonial o sea eficaz (Diez, 1998, pp. 165). A tal incorporación normativa, habría que agregar una reforma al artículo referente al abuso del derecho constante en el Código Civil de modo que no se exprese que este ilícito se comete únicamente con intención o con una carga volitiva equiparable al dolo

Solamente con estas incorporaciones se podrá impedir que la organización a la que hace referencia Norberto Obvio (Bobbio, 2007, pp. 8 - 9), como elemento constituyente de la sociedad se vea pervertida con el ejercicio ilegítimo de un derecho concreto como el de acción.

Se puede arribar en ese sentido a que las cortes de instancia en el Ecuador, no suelen observar los linimentos planteados por sus superiores, lo que a su vez ocasiona un sin número de interpretaciones respecto de un ilícito civil que debe regularse para claridad de los litigantes y juzgadores en aras a demostrar la existencia y forma de reparación correcta de un daño.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. Conclusiones

El abuso del derecho es un ilícito civil que acarrea una perversión del sistema de normas, pues en el caso de una acción civil, el actor se desprende de su fin legítimo para pervertirlo ocasionar un daño al demandado. Así la hipótesis acerca de que: las demandas por responsabilidad civil extracontractual que no motivan adecuadamente la existencia del daño que pretenden sea reconocido judicialmente, o a su vez, en las que consta una cuantía desproporcionada con el perjuicio supuestamente perpetrado ocasiona abuso del derecho. Lo mencionado se ha podido colegir con la verificación de los objetivos de esta investigación dado que:

El fin legítimo del derecho de reparación es la consecución de una paz social mediante la sanción de conductas que infieran daño a otros; lo cual se logra con la orden judicial de indemnización del daño. De ahí que pretender beneficiarse pecuniariamente del ejercicio de un derecho por la existencia de un daño o inclusive sin que este se haya justificado, ocasiona un quebrantamiento del fin al que atiende el sistema normativo.

Cuando una demanda se motiva en un daño inexisten, con fundamento en los requisitos para que este tenga lugar, o simplemente con la cuantificación irracional de la reparación exigida; se incurre en un abuso del derecho y consecuentemente en un daño al demandado. Ese daño debe ser atribuido sin perjuicio de la voluntad con que actuó el demandado, es decir, atendiendo a la teoría objetiva de atribución de responsabilidad.

Actualmente en el Ecuador existe escasa normativa respecto del abuso del derecho, lo cual ha ocasionado que los juzgadores tengan criterios dispares respecto de su cometimiento y el daño que este infiere aun cuando el máximo tribunal de justicia a dictado lineamientos para identificarlo. Como

consecuencia de ello es importante legislar con mayor especificidad este ilícito determinado, no solo su concepto sino más además la forma de juzgarlo.

4.2. Recomendaciones

Con base a los postulados de este ensayo, considerando la línea de investigación que se ha seguido, se recomienda el estudio de los siguientes temas:

La teoría del daño y sus elementos a la luz de lo expuesto por la teoría de la pérdida de la oportunidad o *chance*, respecto del proyecto de vida. Bajo esta teoría se analiza la posibilidad de atribuir responsabilidad a una persona aun cuando no se haya verificado un daño o el nexo de causalidad.

El criterio subjetivo de atribución de responsabilidad que no deja de ser importante a la luz de la comprensión de la teoría del abuso del derecho. Cuando una legislación acepte esta línea, la comisión de los ilícitos civiles así como los elementos para su existencia son distintos a los plateados.

Se recomienda además el estudio de los criterios de valoración y sanción de los daños irrogados cuando de por medio exista una convención o contrato, existiendo un incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los pactos obligacionales. Todo esto sumado a la teoría de la imprevisión en materia contractual.

Por último se recomienda el análisis del abuso del derecho de acción frente a la posibilidad de la terminación de contratos privados unilateralmente.

REFERENCIAS

- Alessandri, A. (2005). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno.* Santiago de Chile, Chile: Imprenta Salesianos.
- Bernal, C. (2006). *Metodología de la investigación para administración, economía, humanidades y ciencias sociales*. Recuperado el 28 de enero del 2017 de: https://books.google.com.ec/books?id=h4X_eFai59oC&pg=PA56&dq =metodo+dogmatico+cuantitativo&hl=es&sa=X&redir_esc=y#v=onep age&q=metodo%20dogmatico%20cuantitativo&f=false
- Bobbio, N. (2007). Teoría general del Derecho. Bogotá, Colombia: Temis.
- Borda, G. (2013). *Tratado de derecho civil: parte general.* (14va. Ed.). Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Código Civil. (2013). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código Orgánico de la Función Judicial. (2009). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
- Condorelli, E. (1971). *El Abuso del Derecho*. La Plata, Argentina: Editorial Platense.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008. Reformas en Registro Oficial 490, Suplemento, de 13 de julio de 2011.
- Contreras, C. (2009). *La Responsabilidad Civil Extracontractual.* Santiago de Chile, Chile: Editorial Parlamento.
- Corte Nacional de Justicia. Caso Ruiz Navas vs Superintendencia de Bancos del Ecuador. Sentencia de 2 de septiembre del 2009.
- Corte Provincial de Justicia de Pichincha. *Rafael Correa Delgado vs Banco Pichincha C.A.* Sentencia de 27 de julio del 2009.
- Cubides, J. (2005). *Obligaciones.* (5ta. Ed.). Bogotá, Colombia: Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas JAVEGRAF.
- Curio, M. (2007). Bases jusfilosóficas para la compensación del daño y la reparación. En F. Trigo. (Dir.) Responsabilidad civil: Doctrinas esenciales 1936 2007. Buenos Aires, Argentina: La ley.

- Diez, J. (1998). *El daño extracontractual, jurisprudencia y doctrina.* Santiago de Chile, Chile: Editorial jurídica de Chile.
- Ex Corte Suprema de Justicia. Caso Enríquez Fraga vs Estrada Pancho. Sentencia de 16 de noviembre del 2004.
- EX Corte Suprema de Justicia. Caso Morán Buenaño vs Onofre González y Morán Intriago. Sentencia de 8 de julio de 1009.
- Ex Cote Suprema de Justicia. Caso Velásquez Rodríguez vs Garzozi Bucarám. Sentencia de 14 de agosto del 2000.
- García, E. (2002). Responsa iurisperitorum digest. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- García, F. (2005). Cuestiones Jurídicas. Guayaquil, Ecuador: Editorial Edino.
- Garrido, M. (s.f). La cuantificación de daños un debate inconcluso. Recuperado el 15 de noviembre del 2016 de: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd= 1&ved=0ahUKEwi58vKKr_vQAhVh0FQKHV0JAnwQFggbMAA&url=h ttp%3A%2F%2Fwww.acaderc.org.ar%2Fdoctrina%2Farticulos%2Flacuantificacion-del-dano.-un-debate-inconcluso%2Fat_download%2Ffile&usg=AFQjCNFDJ8xpboKkYfgac ErwZtaHzxTl6A
- Ghersi, C. (1997). *Teoría general de la reparación de daños*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Giraldo, L. (2011). La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil.

 Recuperado el 17 de enero del 2017 de:

 https://books.google.com.ec/books?id=8XlpH7rlfWwC&printsec=front

 cover&dq=perdida+de+la+oportunidad&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwil

 mOy43uXRAhVC6iYKHXCZC94Q6AEIGzAA#v=onepage&q=perdida

 %20de%20la%20oportunidad&f=false
- Larraín, H. (1994). *Lecciones de Derecho Civil*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales. Registro Oficial 797 de 26 de septiembre de 2012.

- Lombana, T. (1998). Manual de obligaciones, la responsabilidad civil Fuente de las obligaciones. Bogotá, Colombia: Temis.
- López, E. (2012). *Manual de Responsabilidad Civil*. Buenos Aires, Argentina: AbeldoPerrot.
- Mazzinghi, J. (2012). Factores de atribución. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial*. Recuperado el 28 de enero del 2017 de:

 http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/factoresatribucion-mazzinghi.pdf
- Medina, J. (2010). Derecho Civil aproximación al derecho, derecho de personas. Recuperado el 17 de enero del 2017 de: https://books.google.com.ec/books?id=Y6K7drkBIHQC&pg=PA396&d q=cuantificación+del+daño&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiK79qU4-XRAhWHWSYKHcL6ApAQ6wEILDAD#v=onepage&q=cuantificación %20del%20daño&f=false
- Mélich, J. (2006). La Responsabilidad Civil por los Hechos Ilícitos. (3a. Ed.).
 Caracas, Venezuela: Academia de Ciencias Políticas y Sociales,
 Centro de Investigaciones Jurídicas.
- Monroy, C. (2003). *Introducción al Derecho.* (13a. Ed.). Bogotá, Colombia: Temis.
- Padilla, R. (2013). *Misión, derechos, deberes y responsabilidad del abogado*.

 Recuperado el 14 de diciembre del 2016 de: https://books.google.com.ec/books?id=l615AgAAQBAJ&pg=PA89&dq =deberes+deontologicos+del+abogado&hl=es&sa=X&redir_esc=y#v= onepage&q=deberes%20deontologicos%20del%20abogado&f=false
- Peirano, J. (1981). Responsabilidad Extracontractual. (3a. Ed.). Bogotá, Colombia: Temis.
- Pérez, G. (2006). Evolución legislativa y jurisprudencial del Daño Moral en México. En G. Pérez. (Coord.). El daño moral en Iberoamérica. Recuperado el 14 de diciembre de: https://books.google.com.ec/books?id=Rj-F9ewHN3cC&pg=PA158&dq=cuantificación+del+daño&hl=es&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=cuantificación%20del%20daño&f=false

- Portillo, Y. (2000). *Derecho de daños*. Recuperado el 17 de enero del 2017 de: https://books.google.com.ec/books?id=INSzUR3bw6wC&pg=PA135&dq=perdida+de+la+chance&hl=es&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=perdida%20de%20la%20chance&f=false
- Rambaldo, J (2001). El abuso procesal. En J, Rambaldo. (Coord.). *Abuso Procesal*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal Culzoni.
- Rousseau, J. (1999). El Contrato Social o principios de Derecho Político.

 Recuperado el 10 de noviembre del 2016 de:

 http://www.enxarxa.com/biblioteca/ROUSSEAU%20El%20Contrato%

 20Social.pdf
- San Martín, L. (2013). La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño.

 Recuperado el 20 de enero del 2017 de:

 https://books.google.com.ec/books?id=xlaks3uPvGIC&printsec=frontc

 over&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=fal

 se
- Santos, J. (2006). Instituciones de responsabilidad civil. Recuperado el 14 de diciembre del 2016 de: https://books.google.com.ec/books?id=vOpMQedClpIC&pg=PA148&d q=autoayuda+responsabilidad+civil&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwi4-PC4sPTQAhWG7yYKHZ_NBc0Q6wEIHDAA#v=onepage&q=autoayu da%20responsabilidad%20civil&f=false
- Santos, J. (2012). Responsabilidad Civil. (3a. Ed.). Bogotá, Colombia: Temis.
- Valencia, A. Ortiz, A. (1997). *Derecho Civil parte general y personas*.(14a. Ed.). Bogotá, Colombia: Temis.
- Velásquez, O. (2013). Responsabilidad Civil Extracontractual. (2a. Ed.). Bogotá, Colombia: Temis.
- Weingarten, C. Arancet, A. Ghersi, C. Ghersi, S. Martinetti, M. Quiroga, E. Vázquez, G. (2010). *Manual de derecho de daños*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.