

1. Introducción

En el arbitraje comercial internacional, los daños punitivos constituyen un tema de gran controversia, pues reflejan la existencia de diferencias en la aplicación del derecho civil en las distintas jurisdicciones. Mientras algunos ordenamientos los aceptan como mecanismo disuasorio, en otros su aplicación es vista con escepticismo, pues no están de acuerdo con su función, lo que los lleva a considerar que esta figura legal no debe existir.

Aunque esta diferencia podría no parecer muy relevante en un inicio, lo cierto es que plantea grandes interrogantes a la hora hablar de la compatibilidad de esta figura con el orden público internacional y la ejecutabilidad de los laudos que conceden este tipo de daños en aquellos países en los que, a priori, no está permitido imponerlos.

El objetivo de este trabajo será analizar exhaustivamente el papel de los daños punitivos en el arbitraje comercial internacional, sus implicaciones jurídicas y los desafíos que plantea su reconocimiento y aplicación en la práctica arbitral. Para ello, empezaremos con un análisis de la figura legal de los daños punitivos.

2. Los daños punitivos

2.1 Introducción

El término de “daños punitivos” se deriva directamente del concepto *punitive damages* en inglés. La palabra *damages* en plural se traduce como “indemnización”, mientras que en singular significa “daño”. Por tanto, la traducción literal del término sería “indemnización punitiva”, la cual podría estar más cerca de lo que es la esencia real de la figura legal.

Los daños punitivos consisten en una cantidad económica que debe desembolsar el responsable de un daño con la doble finalidad de castigar al responsable y disuadir a dicho demandado y a otras personas de que realicen las actividades como las que causaron daño al demandante. Por consiguiente, estamos ante una figura indemnizatoria.

Como figura indemnizatoria, los daños punitivos constituyen una institución legal distinta a los daños y perjuicios, figuras compensatorias propias del *Civil Law*, pues como hemos dicho, su finalidad no radica en compensar al demandante por el perjuicio sufrido, sino en castigar una conducta del demandado. Por lo tanto, el responsable del daño deberá

pagar, no solo por el perjuicio realmente ocasionado, sino también una suma adicional, que además suele ser elevada, en concepto de daños punitivos¹.

2.2 El desarrollo de la figura legal de daños punitivos por los tribunales nacionales.

Como se ha mencionado, el concepto de daños punitivos deriva del inglés, más específicamente, es una figura legal muy común en el sistema estadounidense. Sin embargo, una de las primeras alusiones a la figura legal en el *Common Law* fue realizada por un tribunal inglés en el caso *Wilkes v. Wood*.

Este tuvo lugar en 1763 cuando el gobierno británico intentó impedir la publicación de un panfleto (el *North Briton*) arrestando ilícitamente al redactor y editor. Como consecuencia, se demandó al gobierno. En respuesta a la demanda, el juez propuso al jurado que llevase a cabo la imposición de penas pecuniarias a cargo del gobierno y en beneficio de los perjudicados por cuantía superior a los daños efectivos causados, entendiendo que la ofensa que supuso el encarcelamiento arbitrario había sido muy superior al daño efectivo.

Este caso fue un pilar fundamental para el desarrollo de la jurisprudencia norteamericana (que veremos más adelante) en el ámbito de los daños punitivos, influyendo profundamente en la forma en que estos se justifican y aplican.

No obstante, en Reino Unido nunca se llegó a aceptar del todo los daños punitivos limitando estos a dos categorías específicas.

- Casos en los que hubo una acción opresiva, arbitraria o inconstitucional por parte de personal del gobierno.
- Casos en los que el demandado actuó de manera que, incluso sabiendo que podría ser responsable de pagar daños al demandante por su conducta indebida, esperaba ganar más dinero del que eventualmente tendría que compensar.

Quedando así la figura de *exemplary damages* (término utilizado en el derecho británico para los daños punitivos) limitada desde 1964 a supuestos como violación de

¹ Carrascosa González, J., *Daños Punitivos. Aspectos de Derecho Internacional Privado Europeo y Español*, Thomson Reuters Aranzadi, España, 2013, p. 3.

derechos constitucionales, la conducta perjudicial expresamente calculada y a casos específicos previsto expresamente por ley, como el mencionado en el punto superior².

En cuanto al derecho americano, en el año 1851, la Corte Suprema revisó el estado del desarrollo del Derecho anglosajón en relación con los daños punitivos en los Estados Unidos, citando el castigo como el propósito principal de la doctrina.

La propia jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense establece que:

“Es un principio bien establecido del derecho consuetudinario que en las acciones de infracción y en todas las acciones en el caso de agravios, un jurado puede infligir lo que se llama daños ejemplares, punitivos o vindicativos, teniendo en cuenta la enormidad de la ofensa y no la medida de la indemnización al demandante”.

“Esto siempre se ha dejado a la discreción del jurado, ya que el grado de castigo que debe infligirse debe depender de las circunstancias peculiares de cada caso. Debe ser evidente, que, como depende del grado de malicia, crueldad, opresión o ultraje de la conducta del demandado, el castigo de su delincuencia no puede medirse por los gastos del demandante en la tramitación de su demanda. Es cierto que los daños y perjuicios, evaluados a título de ejemplo, pueden compensar indirectamente al demandante por el dinero gastado en honorarios de abogado; pero el importe de estos honorarios no puede considerarse la medida de la pena ni un elemento necesario para su imposición”³

En la actualidad, esta función de castigo y disuasión ha sido vista por muchos como de naturaleza cuasidelictual, y han sido criticados por ser considerados como un remedio penal en un procedimiento que carece de salvaguardias procesales ya que la concesión de daños punitivos se confía diariamente a los jurados civiles.

Volviendo a la evolución temprana de la figura legal, en 1980 el Tribunal Supremo de EEUU consideró que la imposición de daños punitivos se estaba convirtiendo en

² Díaz-Bautista Cremades, A. A. (2000). *Daños punitivos en la tradición continental*. Revista Fundamentos Romanísticos del Derecho Europeo e Iberoamericano, 1, 49-63.

³ Donahey, M. S., “Punitive damages in international commercial arbitration”, *Journal of International Arbitration*, 10, 1993, pp. 67-78.

excesiva,⁴ por ser los límites demasiado generales. Como consecuencia, en los siguientes casos se fueron estableciendo ciertos límites y pautas para afinar su toma de decisiones en este ámbito y limitar las indemnizaciones. Algunos de los casos más relevantes en este ámbito son: *Pacific v. Haslip*, *Gore (BMW of Northamerica Inc. v. Ira Gore)* y *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. V. Campbell*, entre otros.

En el caso *Gore*, por ejemplo, el Tribunal norteamericano estableció tres criterios acerca de la constitucionalidad de un veredicto de *Punitive damages*:

- a) El nivel de reproche que merece la acción del acusado.
- b) La adecuación entre la cantidad asignada como daños punitivos y los daños compensatorios.
- c) La severidad de las penas criminales previstas por la ley para comportamientos comparables.

No obstante, hoy en día, la cuestión sigue sin estar nada clara y en países como Estados Unidos, Inglaterra, India, Australia, Canadá, Irlanda o Nueva Zelanda, que son países que utilizan el derecho anglosajón, se decide la cantidad de la indemnización atendiendo al caso concreto.

Sin embargo, son países como Suiza, Grecia, España, Francia e Italia los que, a pesar de haber señalado que los daños punitivos no son per se incompatibles con el *Civil Law*, no han incluido esta figura legal en su ordenamiento⁵.

2.3 Comparativa del *Civil Law* con el Derecho Anglosajón en el ámbito de los daños punitivos. Relación entre ambos.

En un sistema de Derecho Civil, *Civil Law*, un juez civil generalmente solo puede imponer indemnizaciones por daños compensatorios. Esto quiere decir que el juez solo puede obligar al demandado a llevar a cabo un pago con la única finalidad de cubrir el daño que ha causado, no a modo de sanción.

⁴ Racimo, F. M., “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*, 7, 2004, pp. 5-21.

⁵ García Long, Sergio, “Daños Punitivos en Perú”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 50, 2018, pp.162-165.

Como ya se ha comentado, el *Civil Law* es propio de los estados europeos en los cuales solo estos tienen la facultad de imponer sanciones en sus territorios. Los daños punitivos son multas privadas impuestas en procesos civiles, generalmente por jurados civiles, por esta razón, son ajenos a la cultura jurídica europea continental.

En cuanto a los daños compensatorios, son la figura más parecida a los daños punitivos que existe en el *Civil Law* y, aunque a menudo se confunden, lo cierto es que su diferenciación es clara. Los daños compensatorios se conceden al demandante para ayudarlo a recuperarse del accidente o perjuicio que se le haya causado. El objetivo de la figura legal, como su propio nombre indica, es compensatorio. Cubren tanto las pérdidas económicas como las no económicas, siendo algunos ejemplos de estas tanto las facturas médicas, los salarios perdidos o el dolor y el sufrimiento.

Por lo tanto, la gran diferencia entre los daños compensatorios y los daños punitivos es la intención de estos. Mientras que los primeros buscan ayudar al demandante a recuperarse económicamente, la intención de los daños punitivos es castigar al demandado y disuadir al mismo y a otras personas de volver a cometer una negligencia. Los daños punitivos no quitan que el demandado también vaya a tener que pagar daños compensatorios, de hecho, es lo más común.⁶

En este punto, puede surgir la duda de si realmente existe un límite general para la imposición de daños punitivos, y específicamente en relación con la cantidad de la indemnización compensatoria impuesta. Si bien los daños compensatorios pueden ser fáciles de calcular objetivamente, los daños punitivos deben ser valorados desde una perspectiva mucho más abstracta pues, ¿cómo se puede cuantificar económicamente el sufrimiento de una víctima, sin considerar costos directos como la ayuda psicológica, que ya se incluyen en los daños compensatorios y no en los punitivos? ¿Cuánto le debe costar realmente a una persona negligente pagar por sus actos más allá de lo ya compensado con la indemnización de daños compensatoria?, ¿qué cantidad es la que va a disuadir a un demandado de volver a cometer un acto similar?

Si bien esta clase de preguntas surgen en todas las personas casi de forma natural al hablar de daños punitivos, no existe una respuesta generalizada y mucho menos

⁶ Springs Law Group., “Daños Compensatorios Vs. Daños Punitivos: Descubriendo las diferencias” (disponible en <https://springslawgroup.com/es/danos-compensatorios-vs-danos-punitivos-descubriendo-las-diferencias/>).

especifica al respecto. A lo largo de la historia, la jurisprudencia y la doctrina estadounidense ha planteado opiniones muy diversas en este ámbito.

El debate sobre los daños punitivos se centra en dos aspectos principales. Primero, en la discusión sobre si realmente existe un problema generalizado con la imposición excesiva de estos daños, o si esta percepción es solo una ilusión impulsada por sectores afectados y grandes corporaciones (Eisenberg, Luban y Galanter). En segundo lugar, el enfoque está en cómo mejorar el sistema de aplicación de daños punitivos, asumiendo que la cuestión de los montos a imponer es un problema real o potencial en la legislación actual. Destacar también que parte de la doctrina norteamericana que sustenta que esta figura legal debiera ser suprimida.

Centrándonos en el sistema de aplicación de daños punitivos, más específicamente las limitaciones existentes en las cuantías de los mismos, que es el principal tema del punto que se está desarrollando, el principal objetivo buscado es la implementación de procedimientos que permitan mantener la eficiencia del sistema, al tiempo que eviten un costo social innecesario⁴.

Con el fin de retomar el enfoque del presente análisis, y tras haber examinado la figura legal en cuestión, así como las alternativas utilizadas en aquellas jurisdicciones que rechazan la aplicación de este tipo de daños, procedemos ahora a analizar el otro elemento clave de este estudio: el arbitraje comercial internacional.

3. El arbitraje comercial internacional

3.1 Arbitraje vs sistema judicial

El arbitraje puede entenderse como una delegación del Estado de su función jurisdiccional, permitiendo que órganos especializados resuelvan disputas que afectan únicamente a las partes involucradas. Esta delegación otorga a las partes la capacidad legal de elegir su procedimiento y árbitro para dirimir controversias, una facultad que, en un procedimiento judicial tradicional, recae sobre los tribunales estatales. Este proceso se limita a la emisión del laudo arbitral, regresando la jurisdicción al Estado solo para la ejecución del laudo en caso de que tenga lugar un incumplimiento voluntario.

Si bien es cierto que el Estado proporciona a sus ciudadanos libertad a la hora de elegir si someter su procedimiento al arbitraje, también establece ciertas exigencias para garantizar que las partes estén protegidas por principios fundamentales como la igualdad,

la audiencia, la contradicción y la confidencialidad. En consecuencia, los laudos arbitrales son vinculantes y obligatorios para las partes involucradas, igual que si se hubiera litigado en un tribunal convencional.

La validez del laudo arbitral se deriva de la autonomía de la voluntad de las partes, reflejada en la ley y fundamental para el funcionamiento del arbitraje. Esta autonomía permite a las partes dominar el procedimiento arbitral y consentir ciertas infracciones durante su desarrollo, siempre y cuando no afecten a normas imperativas o de obligado cumplimiento establecidas en la Ley de Arbitraje.

En resumen, el arbitraje se configura como una alternativa al sistema judicial tradicional, que permite una mayor flexibilidad que la jurisdicción ordinaria, basado en la autonomía de la voluntad de las partes y que goza de un marco regulatorio que asegura su justa ejecución.⁷

Sin embargo, a pesar de que el arbitraje puede ser considerado más flexible que el sistema judicial tradicional, veremos que no está exento de complicaciones. El manejo de conflictos que pueden surgir entre diferentes jurisdicciones como consecuencia de que las partes involucradas provienen de sistemas legales distintos y la aplicación e interpretación de las leyes, pueden desencadenar desencuentros significativos entre estados. Como consecuencia de estas diferencias, se puede llegar a plantear una compleja interacción de leyes nacionales que puede afectar a la eficacia y la aceptación de los laudos arbitrales a nivel internacional. A continuación, se explorará cómo estos aspectos influyen en el arbitraje comercial internacional, específicamente en el ámbito de los daños punitivos.

3.2 Introducción a la figura de los daños punitivos en el ámbito del arbitraje

En los últimos años, la atención dedicada a la cuestión de la disponibilidad de daños punitivos en el contexto del arbitraje comercial internacional ha aumentado considerablemente. Dos razones explican el aumento de este interés: primero, el reconocimiento expreso, al menos en Estados Unidos, del poder de los árbitros para otorgar daños punitivos, y, segundo, la aparente disminución de la hostilidad de las naciones de derecho civil hacia las condenas de daños punitivos estadounidenses.

⁷ Fernández Rosas, J.C., *Derecho Privado y Constitución*, Madrid, 2005, pp. 55-91.

Los daños punitivos son desconocidos, como ya se ha mencionado, en la gran mayoría de los países de derecho civil, y la mayoría de esas jurisdicciones consideran que tales daños violan nociones básicas de política pública. Por lo tanto, en lo que respecta al análisis de elección de ley arbitral, surge la pregunta de si esta incompatibilidad de la figura legal con la política pública de ciertas jurisdicciones impacta, o debería impactar, en las determinaciones arbitrales. Específicamente, surge la pregunta de si los árbitros deberían ignorar las leyes que les autorizan a otorgar daños punitivos o si tal concesión infringiría la política pública del lugar del arbitraje o de la jurisdicción en la que se va a ejecutar el laudo arbitral.

El análisis de esta cuestión jurídica se puede dividir en dos grandes bloques. Por un lado, tenemos lo que podríamos identificar como la disponibilidad, en el sentido estricto de la palabra, de los daños punitivos. Con esto nos referimos a si la ley aplicable del estado en cuestión reconoce los daños punitivos como figura legal aplicable en su jurisdicción. Por otro lado, la discusión sobre la existencia, o no, del poder de los árbitros para otorgar dichos daños.

El problema de la disponibilidad stricto sensu de la figura legal se refiere a la cuestión de si, bajo la ley aplicable, se reconocen los daños punitivos como un remedio y si se cumplen los requisitos para la concesión de dichos daños.

La disponibilidad de daños punitivos se caracteriza más adecuadamente como una cuestión sustantiva. De hecho, la posibilidad de que una parte obtenga tales daños afecta a la 'sustancia' de sus derechos, en otras palabras, representa 'en qué consisten sus derechos'. Sin duda, hay una diferencia 'sustancial' entre un derecho a daños compensatorios y un derecho a daños compensatorios y punitivos.

El problema del 'poder' de los árbitros para otorgar daños punitivos, sin embargo, es específico del arbitraje. Los árbitros no necesariamente disfrutan de los mismos poderes que los tribunales, y sería erróneo asumir que poseen un poder inherente para otorgar daños punitivos. Mientras que, en ciertos aspectos, los poderes o la discreción de los árbitros pueden ser más amplios, en otras áreas, sus poderes pueden ser más limitados.

La cuestión del 'poder' de los árbitros para otorgar este tipo de daños encuentra su respuesta en la ley de arbitraje aplicable. A raíz de esta afirmación, surge la pregunta de qué país es el que va a aplicar su ley de arbitraje.

En un principio las partes son libres de seleccionar cualquier ley de arbitraje nacional que consideren apropiada, sujeta a las disposiciones obligatorias del lugar de arbitraje. Sin embargo, en ausencia de tal elección por parte de las partes, se aplicará la ley de arbitraje de la sede.

Las leyes de arbitraje vigentes en algunas de las principales naciones revelan que las leyes arbitrales generalmente no abordan la cuestión de si los árbitros pueden otorgar daños punitivos. Como regla general, ni siquiera tratan la cuestión de forma más general estableciendo los remedios disponibles. Si bien la mayoría de las leyes de arbitraje sí incluyen una o varias disposiciones respecto a la emisión del laudo final, esas disposiciones generalmente solo establecen los requisitos de que el laudo esté por escrito, sea razonado y firmado.⁸

⁸ Petsche, M., "Punitive Damages in International Commercial Arbitration: A Conflict of Laws Lesson", *Journal of International Arbitration*, 30, 1, 2013, pp. 31-48.