

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK

FACULTAD DE CIENCIAS DE JURÍDICAS
Y SOCIALES

Trabajo de fin de carrera titulado:

“PROBLEMÁTICA DE LA PERSONA
JURÍDICA PARA DEMANDAR DAÑO
MORAL”

Realizado por:

LUCÍA CRISTINA LOAIZA MOREIRA

Como requisito para la obtención del título de

ABOGADA

QUITO, ENERO DE 2012

DECLARACIÓN JURAMENTADA

Yo, Lucía Cristina Loaiza Moreira, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría; que no ha sido previamente presentada para ningún grado o calificación profesional; y, que he consultado las referencias bibliográficas que se incluyen en este documento.

A través de la presente declaración cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo, a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su Reglamento y por la normatividad institucional vigente.

Cristina Loaiza Moreira
C.C. 172223690-6

DECLARATORIA

El presente trabajo de investigación de fin de carrera, titulado
**PROBLEMÁTICA DE LA PERSONA JURÍDICA PARA
DEMANDAR DAÑO MORAL**

Realizado por la alumna:

LUCIA CRISTINA LOAIZA MOREIRA

como requisito para la obtención del título de
ABOGADA

ha sido dirigido por el profesor

Dr. GABRIEL GALÁN MELO

quien considera que constituye un trabajo original de su autor.

.....
Dr. GABRIEL GALÁN MELO

Director

Los profesores informantes

Dra. GABRIELA HIDALGO, y

Dr. FERNANDO POLO

después de revisar el trabajo escrito presentado,
lo han calificado como apto para su defensa oral ante el tribunal
examinador.

.....
Dra. Gabriela Hidalgo

.....
Dr. Fernando Polo

Quito, a 6 de enero de 2012

AGRADECIMIENTO:

Agradezco a Dios por sus infinitas bendiciones.

A mis padres Jaime y Lucía por su amor incondicional, por su apoyo, porque gracias a ellos he llegado a cumplir una meta más.

A mis hermanas Karen y Evelyn por estar conmigo en todo momento.

A la Universidad Internacional SEK, por permitirme obtener mi título universitario.

A mi Director de Tesis Gabriel Galán por su paciencia, y apoyo.

A mis amigas y consejeras María de los Ángeles Lombeyda y Alexandra Carrera por su motivación, su apoyo, y sobre todo por mi guía.

A todas las personas que de una u otra manera han contribuido a la elaboración del presente trabajo de fin de carrera.

DEDICATORIA:

Quiero dedicar este trabajo a las personas más importantes de mi vida mi papi y mi mami porque ellos son mi ejemplo, mi orgullo, porque gracias a su esfuerzo a su amor y su apoyo he culminado una etapa más de mi vida.

A mi familia por comprenderme, apoyarme, e incentivar me a cumplir mis metas.

A mis buenos amigos y amigas, por estar en cada momento bueno y malo de mi vida, porque con sus locuras, sus palabras, y sus consejos he conocido el valor de la verdadera amistad.

A mis amigas, consejeras, jefas Angie y Alex, agradezco a Dios y a la vida de haberlas puesto en mi camino, porque son personas extraordinarias con las cuales comparto día a día, y son quienes me impulsaron a iniciar y terminar el presente trabajo.

RESUMEN

Entendemos que daño moral es aquel agravio implicado con la violación de alguno de los derechos personalísimos así como la paz, la tranquilidad de espíritu, la vida, o el derecho de privacidad, la libertad individual, la integridad física, el honor, la honra de la persona etc. Según esta apreciación sólo las personas naturales serían legitimadas para demandar daño moral puesto que son capaces de sentir dolor, afectación a su dignidad, y ver de una u otra forma lesionados sus derechos personalísimos. Sin embargo, existen autores que afirman que una persona jurídica sí puede sufrir daño moral como resultado de la competencia desleal y daños de otra, cuando con sus acciones, lesiona la imagen, el buen nombre comercial y su posición en el mercado. Según nuestra legislación la persona jurídica es susceptible de sufrir daño moral y por tal motivo está totalmente legitimada para demandar la reparación de daños morales. El presente trabajo investigativo está orientado a desarrollar los diferentes pensamientos doctrinarios y jurisprudenciales respecto de si una persona jurídica puede ser susceptible de sufrir daño moral, y en tal virtud, demandar su reparación.

ABSTRACT

We understand that moral damage is the implied affront of the violation of any of the very personal rights such as peace, peace of mind, life, privacy, individual freedom, physical integrity, honor, virtue of the person, etc. According to such interpretation only individuals would be legitimate claimers of moral damage since they are capable of feeling pain, impact to their dignity and anyhow have their very personal rights affected. However, some points of view assert that a legal entity can indeed sustain moral damage as a result of unfair competition and other damages, when due to third parties actions, their image, good standing and position in the market is affected. Pursuant to our legislation, the legal entity is susceptible of sustaining moral damage and therefore it is fully capable of claiming moral damage remediation. The investigation report herein is focused on investigating the different doctrine and jurisprudential positions as to whether a legal entity can be susceptible of sustaining moral damage and in such virtue, claim for its remediation.

RESUMEN EJECUTIVO

Como es de nuestro conocimiento en los primeros tiempos el ser humano, por naturaleza, vivía en primitivos clanes, con constantes desacuerdos e inconvenientes provocados por la convivencia. Uno de los instrumentos para defenderse era la fuerza, por lo que las primeras discusiones terminaban a golpes y con la muerte de uno de los adversarios.

Cuando una persona sufría un daño, ese daño no era considerado personal sino que afectaba a todo el grupo, y las represalias se tomaban contra toda la otra tribu a la que pertenecía el ofensor. La venganza dice Martínez Sarrión, “no se nutre, cual corrientemente se suele decir, en el odio, sino en la necesidad de tomarse justicia por su mano, ante la carencia de un organismo superior e imparcial instancia a la cual concurrir”¹.

La venganza como sistema tenía el gran defecto de la falta de proporcionalidad y de individualidad, por ejemplo por la muerte de una persona podía quemarse una aldea entera.

Más adelante se produce un gran avance jurídico, en el momento en que la venganza sufre una limitación cuando se devuelve mal por mal, pero equivalente o proporcional. Este es un principio de proporcionalidad de la sanción con la falta cometida, en donde la fijación de la indemnización tiene relación con el daño causado.

Se conoce como ley del Talión y está presente en el Código de Hammurabi, las leyes de Manú y la Biblia² y se resume en la frase que todos hemos escuchado más de una vez: ojo por ojo, diente por diente. Así por ejemplo en el Código de Hammurabi se exigía que si un hombre robaba un buey, oveja, o cerdo de un templo o palacio pagara treinta veces lo robado, o si el

¹ MARTÍNEZ SARRIÓN, Ángel, “La evolución del derecho de daños”, en Derecho de daños, Luis Ribó Durán Coordinador, Bosch, Barcelona, 1992, p. 13.

² En el libro del Éxodo 21:23 dice: “Pero si resultare daño, darás vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, cardenal por cardenal.

robo se lo hacían a un hombre libre entonces debía pagar diez veces; o si se vendían artículos perdidos o robados el comprador podía cobrar doce veces el valor al vendedor; o por ejemplo si un mercader es engañado por su agente quien le niega haber recibido la mercadería enviada, será indemnizado con seis veces el valor de los bienes³.

En la Biblia en el libro Exodo 21:37 existe un claro ejemplo de estos daños: “Si un hombre roba un buey o una oveja, y los mata o vende, pagará cinco bueyes por el buey, y cuatro ovejas por la oveja”.

Posteriormente “los romanos distinguieron los delitos públicos y privados. Los primeros interesaban a la ciudad (sacrilegio, traición) y eran castigados con sanciones propiamente penales. Los segundos estaban entregados a formas institucionalizadas que tendían a transformar sus efectos corporales en patrimoniales. (...) con la configuración del Estado comienza a consolidarse la separación del derecho penal y civil que conocemos en nuestra época (...); correlativamente se desarrolló el concepto de responsabilidad civil como una obligación de indemnizar los perjuicios efectivamente causados.”⁴

Es así, como fue conceptualizándose la responsabilidad civil y, gradualmente fue aceptándose la noción de que el daño privado debía ser indemnizado mediante el pago por los daños causados únicamente.

El término responsabilidad viene del latín “responderé” que significa estar obligado, según este significado toda persona que asume una obligación es responsable por el incumplimiento de una obligación.

³ En el Código de Hammurabí nos damos cuenta que ya existe un carácter sancionatorio a las acciones contrarias a la ley, pero en este caso todavía no existe proporcionalidad entre el ilícito y la sanción.

⁴ BARROS, Enrique, Tratado de la Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica Chile, Santiago, 2006. Pág. 53

La responsabilidad civil *“es la obligación concreta y puntal que surge para una persona, de reparar un daño a otro a consecuencia de la comisión de un hecho ilícito, doloso o culposo (acción u omisión), o por el incumplimiento de una obligación”*⁵

En conclusión, el principio general del derecho de no dañar al otro, hace que sea posible la vida en sociedad y que cuando es vulnerado, acarrea una sanción que consiste en la obligación jurídica de indemnizar el daño causado.

La responsabilidad civil se encuentra dividida en: la responsabilidad civil contractual que es aquella que proviene de obligaciones específicas, determinadas, concretas, es decir, la ocasionada por el incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Y la responsabilidad civil extracontractual que se refiere a hechos voluntarios fuera de una relación contractual, son las conductas que pueden expresarse a través de hechos humanos que no necesariamente pueden tener efectos jurídicos determinados, pero que resultan dañosos para una determinada persona, y por lo tanto son susceptibles de reparación.

Ahora bien, como sabemos el daño moral pertenece a la responsabilidad civil extracontractual, puesto que es el resultado de actos ilícitos que consiste en la agresión a algunos de los derechos extrapatrimoniales o de familia propiamente, y que permite demandar una indemnización.

En el Diccionario Jurídico Elemental de Cabanellas se dice que daño en el sentido amplio es *“el detrimento, perjuicio o menoscabo que por actuación de otro se recibe en la persona o en los bienes. El daño puede provenir del dolo, de culpa o de caso fortuito, según el grado de malicia o negligencia o casualidad entre el autor y el efecto”*⁶.

⁵ MORAN SARMIENTO, Rubén, *El Daño -Aspectos Sustantivos y Procesales-*, edit. Edilex S.A. Quito, 2010, pág. 164

⁶ G. CABANELLAS, “Diccionario Jurídico Elemental”, edit. Heliasta Argentina, pág. 109.

R. Morán Sarmiento señala que el tutelaje resarcitorio del daño no sólo se refiere a la persona natural sino también a los entes dotados de personalidad jurídica, tanto de derecho público como derecho privado, en su condición de agraviados y también como sujetos dañados⁷.

El reclamo de daño moral *“tiene naturaleza resarcitoria antes que sancionadora, tiene un estricto carácter de reparación; no se trata de imponer un castigo al ofensor sino de procurar a la víctima una satisfacción o una compensación por los daños que ha sufrido en su patrimonio o en sus valores morales”*.⁸

Como han destacado estos dos autores tanto las personas jurídicas como las personas naturales son susceptibles de sufrir alguna clase de daño al igual que también están en la capacidad de provocarlo.

Es necesario conocer que en nuestra legislación el daño moral fue introducido el 27 de febrero de 1984, cuando diputado doctor Gil Barragán Romero envió al Presidente del Congreso Nacional el proyecto de "Ley sobre la reparación de daños morales".

Básicamente la exposición de motivos de este proyecto de ley se fundamentaba en lo siguiente:

- Situaciones de la vida que provocan daños morales que conforme a nuestra legislación quedan sin posibilidad efectiva de reparación;
- Se puede causar daño a las facultades espirituales, a los afectos de la persona o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad, como el dolor o sufrimiento de un individuo (...); como su desprestigio por difamación o menosprecio.
- Se consideran en las legislaciones cada vez más la reparación de daños morales.

⁷ MORÁN SARMIENTO, R. “El Daño”-Aspectos Sustantivos y Procesales-, edit. Edilex S.A. Quito, 2010, pág 86

⁸ *Ibíd.*

Pero no puede quedar sin sanción un hecho ilícito que ha inferido una molestia o dolor a otro y que es irremediable, cuando consiste en algo que no puede rehacerse, como cuando se mata a una persona, se le hace perder un brazo, se destruye una obra de arte.

Como podemos apreciar, la intención del proyecto fue incorporar nuevas normas que amplíen la acción de las indemnizaciones, relacionadas hasta aquél entonces a reparar los daños materiales (daño emergente y lucro cesante) y el daño moral cuando existían lesiones contra la honra o el crédito de una persona.

Es decir, que hasta 1984 si existía la posibilidad de reclamar indemnización por daños morales, pero se encontraba únicamente limitada a la reparación de la honra. El proyecto de Barragán definía como daño moral a todo aquello capaz de producir sufrimientos físicos, angustia, ansiedad, humillaciones y ofensas semejantes.

La legislatura recogió la iniciativa y expidió la Ley 171, la misma que fue sancionada por el Ejecutivo el 13 de junio de 1984 y promulgada en el Registro Oficial el 4 de julio del mismo año, reformándose el Código Civil de la siguiente manera:

- a) Se estableció claramente que, aparte de la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, estaban obligados a la reparación quienes causaren "daños morales".
- b) El juez debía valorar la indemnización una vez justificada la "gravedad particular" del perjuicio sufrido y de la falta cometida.
- c) Se determinó quienes podían demandar la reparación particularizándose que las instituciones también podían ser afectadas, actuando en tal caso sus representantes legales; y,
- d) Se aclaró que las -indemnizaciones por daño moral eran independientes de las que por muerte, incapacidad para el trabajo u otras causas semejantes regulan otras leyes.

Con este antecedente podemos apreciar cómo se incorporó la institución de daño moral en nuestra legislación, específicamente en el Código Civil.

Carlos Alberto Gherzi expresa que daño moral “*Constituye toda modificación desvaliosa del espíritu, puesto que puede consistir en profundas preocupaciones, o en estados de aguda irritación que afectan al equilibrio anímico de la persona*”⁹

Rubén Morán S. citando a Rubén Stiglitz dice al respecto:

*“Daño Moral es el menoscabo o pérdida de un bien en sentido amplio que irroga una lesión a un interés amparado por el Derecho de naturaleza expatrimonial (...) el denominado daño moral es aquel que consiste en la agresión a alguno de los derechos expatrimoniales (...) daño moral es el que infiere al violar alguno de los derechos personalísimos o de la personalidad que protegen como bien jurídico a los presupuestos o atributos de la personalidad del hombre como tal; de una parte la paz, la privación de la vida íntima, la libertad individual y sobre todo al salud y la integridad psicofísica de los seres humanos (...) el daño moral es todo menoscabo referido a los atributos o presupuestos de la personalidad jurídica”*¹⁰

Como se mencionó anteriormente J. Mosset, indica que existen dos lineamientos que dividen a la doctrina respecto del daño moral a la persona jurídica. Para un sector que identifica el daño moral como un menoscabo de un derecho subjetivo, de carácter expatrimonial, sufrido por un sujeto como resultado de la acción ilícita de otra persona, señala que no existe inconveniente alguno para reconocerlas como sujetos de resarcimientos a las personas jurídicas. Y otro sector que conceptualiza el daño moral como aquel que atenta el resultado en los estados del espíritu, al carecer las personas jurídicas de sentimientos, de afectos y de

⁹ C. Alberto Gherzi, Ob. Cit. *Cuantificación Económica, Daño Moral y Psicológico*, pág. 129-130.

¹⁰ R. Morán Sarmiento, 2010, *EL DAÑO-Aspectos Sustantivos y Procesales-*, edit. Edilex S.A. Quito, 2010 pág. 84-85.

integridad física, y por tanto al estar privadas de sufrir física o psíquicamente, la posibilidad de reconocerla como sujeto legitimado se presenta como un absurdo.¹¹

Autores como Luis Moisset afirman que el patrimonio moral de un sujeto no se agota en sus pasiones o sentimientos, y que hay numerosos derechos sin contenido económico, que tienen carácter netamente objetivo, como el nombre, la honra, la intimidad, etc., que son dignos de protección y cuya violación ocasiona un daño al titular, aunque no hiera sus sentimientos.

Enfocado así el patrimonio moral del sujeto desde el punto objetivo, resulta indudable que también las personas jurídicas son titulares de ese tipo de derechos, y que si en alguna manera se los menoscaba, corresponde una indemnización, aunque la persona jurídica no sea víctima de dolor.

Son éstos los linamamientos que menciona la doctrina y que en teoría se encuentran fuertemente debatidas por sus seguidores.

Respecto de la reparación del daño moral Yoleida Vielma Mendoza en su trabajo investigativo “Discusiones en torno a la Reparación del Daño Moral”¹². Hace un análisis exhaustivo de los lineamientos que dividen a la doctrina y señala que por una parte, están quienes consideran que la reparación del daño moral constituye una pena, es decir una sanción al ofensor entre los que se ubica Demogue, Ripert y Savatier en la doctrina francesa. Y por otra parte, la mayoría de los autores prefieren considerar que la reparación constituye un auténtico resarcimiento.

¹¹ J. Mosset, “Responsabilidad por daños” Tomo V, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 253

¹² Yoleida Vielma Mendoza en su trabajo investigativo “*Discusiones en torno a la Reparación del Daño Moral*” 2005.

Afirma que últimamente, se ha tratado de conciliar ambas ideas, evaluando que la reparación tiene carácter sancionador y resarcitorio, simultáneamente. En este sentido se pronuncia Santos Briz en la doctrina española como su principal defensor. La tesis que considera a la reparación del daño moral como sanción al ofensor, parte de considerar que los derechos así lesionados tienen una naturaleza ideal no susceptibles de valoración pecuniaria y, por ello, no son resarcibles: lo que mira en realidad la condena, no es la satisfacción de la víctima, sino el castigo del autor, los daños e intereses no tienen carácter resarcitorios sino ejemplar.

A estos argumentos se han sumados otros, por ejemplo la inmoralidad de un reclamo resarcible basado en el dolor o la aflicción. Yoleida señala que en la doctrina italiana se ha dicho, que resulta escandaloso investigar cómo resarcir en dinero los sufrimientos de una madre cuyo hijo ha muerto. Si bien esta reflexión se inserta en el contexto de aquellos autores que niegan cualquier tipo de reparación del daño moral, es recogida en su beneficio por quienes la aceptan sólo como pena privada o sanción al ofensor.

Se considera que la reparación pecuniaria del daño no patrimonial es resarcitoria y no punitoria. El daño moral constituye una lesión o menoscabo a intereses jurídicos, y afirman que el hecho que sea difícil demostrar la realidad del dolor, del pensar, de las aflicciones, y más aun que ese dolor o en general sentimientos que el daño provoca no tengan precio, no significan que no sean susceptibles de una apreciación pecuniaria. Es claro que la apreciación pecuniaria no se hace con fines de compensación propiamente dicha, es decir, para reemplazar mediante equivalente en dinero un bien o valor patrimonial destruido, dañado, sustraído, etc.

La apreciación pecuniaria cumple, más bien, un rol satisfactorio, en el sentido que se repara el mal causado aunque no se puedan borrar los efectos del hecho dañoso, cuando se le otorga al ofendido el medio de procurarse satisfacciones equivalentes a las que le fueron afectadas.

Ahora es necesario que hablemos de la persona jurídica. El concepto de persona según lo señala Alberto Lyon en su obra “Personas Jurídicas”¹³ dice que es una abstracción jurídica que expresa solamente el centro de convergencia de un conjunto de derechos y obligaciones. Por eso se define corrientemente a la persona como una entidad capaz de adquirir derechos y obligaciones.

Más adelante el mismo tratadista señala que, cuando definen a las personas jurídicas como aquellos entes capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones, están sólo manifestando que gozan de capacidad jurídica, que no es lo mismo que gozar de personalidad jurídica, y por ende, no se está haciendo una descripción completa del objeto definido, porque la personalidad no sólo está constituida por la capacidad de goce, sino también por el hecho de que se le atribuyen al ente ciertos actos, hechos o interés.

Introduciéndonos un poco más en el tema de estudio, observaremos diferentes planteamientos respecto de las personas jurídicas como sujetos pasivos del daño moral.

Como se ha mencionado anteriormente la posibilidad que las personas jurídicas, entes sin sentimientos ni conciencia, puedan sufrir daños morales ha dividido a la doctrina en dos posiciones bien marcadas, aquellas que consideran que la persona jurídica es capaz de sufrir algún agravio moral, y otra postura que mantiene que por la naturaleza de la persona jurídica, por ser un ente carente de sentimientos no puede sufrir daño moral.

Jorge Mosset en su obra “Responsabilidad por Daños” manifiesta que se ha abierto una corriente doctrinaria denominada “personalista” por su afán o preocupación por destacar la persona y colocarla en el centro del escenario de la responsabilidad.

¹³ LYON PUELMA, Alberto “Personas Jurídicas”, Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile. Pág 37

La persona puede sufrir daños de toda índole o tipo, a los que denomina menoscabos, a la integridad psicofísica, a la plenitud de la persona, y los declara por sí mismos resarcibles, independientemente de sus reflejos de tipo económico o patrimonial (daño patrimonial) y al margen, así mismo de los reflejos espirituales, sufrimientos o dolores.

En lo que respecta al tema del derecho al honor de la persona jurídica Alberto Lyon dice que resulta fundamental para determinar si es posible que la persona jurídica pueda ser titular del derecho al honor precisar la concepción que se tenga de éste.

Si se pretende buscar la existencia del honor en la vida interior del hombre, es evidente que las personas jurídicas carecen de este derecho, pues consideradas psicológicamente no pueden tener sensibilidad, sin embargo si se quiere ver en el derecho al honor más que un valor interior congénito a la dignidad humana, un valor que corresponde a una persona dentro de la sociedad, resulta evidente que se debe sostener que una persona jurídica también puede ser titular de un derecho al honor y puede ser ofendida.

El mismo autor señala que concibe al honor en dos niveles. El primer nivel del honor lo ha considerado como aquel grado mínimo de respetabilidad que le permite al hombre vivir en sociedad; el segundo nivel de honor lo ha considerado como una emanación de de la virtud interior que se proyecta, que se esparce en la sociedad y que le permite a la persona adquirir un mayor o un menor grado de prestigio.

En el presente estudio desarrollaremos las teorías tratando de llegar a la conclusión de cuál es la que más se apega a la realidad de nuestra sociedad.

INDICE

<u>INTRODUCCIÓN</u>	1
1. <u>RESPONSABILIDAD CIVIL</u>	
1.1. <u>ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL</u>	4
1.2. <u>CONCEPTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL</u>	4
1.3. <u>CLASES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL</u>	6
1.3.1. <u>Responsabilidad Civil Subjetiva y Objetiva</u>	7
1.3.1.1. <u>Responsabilidad Civil Subjetiva</u>	7
1.3.1.2. <u>Responsabilidad Civil Objetiva</u>	9
1.4. <u>RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL</u>	10
1.4.1. <u>Responsabilidad Contractual</u>	13
1.4.1.1. <u>El delito y el cuasidelito contractual</u>	13
1.4.2. <u>Responsabilidad extracontractual</u>	13
1.4.2.1. <u>El delito y el cuasidelito extracontractual</u>	14
1.5. <u>DIFERENCIAS ENTRE RESPONSABILIDAD CIVIL, CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL</u>	15
1.6. <u>TIPOS DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL</u>	16
1.7. <u>REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL</u>	17
1.7.1. <u>Acción libre de un sujeto capaz</u>	17
1.7.2. <u>Realizada con Dolo o Culpa</u>	23
1.7.3. <u>Que el demandante haya sufrido daño</u>	24
1.7.3.1. <u>Concepto de daño</u>	24
1.7.3.2. <u>El daño jurídicamente relevante</u>	25
1.7.3.3. <u>Clase de perjuicio o daño</u>	27
1.7.3.3.1. <u>Daño Patrimonial</u>	27
1.7.3.3.2. <u>Daño no Patrimonial o real</u>	28
2. <u>DAÑO MORAL</u>	
2.1. <u>NOCIÓN DEL DAÑO MORAL</u>	32

2.2.	<u>Noción por exclusión</u>	32
2.2.1.	<u>Noción que atiende al interés comprometido</u>	34
2.2.2.	<u>Noción que atiende a la naturaleza de los derechos lesionados</u>	34
2.3.	<u>CARÁCTER PERSONALÍSIMO DEL DAÑO MORAL</u>	35
2.4.	<u>EVOLUCIÓN DEL DAÑO MORAL</u>	37
2.4.1.	<u>El Daño Moral en el Ecuador</u>	38
2.5.	<u>LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL</u>	40
2.5.1.	<u>La Carga de la actividad probatoria en general</u>	40
2.5.2.	<u>Posición de la víctima frente a la creditación de la Responsabilidad Extracontractual</u>	43
2.5.3.	<u>Principios y directrices probatorios en responsabilidad jurídica Extracontractual</u>	45
2.5.3.1.	<u>Principio de Normalidad</u>	46
2.5.3.2.	<u>Principio de la naturaleza jurídica de la indemnización: el carácter Extracontractual</u>	47
2.5.3.3.	<u>Principio de la integración de la indemnización</u>	48
2.6.	<u>LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑO MORAL EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD</u>	49
2.6.1.	<u>Problema de la determinación del quantum</u>	53
2.7.	<u>LA ACCIÓN DEL DAÑO MORAL EN EL ECUADOR</u>	57
3.	<u>LEGITIMIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA ACCIÓN DEL DAÑO MORAL</u>	
3.1.	<u>CONCEPTO Y ALCANCE DE LA PERSONA JURÍDICA</u>	60
3.2.	<u>LA PERSONA NATURAL Y LA PERSONA JURÍDICA</u>	61
3.2.1.	<u>La Persona Natural</u>	61
3.2.2.	<u>La Persona Jurídica</u>	63
3.3.	<u>LA PERSONA JURÍDICA FRENTE A LA RESPONSABILIDAD CIVIL</u>	65
3.3.1.	<u>El sistema de la ficción legal</u>	66
3.3.2.	<u>El sistema de la persona real</u>	68

3.4. <u>LEGITIMIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA PARA LA DEMANDA DE DAÑO MORAL</u>	68
<u>CONCLUSIONES</u>	75
<u>RECOMENDACIONES</u>	77
<u>BIBLIOGRAFÍA</u>	78

INTRODUCCION

El daño moral se ha incorporado a nuestra legislación, con la finalidad de prevenir y sancionar los daños que sufre el individuo en sus sentimientos y en general en sus derechos personalísimos, entendiendo a éstos como aquellos derechos que están tan íntimamente unidos a la persona, que nacen con ella, y no pueden separarse en toda su existencia.

En nuestra Constitución vigente en el artículo No. 66 se determina lo siguiente: “ 1) Se reconoce y garantizará a las personas el derecho a la inviolabilidad a la vida (...) 2) El derecho a una vida digna (...) 3) El derecho a la integridad personal que incluye: la integridad física, psíquica, moral y sexual. (...), entre otras.” Estos son algunos de los derechos que están íntimamente ligados con la persona y que el Estado los reconoce y garantiza su cumplimiento.

De lo señalado anteriormente podemos conocer la finalidad del daño moral y su importancia en nuestra legislación; pero ¿qué es el daño moral?

Rubén Morán Sarmiento manifiesta que el daño moral es:

“La privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre como son la libertad, la tranquilidad, el honor, la dignidad, el buen nombre y los más sagrados afectos; es el quebranto la privación o disminución de aquellos bienes que tienen valor fundamental en la vida del hombre”.¹⁴

En nuestro Código Civil vigente en el artículo 2233 se menciona lo siguiente: “La acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal, (...) Cuando el daño moral afecte a las instituciones o personas jurídicas, la citada acción corresponderá a sus representantes”

¹⁴ MORÁN SARMIENTO Rubén, 2010, El Daño, Edit. Edilex S.A. Quito, 2010 pág. 84.

Lo que significa que según nuestra legislación la persona jurídica es susceptible de sufrir daño moral y por tal motivo está totalmente legitimada para demandar la reparación de daños morales.

Pero esta afirmación no es del todo aceptada por la doctrina y la jurisprudencia; como se aprecia en el concepto de daño moral de R. Sarmiento, sólo las personas naturales serían legitimadas para demandar daño moral puesto que son capaces de sentir dolor, afectación a su dignidad, y ver de una u otra forma lesionados sus derechos personalísimos.

Jorge Mosset indica que existen dos teorías que dividen a la doctrina respecto del daño moral a la persona jurídica. Para un sector que identifica el daño moral como un menoscabo de un derecho subjetivo, de carácter extrapatrimonial, sufrido por un sujeto como resultado de la acción ilícita de otra persona, en este caso no existe inconveniente alguno para reconocer como sujetos de resarcimientos a las personas jurídicas. Dentro de este lineamiento se encuentra Rubén Morán quien manifiesta que en la época actual donde la competitividad entre los que hacen actividad comercial es tan marcada; una persona jurídica puede verse afectada por la competencia desleal y daños de otra, cuando con sus acciones, lesiona la imagen, el buen nombre comercial, su posición en el mercado, etc., es innegable que la persona jurídica va a sufrir daños económicos en su patrimonio, su nombre comercial, sus marcas; por lo que no será solamente daño material sino también daño moral.¹⁵

Otro sector que conceptualiza el daño moral como aquel que atenta contra la tranquilidad del espíritu, al carecer las personas jurídicas de sentimientos, de afectos y de integridad física, y por tanto al estar privadas de sufrir física o psíquicamente, la posibilidad de reconocerla como sujeto legitimado se presenta poco menos que como un absurdo.¹⁶

Es así que los diferentes posicionamientos sobre el tema han generado debates y diferentes pronunciamientos al momento de dictar sentencias respecto de la acción de daño moral.

¹⁵ MORÁN SARMIENTO, Rubén “El Daño”, Edilex S.A. Editores, págs. 71 y 72.

¹⁶ MOSSET, J. “Responsabilidad por daños” Tomo V, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, pág. 253

Respecto de las personas jurídicas, como sabemos son organizaciones en las cuales participan varias personas naturales, con la finalidad de cumplir propósitos comunes, que han sido dotadas de todos los elementos, que al igual que en las personas naturales sirven para otorgar una personalidad jurídica, individual, exclusiva y autónoma, que le permite participar en una sociedad jurídicamente organizada; tienen nombre, domicilio, nacionalidad y capacidad jurídica (relativa).

Reunidos todos estos elementos estamos frente a un ente colectivo capaz de generar obligaciones de tipo legal y de igual manera capaz de reclamar derechos, pero la problemática que se genera es: ¿entre los derechos que puede reclamar la persona jurídica, se puede concebir el daño moral?

Por tal motivo la problemática del presente trabajo investigativo se centra en determinar la legitimidad de la persona jurídica para demandar daño moral.

CAPITULO I

RESPONSABILIDAD CIVIL

1.1 ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

En los primeros tiempos el ser humano, por naturaleza, vivía en primitivos clanes, con los inevitables desacuerdos que la convivencia implicaba. Y como sabemos la fuerza era uno de los instrumentos para defenderse, por lo que las primeras discusiones terminaban a golpes y con la muerte de uno de los adversarios.

Cuando una persona sufría un daño, ese daño no era considerado personal sino que afectaba a todo el grupo, y las represalias se tomaban contra toda la otra tribu a la que pertenecía el ofensor. La venganza dice Martínez Sarrión, “no se nutre, cual corrientemente se suele decir, en el odio, sino en la necesidad de tomarse justicia por su mano, ante la carencia de un organismo superior e imparcial instancia a la cual concurrir”¹⁷.

La venganza como sistema tenía el gran defecto de la falta de proporcionalidad y de individualidad, por ejemplo por la muerte de una persona podía quemarse una aldea entera.

¹⁷ MARTÍNEZ SARRIÓN, Ángel, “La evolución del derecho de daños”, en Derecho de daños, Luis Ribó Durán Coordinador, Bosch, Barcelona, 1992, p. 13.

Más adelante se produce un gran avance jurídico, en el momento en que la venganza sufre una limitación cuando se devuelve mal por mal, pero equivalente o proporcional. Este es un principio de proporcionalidad de la sanción con la falta cometida, en donde la fijación de la indemnización tiene relación con el daño causado. Se conoce como ley del Talión y está presente en el Código de Hammurabi, las leyes de Manú y la Biblia¹⁸ y se resume en la frase que todos hemos escuchado más de una vez: ojo por ojo, diente por diente. Así por ejemplo en el Código de Hammurabi se exigía que si un hombre robaba un buey, oveja, o cerdo de un templo o palacio pagara treinta veces lo robado, o si el robo se lo hacían a un hombre libre entonces debía pagar diez veces; o si se vendían artículos perdidos o robados el comprador podía cobrar doce veces el valor al vendedor; o por ejemplo si un mercader es engañado por su agente quien le niega haber recibido la mercadería enviada, será indemnizado con seis veces el valor de los bienes¹⁹.

En la Biblia en el libro Exodo 21:37 existe un claro ejemplo de estos daños: “Si un hombre roba un buey o una oveja, y los mata o vende, pagará cinco bueyes por el buey, y cuatro ovejas por la oveja”.

Posteriormente “los romanos distinguieron los delitos públicos y privados. Los primeros interesaban a la ciudad (sacrilegio, traición) y eran castigados con sanciones propiamente penales. Los segundos estaban entregados a formas institucionalizadas que tendían a transformar sus efectos corporales en patrimoniales. (...) con la configuración del Estado comienza a consolidarse la separación del derecho penal y civil que conocemos en nuestra época (...); correlativamente se desarrolló el concepto de responsabilidad civil como una obligación de indemnizar los perjuicios efectivamente causados.”²⁰

¹⁸ En el libro del Éxodo 21:23 dice: “Pero si resultare daño, darás vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, cardenal por cardenal.

¹⁹ En el Código de Hammurabí nos damos cuenta que ya existe un carácter sancionatorio a las acciones contrarias a la ley, pero en este caso todavía no existe proporcionalidad entre el ilícito y la sanción.

²⁰ BARROS, Enrique, Tratado de la Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica Chile, Santiago, 2006. Pág. 53

Es así, como fue conceptualizándose la responsabilidad civil y, gradualmente fue aceptándose la noción de que el daño privado debía ser indemnizado mediante el pago por los daños causados únicamente.

1.2 CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

El término responsabilidad viene del latín “responderé” que significa estar obligado, es decir, que toda persona que asume una obligación es responsable por el incumplimiento de la misma. Entendiendo a la obligación como “el dar, hacer o no hacer alguna cosa”²¹

El autor R. Morán destaca que la responsabilidad civil es: “la obligación concreta y puntal que surge para una persona, de reparar un daño a otro a consecuencia de la comisión de un hecho ilícito, doloso o culposo, o por el incumplimiento de una obligación”²²

La responsabilidad civil es concreta y puntual que surge para una persona, de reparar un daño a otro a consecuencia de un hecho ilícito cuando dicha acción vaya en contra de la ley, es doloso si ha existido en el accionante la intención de provocar o causar daño, es culposo cuando la acción fue producida por negligencia, o por el incumplimiento de una obligación cuando se ha faltado al deber de “dar, hacer o no hacer una cosa”, por ejemplo en el incumplimiento del pago de una deuda.

Como se mencionó anteriormente, es imposible que la vida en sociedad no esté ligada al conflicto, por lo que el Derecho tiene como una de sus finalidades normar la convivencia humana y evitar que se ocasionen daños a los bienes tanto materiales como inmateriales de

²¹ FUEYO Fernando, Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones”, Editorial Jurídica Chile, Santiago de Chile, año 2004, pág. 28

²² MORAN SARMIENTO Rubén, El Daño, edit. Edilex S.A. Quito, 2010, pág. 164

cada ser humano. Es por eso que algunos tratadistas coinciden que “el no causar daño a los demás es quizá, la más importante regla de las que gobiernan la convivencia humana”²³

1.3 CLASES DE RESPONSABILIDAD CIVIL

1.3.1 Responsabilidad Civil Subjetiva y Objetiva

1.3.1.1 Responsabilidad Subjetiva

Rubén Morán²⁴ señala que la tesis de la responsabilidad subjetiva es aquella en la cual importa la acción humana, esto es considerar todos los elementos que participan de la conducta humana, es decir, la imputabilidad²⁵ y culpabilidad del individuo en relación con el daño; si estos factores no se dan en la persona, tendremos un hecho sin responsabilidad.

La responsabilidad civil subjetiva obliga a examinar el grado de culpabilidad del sujeto infractor para determinar si el hecho responde a una conducta antijurídica (contrario a la ley), si es voluntario e intencional (doloso), o si es producto del descuido o negligencia (culposo), de cualquier forma se concluye que la causa generadora del daño es la conducta humana, y esta conducta es la que hay que examinar para ligarla con la obligación de reparar el daño, frente a esto resulta también que no toda conducta es necesariamente antijurídica, puede ser apegada a la ley, pero por descuido se produce daños a terceros.

²³ YÁGÜEZ Ángel, Ricardo De La Responsabilidad Civil, 2ª ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1989, p. 21

²⁴ MORAN SARMIENTO Rubén, El Daño, edit. Edilex S.A. Quito, 2010, pág. 84

²⁵ En el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española dice: Imputar: Atribuir a alguien la responsabilidad de un hecho reprobable.

En este punto, en la responsabilidad juega un papel importante el caso fortuito y la fuerza mayor, son eximentes de responsabilidad porque se supone que son ajenos a la voluntad del hombre, y por su naturaleza imprevisible.

Rubén Morán señala que se exige además para esta responsabilidad la presencia de algunos requisitos: “Que la conducta del infractor sea ilícita, imputable y culposa. Lo imputable técnicamente significa atribuir a alguien la autoría de algo, luego de establecer la relación objetiva entre el resultado (el daño) o la conducta del agente; esto es, el hecho de atribuirle a una persona una conducta y un resultado determinado. A este respecto hay que considerar la presencia de determinados hechos de persona inimputables como son los menores de edad, los incapaces mentales, por tanto ni culpables ni responsables; el culpable a su vez es la persona a quien se le prueba la relación entre su voluntad y el hecho cometido”²⁶.

Lo sancionable es lo ilícito de la conducta, eso supone la violación de las normas legales vigentes, es entonces una conducta contraria a Derecho. En este orden de cosas para la responsabilidad subjetiva importa la manifestación de conducta del agente, no importa la magnitud del daño, así una conducta dolosa pudo generar un daño mínimo y al contrario una conducta culposa pudo haber generado un daño mayor.

En este tipo de responsabilidad tenemos que analizar en el hecho dañoso todos los elementos que participan en el proceso de su realización, y en ese sentido es obvio que se debe considerar la persona del agente ejecutor del hecho. Este análisis nos lleva a considerar que la imputabilidad y la culpabilidad del sujeto son factores vinculantes con el hecho; de no poder atribuirle estos factores al sujeto, estaríamos frente a un hecho sin responsabilidad.

²⁶ MORAN SARMIENTO Rubén, El Daño, edit. Edilex S.A. Quito, 2010, pág. 166

1.3.1.2 Responsabilidad Civil Objetiva

En la responsabilidad objetiva, R. Morán²⁷ manifiesta que se debe reunir tres elementos o supuestos: 1) Resultado dañoso, sea material o moral, 2) existencia del agraviado y 3) relación de causalidad entre el resultado dañoso y el titular del medio de riesgo.

El daño jurídico para que sea reparable debe ser cierto; esto es, tiene que demostrarse su existencia, y obviamente el perjuicio real sufrido por el agraviado, que puede ser material, cuando el perjuicio sólo afecte al patrimonio material (compuesto de valores y bienes económicos) y el moral, que significa padecimiento o dolor, esto es afección a los valores íntimos del individuo.

En la responsabilidad objetiva el agente dañoso nada tiene que probar con relación a la culpa. Aquí hay presunción de responsabilidad, y no presunción de culpa que son cosas diferentes; la indemnización se fundamenta en la causalidad del hecho prescindiendo de la culpa o dolo como requisito, en este caso lo que se constata es que el daño haya existido efectivamente y que este provenga de una relación causal entre el hecho realizado y el resultado.

²⁷ *Ibídem.*

1.4 RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

1.4.1 Responsabilidad Contractual

Al hablar de la responsabilidad contractual nos estamos refiriendo a la obligación de reparar los perjuicios provenientes del incumplimiento, o del retraso en el cumplimiento, o del cumplimiento defectuoso de una obligación pactada en un contrato.

Para que exista esta clase de responsabilidad es necesario que haya una relación jurídica anterior entre el autor del daño y quien lo sufre y que el perjuicio sea causado con ocasión de esa relación. Dentro del estudio de este tema se pueden observar claramente dos grupos de teorías bien definidas: de una parte, aquellas que presentan la responsabilidad contractual cuando se ha incumplido una obligación proveniente de un contrato anteriormente celebrado; otra teoría sostiene que se está en presencia de responsabilidad contractual cuando se ha incumplido una obligación emanada no solamente de un contrato, sino cuando se incumple una obligación derivada de un vínculo jurídico anterior o de la ley.

El autor chileno Arturo Alessandri señala lo siguiente:

“La responsabilidad contractual supone una obligación anterior, se produce entre personas ligadas por un vínculo jurídico preexistente y cuya violación sirve de sanción. Es la que proviene de la violación de un contrato: consiste en la obligación de indemnizar al acreedor el perjuicio que le causa el incumplimiento del contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto. Si todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, justo es que quien lo viole sufra las consecuencias de su acción y repare el daño que así cause.”²⁸

²⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho civil. Santiago de Chile: Imprenta Universal, 1981.pág. 42

Los hermanos Mazeaud manifiestan:

“La responsabilidad contractual es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Cuando el contratante no cumple la obligación puesta a su cargo por el contrato, puede causar un perjuicio al otro contratante, acreedor de la obligación. En ciertas condiciones, está obligado a reparar ese perjuicio”²⁹

Alessandri y los hermanos Mazeaud coinciden en los siguientes elementos para la configuración de la responsabilidad contractual:

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

ELEMENTOS
Supone una obligación anterior
Dicha obligación proviene de un contrato
Se debe indemnizar al acreedor por el perjuicio ocasionado.

Cuadro 1

Elaborado por Cristina Loaiza

Por otro lado, para los tratadistas uruguayos Gustavo Ordoquí y Ricardo Oliviera la responsabilidad contractual “no es la emanada de un contrato, sino la derivada de obligaciones determinadas, emergentes del acto lícito o de la ley, con exclusión de las que tienen causa en actos ilícitos como los delitos y cuasidelitos”³⁰

²⁹ MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León y Tunc, André. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. 6 vols. 5ª ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963, pág. 116

³⁰ ORDOQUÍ, Gustavo y OLIVERA Ricardo. Derecho Compendio De Responsabilidad Extracontractual. Volumen II, Montevideo : Ediciones Jurídicas Amalio M Fernández, 1974, pág. 47.

A mi criterio el concepto de responsabilidad civil dado por Alessandri en la vida jurídica tiene mayor aceptación, pues como su nombre mismo lo indica responsabilidad contractual es aquella que se genera por el incumplimiento de un contrato. Es decir, la responsabilidad contractual es aquella que constituye la obligación del deudor de indemnizar al acreedor los perjuicios que le ha originado el incumplimiento o cumplimiento tardío de la obligación. Entendemos que “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer, o no hacer alguna cosa (...)”³¹

Debemos considerar el principio fundamental de la relación contractual, al decir: EL CONTRATO ES LEY PARA LAS PARTES, lo que significa que todo aquello que se haga en contra de lo estipulado, obviamente será violación de esa ley contractual específica, y creará la obligación de reparación o resarcimiento por parte del responsable.

En conclusión todo acto que realice uno de los contratantes, incumpliendo con lo estipulado y causando daño al otro contratante será un acto ilícito cuya gravedad dependerá de cómo la voluntad del sujeto ha inferido en el acto dañoso.

En materia contractual la responsabilidad civil es considerada de acuerdo al acto de dejar de cumplir con la o las obligaciones pactadas de dar, hacer o no hacer algo. El efecto jurídico del incumplimiento se llama mora y es lo que da lugar al reclamo de daños y perjuicios.

³¹ Código Civil Ecuatoriano, Registro Oficial 46: 24-VI-2005, artículo 1454. A pesar que en el artículo hacen sinónimas las expresiones “contrato” y “convención” cabe mencionar que tratadistas como Alessandri señalan que contrato y convención no es lo mismo, convención es todo acuerdo de voluntades cualquiera que sea su objeto, ya consista en crear, modificar, conservar, transferir o extinguir un derecho. Sólo es contrato la convención creadora de obligaciones; es decir, convención es el género y contrato la especie.

1.4.1.2 El Delito y Cuasidelito Contractual

Constituye delito civil la conducta dolosa, esto es, el hecho dañoso realizado con intención de agraviar a otro; y cuasidelito es el resultado de conductas negligentes, descuidadas, e imprudentes.

Así lo menciona R. Sarmiento al decir que: “Los actos o hechos voluntarios, antijurídicos y que provocan daños a terceros, el derecho civil los llama delitos o cuasidelitos”.³²

Las conductas susceptibles de sanción en materia civil son en definitiva las conductas culposas las que se producen por negligencia, descuido, imprudencia, impericia o por desacatar normas reglamentarias; es decir aquellas conductas que provocan daños y generan responsabilidad civil; bajo esta circunstancia el hecho no debe ser ilícito; basta que provoque daños a terceros para que se haga la inmediata reparación.

En materia contractual, la acción de daños y su reparación se sustentan en el sistema de responsabilidad subjetiva; debiéndose previamente establecer la culpa de quien incumplió el contrato y para eso basta en primer lugar el contexto del contrato, los plazos condiciones allí establecidos para el acreedor; el deudor por su parte deberá probar la inexistencia de culpa, por ejemplo la presencia de factores de fuerza mayor.

1.4.2 Responsabilidad Extracontractual

Esta responsabilidad se refiere a hechos voluntarios fuera de una relación contractual, conductas que pueden expresarse a través de hechos humanos que no necesariamente pueden tener efectos jurídicos determinados, pero que resultan dañosos para una determinada persona,

³² MORÁN SARMIENTO, Rubén, El Daño, edit. Edilex S.A. Quito, 2010, pág. 157

y por lo tanto son susceptibles de reparación. Esta conducta es ilícita, antijurídica, y sin relación contractual.

Rubén Sarmiento citando a Chirori dice:

“La culpa extracontractual es de por sí fuente directa de la relación obligatoria especial causante de la responsabilidad, y por consiguiente el ofendido debe establecer los términos de su razón de crédito por vía de injuria objetiva, la obligación de resarcir depende de la prueba directa de la injuria (objetiva y subjetiva), mientras en el caso de la culpa contractual no se impone tal gravamen al acreedor, puesto que el vínculo preexistente impone el cumplimiento según la naturaleza, y al no hacerlo el deudor está ya presunto en culpa, salvo su derecho a demostrar que en esto no le es imputable defecto alguno de la diligencia que se le impone.”³³

Es decir, en la culpa extracontractual el agraviado debe probar el daño ocasionado mientras que en la culpa contractual, por el vínculo preexistente en el deudor ya se presume la culpa de no haber cumplido con una obligación, y él deberá demostrar de ser el caso que no le es imputable alguna sanción.

1.4.2.1 El Delito y Cuasidelito Extracontractual

El delito extracontractual generalmente responde a hechos del hombre realizados de manera consciente y voluntaria, orientados a propósitos dañosos que lesionan derechos de terceros, y que no se encuentra en una relación contractual.

El cuasidelito se produce por una conducta culposa, esto es por una voluntad sin intención de un propósito dañoso determinado; el cuasidelito se produce por negligencia, descuido o imprudencia del responsable.

³³ MORAN SARMIENTO, Rubén, El Daño, edit. Edilex S.A. Quito, 2010, pág. 173

En conclusión el elemento que caracteriza al delito es la intención de causar daño; en cambio en el cuasidelito a pesar de ser un hecho que genera un daño, es culposos o negligente.

1.5 DIFERENCIAS ENTRE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL.

Para resumir lo dicho anteriormente, señalaré algunas de las diferencias entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual.

- La responsabilidad civil en materia contractual se produce con el retraso o el incumplimiento de un contrato. En cambio en materia extracontractual se da por que se han violentado derechos extracontractuales.
- La responsabilidad contractual se sustenta en el vínculo jurídico que genera la relación contractual; la extracontractual no se sustenta en ningún vínculo voluntario con el agraviado.
- En la contractual el deudor debe probar su no culpabilidad, en la extracontractual los hechos ilícitos debe probar la víctima.
- En la responsabilidad contractual la obligación de indemnizar se produce cuando el deudor está en mora, en la extracontractual surge la obligación de indemnizar cuando se produce el daño.

1.6 TIPOS DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Luis Díez Picasso y Antonio Gullón³⁴ manifiestan que la responsabilidad civil puede tipificarse con arreglo a diferentes circunstancias:

- En primer lugar hay que distinguir una responsabilidad subjetiva y una responsabilidad objetiva. La responsabilidad subjetiva se fundamenta exclusivamente en la culpa. Es objetiva, por el contrario, la responsabilidad cuando se produce con independencia de toda culpa.
- La responsabilidad puede ser directa o indirecta. Es directa la que se impone a la persona causante del daño, y es siempre una responsabilidad por hechos propios. La responsabilidad indirecta se produce si se obliga al resarcimiento a una persona que no es agente del hecho u omisión dañosa, y es por hechos ajenos.
- Se puede diferenciar entre una responsabilidad principal y otra subsidiaria, esta distinción se fundamenta en el modo como se divide el derecho del perjudicado y las obligaciones de los responsables. La responsabilidad principal es aquella que es exigible en primer término. La responsabilidad es subsidiaria cuando el deber impuesto al que es responsable principal no existe, no se cumple o no se puede cumplir.

³⁴ DÍEZ PICAZO L, GULLÓN A. Instituciones del Derecho Civil, Vol I. Edit. Tecnos, Madrid 1995, pág. 825-826.

1.7 REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL.

De la responsabilidad extracontractual surge el daño moral que es tema fundamental del presente trabajo, es por eso necesario que determinemos y analicemos los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual.

Enrique Barros³⁵ determina los siguientes requisitos para que se configure la responsabilidad civil:

- Acción libre de un sujeto capaz
- Realizada con dolo o negligencia
- Que el demandante haya sufrido un daño
- Que entre la acción culpable y el daño exista una relación suficiente para que éste pueda ser objetivamente atribuido al hecho culpable del demandado.

1.7.1 Acción libre de un sujeto capaz

El mismo tratadista Enrique Barros señala a pesar que la culpa civil no implica un juicio subjetivo de reproche al autor del daño, el derecho exige que la acción por la cual el sujeto responde le sea atribuible como su *acción libre*. Este requisito se descompone en lo siguiente:

- a) que el sujeto responsable sea capaz y,
- b) que haya actuado de una manera que resulte imputable a su voluntad.

³⁵ BARROS, Enrique, Tratado de la Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica Chile, Santiago, 2006. Pág. 61

Este principio es asumido por nuestro ordenamiento jurídico que establece como condición de la responsabilidad un acto voluntario de quien resulte obligado. Según el artículo 1461 C.C. “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: que sea legalmente capaz; que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio”.

En consecuencia de lo señalado por nuestro Código Civil, no cualquier persona puede obligarse y por tanto ser responsable civilmente, para esto debe cumplir con dos requisitos fundamentales que claramente se determina en el artículo 1461, primero que sea legalmente capaz y segundo que consienta dicho acto o declaración, lógicamente que esta manifestación de la voluntad no se encuentre viciada .

Enrique Barros señala que la imputabilidad subjetiva del acto supone que el autor tenga algún grado mínimo de aptitud de discernimiento; por eso la capacidad constituye la más básica condición subjetiva de imputabilidad en la responsabilidad civil.

En el artículo 1.462 del Código Civil ecuatoriano dice: “Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces” y en el artículo 1.463 se determina “Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de éstas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos aspectos determinados por las leyes”

Es decir, todas las personas son capaces y por lo tanto pueden ser responsables excepto en los casos específicos de los incapaces absolutos (*los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito*), y bajo ciertas circunstancias en el caso de los incapaces relativos (*los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas*).

Lo que significa, que un hecho voluntario para ser imputado a su autor se requiere adicionalmente que éste tenga una aptitud de discernir lo que es correcto y lo que es riesgoso, por eso la imputación supone que éste tenga discernimiento suficiente, lo que se expresa en el requisito de la capacidad.

El hecho voluntario puede ser descompuesto en dos elementos: uno de carácter externo, consistente en la conducta del sujeto, que expresa su dimensión material; y otro de carácter interno que se refiere a la voluntariedad y muestra su dimensión subjetiva. En su dimensión material, el hecho voluntario se expresa en su comportamiento positivo (la acción) o negativo (la omisión). En su dimensión subjetiva el hecho que da lugar a responsabilidad supone la libertad del sujeto para actuar, la conducta sólo es voluntaria en la medida en que pueda ser imputada a una persona como su acción u omisión libre.

El mismo autor señala que los actos que no están bajo el control de la voluntad son inimputables, de modo similar a lo que ocurre con los actos de los incapaces. En consecuencia no generan responsabilidad los actos que son el resultado de reflejos, los que tienen su causa en enfermedades como la epilepsia, o se realizan a consecuencia de un ataque cardíaco u otra perturbación equivalente.

En el Código Civil ecuatoriano vigente, la responsabilidad puede provenir de un hecho propio, de un hecho ajeno o de un hecho causado por animales o por cosas.

1.7.1.1 Responsabilidad por un hecho propio.

La regla general es que quien tiene capacidad para obrar puede asumir responsabilidad civil.

En el artículo 2214 del Código Civil se señala: “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 le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”.

Otro supuesto de este tipo de responsabilidad se origina por daños causados por bienes propios por ejemplo: cuando se desprende una parte de un edificio y causa lesiones a quien pasa por debajo (artículo 2224 C.C.).

El hecho personal o propio, que también se denomina responsabilidad directa, se da respecto de personas naturales y de personas jurídicas.

a) Responsabilidad de las personas naturales

Para las denominadas personas físicas o naturales, tiene lugar esta forma de responsabilidad directa, o por el hecho propio, siempre que se trate de personas con capacidad plena o relativa, porque según el artículo 2.219 del Código Civil: "No son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años, ni los dementes; pero serán responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiera imputárseles negligencia".

b) Responsabilidad de las personas jurídicas

En el derecho moderno las personas jurídicas responden de manera directa por el hecho ilícito civil, es decir, como si fuese la entidad misma que actuara, cualquiera que sea el rango de su dependiente o agente que incurra en ese hecho. Así lo menciona Arturo Barcia López³⁶, quién señala que no siempre fue así, pues la doctrina y la jurisprudencia evolucionaron desde una primera tesis, atribuida a Savigny, de la irresponsabilidad civil y penal de las personas jurídicas, debido a su condición inmaterial o de ficción, respecto de la cual no se podían ejecutar sanciones o consecuencias jurídicas.

Técnicamente las personas jurídicas tienen voluntad, la que se expresa por quienes forman parte de sus órganos o actúan como sus representantes, así lo determina el artículo 569 del C.C., "La mayoría de los miembros de una corporación, que tengan según sus estatutos, voto deliberativo, será considerada como una sala o reunión legal de la corporación entera. La

³⁶ BARCIA LÓPEZ, Arturo, Las Personas Jurídicas y su Responsabilidad Civil, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1922.

voluntad de la mayoría de la sala es la voluntad de la corporación” De este modo las personas jurídicas pueden ejercer derechos y contraer obligaciones civiles.

Enrique Barros, destaca que las personas jurídicas al igual que las personas naturales responden civilmente por los hechos que les son imputables personalmente; responden además, por el hecho ajeno cometido por sus dependientes.

De igual forma menciona, que la responsabilidad por el hecho propio se da cuando por la actuación de sus órganos y representantes compromete patrimonialmente en forma directa y personal a la persona jurídica. Pero también, puede darse por constituido un hecho propio en situaciones en que no se conoce concretamente la persona natural que ha actuado con culpa, pero el comportamiento de su organización en conjunto se muestra negligente.

En organizaciones empresariales complejas, esta culpa en organización es una manera de hacer valer la responsabilidad en situaciones de incertidumbre acerca del agente individual del daño, pero en las que existe certeza de que ha habido una conducta negligente atribuible al conjunto de la organización.

1.7.1.2 Responsabilidad por hechos ajenos.

Este tipo de responsabilidad se encuentra consagrada en el artículo 2220 del Código Civil, estableciendo que “Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de los que estuvieren a su cuidado”.

La responsabilidad puede tener su origen en actos de otra persona, por la que debemos responder: un padre es responsable de los daños y perjuicios que cause su hijo menor de edad, un empresario por los que causen sus empleados, así los dispone los artículos 2221 y 2222 del cuerpo legal antes mencionado.

El artículo 2221 C.C. señala: “Los padres serán siempre responsables de los delitos o cuasidelitos cometidos por sus hijos menores, y que conocidamente provenga de la mala educación, o de los hábitos viciosos que le han dejado adquirir.”

El artículo 2222 C.C. menciona que: “Los empleadores responderán de la conducta de sus empleados domésticos, en el ejercicio de sus respectivas funciones; y esto aunque el hecho de que se trate no se haya ejecutado a su vista”

En el caso de los dementes, de los infantes o menores sin discernimiento³⁷, sus actos no son ilícitos por lo que la responsabilidad no proviene del acto del incapaz sino de la negligencia o culpa del responsable a su cuidado, así lo determinan los artículos 2219 y 2220 del Código Civil.

Asimismo, se es responsable por los daños y perjuicios que originen los animales de los que se sea propietario, así se determina en el artículo 2226 del Código Civil.

“El dueño de un animal es responsable de los daños causados por éste, aún después que se haya suelto o extraviado; salvo que la soltura, extravío o daño no puedan imputarse a culpa del dueño o del encargado de la guarda o servicio animal.”

De lo expuesto, se concluye que no sólo se es responsable por los hechos propios, sino también por hechos ajenos en los casos previstos en la ley, y que éste tipo de responsabilidad se da cuando el daño o perjuicio causado no tiene su origen en una relación contractual, sino en cualquier otro tipo de actividad.

³⁷ **Los niños** (menores de 12 años) de acuerdo con el Art. 66 del CNA, están exentos de responsabilidad jurídica; los actos y contratos que se celebren con niños carecen de validez, sin embargo, por sus hechos y actos dañosos, responderán civilmente sus progenitores o guardadores en los casos y formas previstos en el Código Civil. **Los adolescentes** (mayores de 12 y menores de 18 años) de acuerdo con el Art. 66 del CNA, son responsables por sus actos jurídicos. Su responsabilidad civil por los actos o contratos que celebren se hará efectiva sobre su peculio profesional o industrial o sobre los bienes de la asociación que representen de acuerdo.

1.7.2 Realizada con Dolo o Culpa

Enrique Barros señala, que la diferencia específica entre la responsabilidad civil objetiva y subjetiva es que mientras la responsabilidad objetiva atiende al resultado, la responsabilidad subjetiva atiende a la conducta de quien provoca el daño.

Esta conducta puede adoptar dos formas; es ilícita la conducta que resulta de la intención de causar daño (en cuyo caso se incurre en dolo). Pero la ilicitud también puede tomar otra forma y es la de una falta al deber de cuidado (que es llamada simplemente culpa o negligencia.)

El Código Civil ecuatoriano en el artículo 29 distingue 3 especies de culpa o descuido:

“Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. (...).

Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. (...).

El dolo por otro lado, consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad del otro, es decir, es el propósito deliberado de perjudicar a otros, es la intención de engañar o de mantener en error a la persona con la cual se está negociando un beneficio propio en perjuicio del otro.

En conclusión la persona que sea responsable del cometimiento de un hecho o acto ilícito propio o ajeno con dolo o culpa deberá reparar el daño causado.

1.7.3 Que el demandante haya sufrido un daño

1.7.3.1 Concepto de Daño

Enrique Barros, en su obra Tratado de Responsabilidad Extracontractual, señala que en el derecho romano clásico no se conoce un concepto general de daño (como tampoco de culpa). El concepto de daño recién aparece en el derecho romano del Medioevo. En general la doctrina sigue un concepto de daño basado en la lesión a un interés del demandante, y se entiende que lo hay cuando una persona sufre “un pérdida, disminución, detrimento o menoscabo en su persona o bienes o en las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que gozaba”³⁸

Nuestro Código Civil, no define lo que es el daño pero se refiere expresamente a él en el artículo 2214, cuando se refiere a los delitos y cuasidelitos y dice: “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 le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”. (Negrillas fuera de texto).

Existen diferentes tipos de daños que pueden adoptar la forma de menoscabos materiales o inmateriales. Así por ejemplo, la contaminación de una fábrica, un atasco en una autopista, incluso la celebración de una fiesta en nuestro departamento puede causar daños como consecuencia del excesivo ruido a nuestros vecinos.

Fácilmente se puede apreciar que al Derecho no le interesan todos los daños susceptibles de producirse en la vida cotidiana, sino que, muy al contrario, el ordenamiento jurídico selecciona o discrimina ciertos perjuicios para atribuirles unos determinados efectos.

³⁸ BARROS, Enrique, Tratado De La Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica Chile, Santiago, 2006. Pág. 220

El criterio determinante de dicha selección es la cuestión que debemos resolver, con el objeto de alcanzar un concepto de daño jurídicamente relevante, porque teniendo en cuenta simplemente el dato de que “un mismo hecho dañoso puede en ocasiones dar lugar a responsabilidad civil y otras veces no”³⁹, podemos afirmar que no existe un concepto de daño en sentido jurídico que derive de su propia naturaleza, sino que, por el contrario, el carácter jurídico del daño viene dado por circunstancias extrínsecas a él. En consecuencia, es necesario determinar cuáles son dichas circunstancias.

1.7.3.2 El Daño Jurídicamente Relevante

Manuel Busto,⁴⁰ citando a De Cupis, afirma que el daño tiene la consideración de hecho jurídico en tanto sea causa de efectos jurídicos. Como hecho jurídico el daño no pierde su esencia física o de hecho apreciable como fenómeno natural, pero a ésta se añade la jurídica, razón por la cual aparecen dos elementos que constituyen a integrar su estructura:

1. El elemento material o substancial: constituido por el hecho físico y que representa su núcleo interior.
2. El elemento formal: proveniente de la norma jurídica, representado por la acción suscitada en el ordenamiento jurídico a consecuencia de la perturbación provocada en el equilibrio social y la alteración perjudicial de un interés jurídicamente tutelado.

³⁹ ATAZ LÓPEZ, J., Los médicos y la responsabilidad civil, Madrid, 1985, pág. 321.

⁴⁰ MANUEL BUSTO, J., La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual, edit. Tecnos, Madrid 1998, pág. 40

El menoscabo patrimonial o extrapatrimonial, integra la categoría del daño jurídicamente relevante , una vez que es considerado por la norma y ésta le otorga unos efectos jurídicos determinados.

Cualquier deterioro o pérdida patrimonial o extrapatrimonial, una vez que es tomada en consideración por el Derecho, es jurídicamente relevante y reclama la aplicación de las consecuencias jurídicas idóneas previstas por el mismo.

El daño para ser indemnizado tiene que ser cierto,⁴¹ no simplemente eventual ni hipotético o conjetural, ya que estas cualidades demuestran que todavía no ha nacido, el simple peligro no otorga derecho a reclamar indemnización; es indispensable que exista evidentemente el menoscabo, de tal manera que el perjuicio real y efectivo que afecta a la víctima sea apreciado por el juez al instante de pronunciar su sentencia, puesto que el lesionado tiene que acreditar haberlo sufrido.

En consecuencia, se podría afirmar que el daño es el elemento principal de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual.

⁴¹ La jurisprudencia ecuatoriana ha establecido que: “El daño es jurídico y, como tal, será reparable cuando sea cierto. La certeza de su existencia es un presupuesto indispensable, pues el daño a los efectos de la responsabilidad es aquel cuya existencia se ha probado acabadamente. Los que son hipotéticos o eventuales no son resarcibles. En materia de daños es insuficiente alegar un perjuicio en abstracto o una mera posibilidad; es necesaria la prueba del perjuicio real y efectivamente sufrido; los daños que no se han demostrado procesalmente, con elementos de convicción que exteriorizan un efectivo perjuicio, no existen jurídicamente.” *Fallo de casación ante el recurso interpuesto por el Comité Delfina Torres Vda. de Concha, de la sentencia dictada por la Sala única de la ex Corte Superior de Justicia de Esmeraldas, dentro del juicio ordinario que, por indemnización de daños y perjuicios, propuso contra Petroecuador y otros*, cit., p. . 3024.

1.7.3.3 Clases de perjuicio o daño:

Entre las principales clases de daño tenemos:

1.7.3.3.1 Daño Patrimonial

Históricamente el afán por lo económico, viene de la mano con el concepto hombre-propietario; la sed de riqueza hace que todo se someta al criterio económico, de manera que cualquier daño, se lo analiza en consideración al efecto patrimonial, que sufra el ofendido; el valor de sus bienes patrimoniales lesionados que en gran medida son los derechos individuales, y que se sustentan en valoraciones económicas.

Son daños patrimoniales, aquellos que afectan bienes que tienen un significado económico, que se expresa en un valor de cambio. Es daño patrimonial el que se traduce en una disminución del activo (en razón de la destrucción o deterioro de una cosa, de gastos en que la víctima debe incurrir, o por cualquiera otra pérdida patrimonial), o por que el hecho del responsable ha impedido que el activo se incremente (como ocurre con la paralización de una actividad empresarial o con la incapacidad laboral). La disminución del activo da lugar a un daño emergente, y la imposibilidad de que se incremente, a un lucro cesante.”⁴²

El artículo 1.572 del Código Civil, establece los dos elementos que integran el daño patrimonial, y éstos son: el daño emergente, que es el perjuicio efectivamente sufrido o empobrecimiento real del patrimonio, y el lucro cesante que es la ganancia que se dejó de percibir a consecuencia del acto ilícito. El mismo artículo señala que existe el derecho a la indemnización por daño emergente y lucro cesante a menos que la ley limite al daño emergente.

⁴² Barros, Enrique, Tratado De La Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica Chile, Santiago, 2006. Pág. 231

Por ejemplo, un taxista a quien otra persona le destruye el taxi. En este caso el daño emergente es el valor o precio del taxi. Quien le destruyó el taxi tendrá que indemnizarlo por el valor del taxi, o el monto de su reparación si ésta es posible.

Ahora, ese taxista como consecuencia de la destrucción de su taxi dejó de percibir ingresos, de suerte que esos ingresos dejados de percibir por el taxista al no tener ya su medio de trabajo, constituye el llamado lucro cesante, el cual en muchos casos puede ser superior al mismo daño emergente, dependiendo claro está, del tiempo que transcurra entre la destrucción del taxi y la reparación del daño, de manera tal que le permita nuevamente obtener ingresos. Obviamente, en la realidad los casos son más complejos, pero este ejemplo, nos sirve para diferenciar el daño emergente y el lucro cesante.

Para que haya lugar a la reparación de este tipo de perjuicio, deben existir los siguientes requisitos: el perjuicio debe ser cierto; el perjuicio debe ser subsistente, es decir que no debe haber sido reparado ya, el daño debe ser personal y debe afectar un interés legítimo.

En el ejemplo propuesto, el daño es cierto ya que efectivamente existe la destrucción de un bien en este caso el taxi, la víctima no ha sido indemnizada anteriormente por lo que el perjuicio es subsistente, y en este caso el propietario del bien es quien ha sufrido un daño y por lo tanto es quién debe reclamar su reparación.

1.7.3.3.2 Daño No Patrimonial o Moral

Es una tendencia del derecho social cuya valoración es tutelar el mundo íntimo del hombre; los valores que rodean a su personalidad moral; los daños que resulten por atropellar esos valores del individuo no tienen una apreciación, ni valoración tangible; pero para el individuo quizás dependiendo de su formación es la parte más valiosa de su patrimonio; ese patrimonio

no es negociable como cualquier bien material, y el agraviado deberá estar atento para hacer valer su derecho y defender su valor moral frente a cualquier agresión.

El honor, el buen nombre, su imagen, su reputación, todo esto constituye el mundo moral del hombre; cualquier afectación a esos elementos genera lo que se llama daño moral.

El daño material y el daño moral; patrimonial y no patrimonial (en cuanto no se lesiona un bien material) son parte de un todo, que casi generalmente se afectan al unísono, salvo situaciones excepcionales; no solamente tratándose del daño moral, significa para el hombre sufrimientos, angustias, depresión que son los resultados, todos inmateriales pero puede resultar un trastorno físico grave en el hombre, como un ataque al corazón motivado por la depresión y angustia a consecuencia del agravio físico; así mismo, un hombre al que arrebatan los ahorros de su vida, con los que pensaba solventar necesidades urgentes como adquirir una casa para su familia; ese hecho material le provoca un trastorno moral innegable; de manera que los límites que separan los efectos del daño, en cuanto a uno y otro bien, son tan sutiles, que nos permite concluir que salvo excepciones, todo daño material puede implicar un daño moral a su vez en la persona.

Rubén Morán citando a Rubén Stiglitz, señala que el daño o perjuicio moral es el menoscabo o pérdida de un bien que lesiona a un interés amparado por el derecho de naturaleza extrapatrimonial.⁴³

En el artículo 2231 y siguientes del Código Civil ecuatoriano manifiesta que el daño moral se encuentra regulado de la siguiente forma “Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral.”

En conclusión, daño patrimonial es el que recae sobre el patrimonio, ya sea en forma directa sobre las cosas que lo componen o indirecta como consecuencia o reflejo de un daño causado

⁴³ Rubén Moran Sarmiento, El Daño, edit. Edilex S.A. Quito, 2010, pág. 84

a la persona misma, en sus derechos o facultades: así, es daño material o patrimonial directo el que sufren bienes económicos destruidos o deteriorados; y daño patrimonial indirecto, por ejemplo, los gastos realizados (daño emergente) para la curación de las lesiones corporales, o las ganancias que se frustran (lucro cesante) por la incapacidad para el trabajo sobrevenida a la víctima, así será daño patrimonial y no moral, el perjuicio económico por las lesiones deformantes sufridas en el rostro por una modelo, o las lesiones en la capacidad física de un deportista profesional; por el contrario, el daño moral es aquel que vulnera o lesiona los afectos o los derechos más íntimos del ser humano, es decir en los ejemplos anteriores las lesiones provocadas en el rostro de la modelo y en el deportista, el dolor, el sufrimiento, la frustración de no poder ejercer su profesión como lo venían haciendo, a eso es lo que llamamos daño moral, que por ser componente indispensable en el trabajo investigativo se profundizará en el siguiente capítulo.

CAPITULO II

DAÑO MORAL

Como mencionamos en el capítulo precedente, de la responsabilidad extracontractual surge el daño moral⁴⁴, es decir, como resultado de la acción de una persona, que con intención o sin ella, por hechos propios causa agravios a los derechos personalísimos de otra; no viola una obligación predeterminada en una relación contractual, sino una manifestación de conducta, que está orientada a perjudicar en los afectos íntimos de otra. En esta clase de daño es importante probar por parte del perjudicado los agravios sufridos y el hecho o acto dañoso propiamente dicho, estableciendo la relación de causa y efecto con el autor del acto ilícito, y lo más importante la culpa o dolo; por otro lado éste podría demostrar la ninguna relación con el hecho, lo que podría significar la imputabilidad.

Respecto del daño moral el tratadista Enrique Barros⁴⁵ señala que la dificultad de expresar el alcance y contenido de daño moral se muestra en la diversidad de denominaciones en las principales tradiciones jurídicas. En el derecho del common law se suele hablar de *daños no pecuniarios*, en el derecho alemán se conserva la denominación de *Schmerzensgeld* (daño por

⁴⁴ Autores como Enrique Barros y Rubén Moran consideran que el daño moral no sólo es producto de la responsabilidad extracontractual sino que también puede producirse por el incumplimiento de un contrato, como en el caso que una persona adquiriera una casa para realizar un encuentro familiar en determinada fecha (estipulada en el contrato), el vendedor no entrega la casa en la fecha convenida y se frustra la reunión familiar convocada para esa fecha, en este caso Rubén Moran dice que no ha habido un daño patrimonial del comprador, pero sí, una afectación a la motivación espiritual que significaba programar una reunión familiar con los parientes que vienen desde lejos y dejarlo de realizar por el incumplimiento de un contrato.

⁴⁵ Barros, Enrique, Tratado De La Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica Chile, Santiago, 2006. Pág. 286

el dolor). De igual forma el mismo tratadista señala que la doctrina también suele hablar de daños ideales, que afectan bienes de la vida carentes de valor patrimonial, como son el equilibrio espiritual, la ausencia de dolor o angustia y la alegría de vivir.

Por lo que podríamos decir, que en el plano de la responsabilidad civil se habla de daño moral en oposición al daño económico o patrimonial. Es decir, daño moral “es la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre como son la libertad, la tranquilidad, el honor, la dignidad, el buen nombre y los más sagrados afectos; es el quebranto la privación o disminución de aquellos bienes que tienen valor fundamental en la vida del hombre”.⁴⁶

2.1 NOCION DEL DAÑO MORAL

Jorge Mosset⁴⁷ hace una diferenciación respecto de las nociones sobre el daño moral que se encuentran en la doctrina.

2.1.1 La noción por exclusión:

Son daños morales aquellos que no pueden ser considerados daños patrimoniales.

⁴⁶ MORÁN SARMIENTO, R. 2010, EL DAÑO-Aspectos Sustantivos y Procesales-, Edit. Edilex, Quito pág. 84.

⁴⁷ MOSSET ITURRESPE, J Responsabilidad por daños, edit, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires-Areentina pág. 111.,

“El daño moral es aquel que consiste en la agresión a algunos de los derechos extrapatrimoniales o de familia propiamente, y que autoriza para demandar una indemnización satisfactiva, que el Juez fijará conforme a equidad”⁴⁸

Adicionalmente Fueyo Laneri menciona que la señalada definición no excluye que, de hecho, se acumulen factores especiales, como los del interés, del dolor u otros. El concepto de daño moral y la fijación del monto de la reparación se encuadran en torno a la variabilidad, dependiendo del orden público o las buenas costumbres que rigen en un lugar y tiempo determinado. Por lo mismo es que se advierten diferencias notables entre lo que se decide como daño moral según el país de que se trate.

Esta misma línea de pensamiento mantiene Alberto Bueres⁴⁹ que lo define como menoscabo o pérdida de un bien, en sentido amplio, que irroga una lesión a un interés amparado por el derecho de naturaleza extrapatrimonial.

Como descata J. Mosset, en esta corriente se encuentran un buen número de seguidores, inspirados en la doctrina francesa, influenciados por el Proyecto de Código francoitaliano de las obligaciones “Perjuicio moral es aquel que no atañe en modo alguno al patrimonio y causa tan sólo un dolor moral a la víctima.”⁵⁰

En conclusión, esta doctrina claramente determina que daño moral es aquel que nada tiene que ver con el patrimonio, es un daño directo a la moral de la persona.

⁴⁸ FUEYO LANERI, El Daño Extrapatrimonial y su indemnización especialmente en materia contractual, Santiago de Chile, 1996

⁴⁹ BUERES, Alberto “Responsabilidad Civil de los médicos” vol. 1 Edit. Hammurabi, 1992, segunda edición, pág. 154.

⁵⁰ MOSSET ITURRESPE, J. Responsabilidad por daños, edit, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires-Arentina pág. 113.

2.1.2 Noción que atiende al interés comprometido:

Este criterio se basa en la postura de De Cupis:

“El interés privado se distingue según el punto de referencia objetivo a bienes patrimoniales, o en bienes no patrimoniales, por lo que correlativamente se considera como interés patrimonial o no patrimonial. De esta forma el daño privado se definirá como patrimonial, según tenga por objeto o el interés privado patrimonial o un interés privado no patrimonial”⁵¹.

En la doctrina argentina encontramos a Zannoni citado por Mosset, señalando lo siguiente:

“Denomínese daño moral –o agravio moral- al menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocados por el evento dañoso, es decir por el hecho o acto antijurídico”, y agrega: *“La noción se desarrolla en base a los siguientes presupuestos: la naturaleza del interés lesionado y la extrapatrimonialidad del bien jurídico afectado”*⁵². De esta postura podemos destacar que si bien mantiene la alusión que el daño moral “no es un daño patrimonial” pone en manifiesto que se trata de una “lesión de interés”.

2.1.3 Noción que atiende a la naturaleza de los derechos lesionados:

Mosset, menciona que uno de los principales representantes de esta teoría fue Coviello, quien aludía a los bienes no materiales, como la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad

⁵¹ DE CUPIS, El Daño, Teoría General de la Responsabilidad Civil, 2da edición, Edit. Bosch, Barcelona, pág. 120

⁵² MOSSET ITURRESPE, J, Responsabilidad por daños, edit, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires-Arentina pág. 115.

individual, el honor, etcétera., “*que tienen quizás un mayor valor para el bienestar y la felicidad del hombre*”⁵³

Igualmente, Mosset citando a Trigo Represas señala que: “Daño moral es el que se infiere al violarse alguno de los derechos personalísimos, o de la personalidad, que protegen como bien jurídico los atributos o presupuestos de la personalidad del hombre: la paz, la vida íntima, la libertad individual, la integridad física.”

Brebbia ⁵⁴ al igual que los demás, afirma que daño moral son aquellos daños producidos a raíz de la violación de alguno de los derechos inherentes a la personalidad.

Es decir, esta noción parte de los derechos afectados, no se limita a determinar si el daño moral es un daño patrimonial o no patrimonial, sino que va más allá y busca determinar qué derechos personalísimos han sido vulnerados.

En conclusión, de las nociones revisadas respecto del daño moral, a mi criterio la tercera para mí es la más aceptada, puesto que un daño moral efectivamente es aquel que amedrenta contra aquellos derechos estrechamente ligados a la persona; este lineamiento se perfila más en el sentido de determinar los derechos afectados, dejando de lado a la mera referencia de lo no patrimonial.

2.2 CARÁCTER PERSONALÍSIMO DEL DAÑO MORAL

Es importante señalar que el daño moral, no se trata en rigor de un perjuicio que afecte o menoscabe la moral de una persona; tampoco de una lesión a los principios morales o a la conciencia. Si así fuera se trataría de un daño extraño al Derecho, o ubicado fuera del

⁵³ Ibídem pág. 116.

⁵⁴ BREBBIA, Roberto El Daño Moral, editorial Bibliográfica Argentina, Argentina, pág 76.

mismo. El denominado daño moral, es un daño jurídico; que afecta bienes que son propias del Derecho y no de la moral.

En virtud de lo mencionado, es importante que se hable sobre el carácter personalísimo o inherente a la persona que reviste el daño moral, y, por ende, la acción tendiente a la percepción de la indemnización.

Fernandez Sessarego, al respecto dice que es necesario revisar la cuestión de los derechos del hombre como persona y no restringir la tutela de la persona a la reparación del daño una vez que éste se haya producido sin haber previsto como evitarlo.⁵⁵

De esta opinión tenemos dos situaciones importantes:

- a) La consideración del hombre en sus derechos personalísimos que son consustanciales a su vida y a los más íntimos valores de su naturaleza; y,
- b) La prevención y las medidas adecuadas.

Esto supone asegurar la dignidad y el respeto del hombre como ser humano, y no solamente como trabajador, consumidor, etc., éstos derechos se refieren entre otros al derecho a la vida, a su integridad física, a la integridad espiritual, a los derechos a la intimidad, etc.

Por tanto se puede afirmar que se ha incorporado a nuestro sistema legal el daño moral con la finalidad de prevenir y sancionar los daños que sufre el individuo en sus sentimientos y en general en sus derechos personalísimos; es una de las formas en las que se tiende a proteger el nombre, la dignidad, el honor del individuo, valores que incuestionablemente no tienen una expresión económica tangible, pero que la ley se encarga de promover su reparación pecuniaria a cargo del autor del hecho dañoso.

En el artículo 2232 de nuestro Código Civil dice: “están especialmente obligados a esta reparación quienes (...) manchen la reputación ajena mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentado contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o procesamientos injustificados, y, en

⁵⁵ Fernández Sessarego, La Noción Jurídica De Persona, Segunda Edición, Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1968, 67

general **sufrimientos físicos o psíquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes**” (negrilla fuera de texto).

En el artículo 2233 *ibídem* se señala que “la acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal. Más en el caso de imposibilidad física de aquella podrán ejercerla su representante legal, cónyuge o parientes hasta segundo grado de consanguinidad. (...) Cuando el daño moral afecte a las instituciones o personas jurídicas, la citada acción corresponderá a sus representantes”

Lo que significa que solamente pueden reclamar daño moral las personas directamente afectadas y en casos excepcionales el cónyuge y los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, y en caso de personas jurídicas el representante legal, lo que muestra claramente el carácter personalísimo de esta institución.

2.3 EVOLUCIÓN DEL DAÑO MORAL

El daño moral, como daño jurídico, se ubica en el campo de la responsabilidad civil, de manera definitiva, clara y sin contradicciones. “Ello es el resultado de una larga evolución a partir del Derecho antiguo, en el cual aparecían confundidos los ámbitos civil y penal de la responsabilidad”⁵⁶.

El carácter religioso y colectivo de la responsabilidad fueron las características en Israel: la violación a la ley era esencialmente un pecado y configuraba, a la vez, un crimen y un acto de responsabilidad civil. Esta violación exige un castigo, de una gravedad que tiene en cuenta la dignidad del pecador.

⁵⁶ MOSSET ITURRESPE, J. Responsabilidad por daños, edit, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires-Argentina pág. 67

En el derecho romano la sanción civil aparece mezclada o por lo menos indiferenciada con la sanción penal; las consecuencias de los delitos, sean delitos o cuasidelitos, son el castigo del autor y el resarcimiento del daño a la víctima.

El proceso de reconocimiento de la autonomía de la responsabilidad civil respecto de la penal se produce en Francia, a través de una lenta evolución, con comienzos a inicios de la Edad Media, el proceso culmina cuando se admite la existencia de la responsabilidad civil, sin que sea presupuesto la demostración de la infracción penal.

2.3.1 El daño moral en Ecuador

En nuestro sistema jurídico, el 27 de febrero de 1984 el doctor Gil Barragán Romero envió al Presidente del Congreso Nacional el proyecto de "Ley sobre la reparación de daños morales".

En la exposición de motivos podían leerse los siguientes criterios:

- "Toda indemnización de perjuicios considera la existencia de daños materiales que se hubieren producido".
- "Sin embargo, numerosas situaciones de la vida provocan daños morales que, conforme a nuestra legislación quedan sin posibilidad efectiva de reparación".
- "Puede causarse daño a las facultades espirituales, a los efectos o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad, como el dolor o sufrimiento de un individuo con una herida, lesión, cicatriz o deformidad; como su desprestigio por difamación o menosprecio; como el atentado a sus creencias; su detención o prisión injustificadas o su procesamiento en igual caso. . .".

– "Las legislaciones cada vez más, consideran la reparación sobre daños morales. La indemnización no representa en estos casos equivalencia sino compensación o satisfacción".

Pero no puede quedar sin sanción un hecho ilícito que ha inferido una molestia o dolor a otro y que es irremediable, cuando consiste en algo que no puede rehacerse, como cuando se mata a una persona, se le hace perder un brazo, se destruye una obra de arte".

La legislatura recogió la iniciativa y expidió la Ley 171, que fue sancionada por el Ejecutivo el 13 de junio de 1.984 y promulgada en el Registro Oficial el 4 de julio del mismo año, reformándose el Código Civil de la siguiente manera:

- a) Se estableció claramente que, aparte de la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, estaban obligados a la reparación quienes causaren "daños morales",
- b) El juez debía valorar la indemnización una vez justificada la "gravedad particular" del perjuicio sufrido y de la falta cometida,
- c) Se determinó quienes podían demandar la reparación particularizándose que las instituciones también podían ser afectadas, actuando en tal caso sus representantes legales; y,
- d) Se aclaró que las -indemnizaciones por daño moral eran independientes de las que por muerte, incapacidad para el trabajo u otras causas semejantes regulan otras leyes.

De lo mencionado, nos damos cuenta que la intención del doctor Gil Barragán, fue la incorporación de nuevas normas que amplíen la acción de las indemnizaciones, establecidas hasta aquél entonces a reparar los daños materiales (daño emergente y lucro cesante) y el daño moral cuando existían lesiones contra la honra o el crédito de una persona. Es decir, que hasta 1984 si existía la posibilidad de reclamar indemnización por daños morales, pero se encontraba únicamente limitada a la reparación de la honra. El proyecto de Barragán

definía como daño moral a todo aquello capaz de producir "sufrimientos físicos, angustia, ansiedad, humillaciones y ofensas semejantes".

2.4 LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL EN RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

2.4.1 La carga de la actividad probatoria en general

La prueba es la acreditación fehaciente a través de los medios que la ley franquea de los hechos de relevancia jurídica que las partes alegan en los escritos fundamentales de la etapa de discusión.

En general se sostiene que corresponde acreditar los hechos a quien los alega. De esta forma la carga de la prueba o el onus probandi será deber de quien invoca los hechos jurídicos que conforman la controversia. Así el artículo 113 Código de Procedimiento Civil, dispone “Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente, en el juicio (...).”

Lo anterior implica que la acreditación de las afirmaciones contenidas en la demanda, que constituyen una pretensión jurídica, serán de parte del demandante. A su turno, la acreditación de los hechos extintivos, impeditivos y modificatorios de esta pretensión jurídica, contenidos en la excepción (es) o defensas, serán carga del demandado. El artículo 114 *Ibíd*em dice: “Cada parte está a probar los hechos que alega, excepto los que se presume conforme a la ley. Cualquiera de los litigantes puede rendir pruebas contra los hechos propuestos por su adversario.”

El fundamento del onus probandi radica en un viejo aforismo de derecho que expresa que "lo normal se presume y lo anormal se prueba". La lógica jurídica que cimienta este principio radica fundamentalmente en un tema de justicia material. En efecto, las personas se desenvuelven y desarrollan en sociedad y conviven a partir de normas sociales. Eso es lo normal, eso es lo común. Cuando las personas recurren a los Tribunales de justicia debido a una controversia jurídica, esto es al esclarecimiento de hechos jurídicos auto atribuidos y que se oponen, se introducen en el mundo judicial del derecho y se someten estrictamente a sus reglas. Así en virtud de las reglas del Onus Probandi, quien invoca algo que rompe el estado de normalidad, debe probarlo ("affirmanti incumbit probatio": o a quien afirma, incumbe la prueba).

Felipe Betancourt,⁵⁷ menciona que la carga de la prueba se puede apreciar desde dos dimensiones:

- a) Dimensión Ontológica o del Ser. Perspectiva desde la cual la carga de la prueba debe aquilatarse respecto de la naturaleza de las cosas. De esta forma se presumen determinados hechos sobre la base de las cualidades que generalmente tienen las personas, cosas o fenómenos y en consecuencia debe probarse lo contrario, por ejemplo, si se presume la inocencia de las personas, es porque éstas generalmente no cometen delitos y en consecuencia lo extraordinario sería que sí los cometan, siendo lo extraordinario lo que debe probarse frente a lo ordinario que es lo que se presume. Del mismo modo, si debe probarse la existencia y extinción de las obligaciones, es porque, lo normal es que las personas en la sociedad no se encuentren relacionadas a través de vínculos jurídicos, sino más bien relaciones sociales, de familia, de amistad y de vecindad.

- b) La Dimensión Lógica o de Facilitación de la Prueba. Teniendo presente que el onus probandi es una carga para quien recurre a Tribunales a objeto de obtener la

⁵⁷ Betancourt, Felipe (PONENCIA UNIVERSIDAD GABRIELA MISTRAL, 28 DE SEPTIEMBRE DE 2007, INVITACIÓN A JORNADAS DE DERECHO CIVIL) http://www.byvabogados.cl/sep07_qua.html

declaración de un derecho, el ordenamiento jurídico debe propender a facilitar la actividad del ciudadano, por lo que se considera que es más fácil probar las afirmaciones positivas que las afirmaciones negativas, de modo tal que quien hace una afirmación positiva tiene que probarla frente al que hace una afirmación negativa (proponer lo contrario es lo que se denomina prueba inquisitorial o diabólica).

Tal y como lo definiera el jurista Eduardo Couture en su obra “Fundamentos de Derecho Procesal Civil”⁵⁸, en una dimensión netamente procesal la carga de la prueba es “la conducta impuesta a uno o a ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos”.

Las reglas de la prueba se ordenaron sobre un esquema básico de reparto y así, se sostuvo, que los hechos constitutivos debían ser probados por el actor y los hechos impeditivos, modificativos o extintivos debían estar a cargo del demandado.

Con el devenir del tiempo y en especial atención que nos encontramos frente a una ciencia social, por tanto perfectible, la doctrina procesal ha ido incorporando conceptos de distribución equitativa de la carga probatoria, eficacia, solidaridad y deber de cooperación con el órgano juzgador.

El fundamento mismo de la finalidad del debido proceso, racional y justo, requiere –en el ámbito del esclarecimiento probatorio- la conjugación de la labor de los sujetos procesales, a los cuales, sin exclusión, les incumbe en concreto, hacerlo adecuadamente, es decir, a través de una actitud útil según sus posibilidades reales de actuación lo que significa el no incurrir en una posición abusiva por omisión en la producción de la prueba.

⁵⁸ COUTURE, Eduardo, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Editorial Roque Depalma, Buenos Aires, pág. 68.

En conclusión, procurando el respeto del debido proceso, la carga de la actividad probatoria debiera ser compartida, cimentarse en el principio de colaboración y solidaridad de las partes con el órgano jurisdiccional, pues el fin último de la actividad jurídica procesal es el valor supremo de la Justicia. Si el ordenamiento jurídico no permite o no contempla herramientas jurídicas para propender a un sistema subsidiario probatorio de carácter dinámico, la doctrina, la jurisprudencia y la labor de los abogados debe propender, a lo menos, de igualar la posición de las partes en cuanto a la carga de la prueba.

Las personas que recurren a los tribunales a la declaración y reconocimiento de un derecho no deben ver entorpecida su búsqueda de justicia por trabas procesales de la producción de la prueba. Esto es aún más importante y delicado en cuanto al amparo de los derechos de individuos que habitan bajo la tutela de un Estado Social de Derecho⁵⁹, cuando el que recurre ante el órgano jurisdiccional es una víctima de un delito o cuasi-delito civil, o cuando el recurrente es un sujeto con condiciones económicas, sociales y/o culturales inferiores al demandado.

2.4.2 Posición de la víctima frente a la acreditación de la responsabilidad extracontractual.

La responsabilidad extracontractual implica la obligación que pesa en una persona de indemnizar el daño sufrido por otra. Y la indemnización se define como la cantidad de dinero que una persona está obligada a pagar a otra por el daño que se le ha causado.

Más allá de las extensas discusiones doctrinarias en relación a las fuentes de las obligaciones que se encuentran subsumidas en el sistema de responsabilidad

⁵⁹ El artículo 1^{ro} de la actual Constitución de la República del Ecuador dice: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático e independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico (...).”

extracontractual, interesa destacar que en esta materia no existe una obligación jurídica que de nacimiento a un vínculo jurídico pre existente entre el causante del daño y la víctima, sino lo que sustenta esta relación causal es un deber general impuesto por la sociedad a todas las personas, se trata del deber general de no dañar.

La acreditación de la responsabilidad en la que ha incurrido el sujeto pasivo de la acción, es muy distinto en cuanto a la dificultad probatoria por parte de la víctima si nos encontramos ante un sistema objetivo de responsabilidad o ante un sistema subjetivo de responsabilidad.

En efecto, la gran diferencia está principalmente en la necesidad de acreditación del factor de atribución del ofensor, es decir, la culpa o dolo con que actuare el victimario en la ejecución de la acción u omisión dañosa.

La regla general en nuestro ordenamiento jurídico es el sistema subjetivo de responsabilidad. En materia extra contractual esto implica que a la víctima del daño no le basta el hecho de acreditar las acciones u omisiones constitutivos del mismo y el resultado dañino, sino que, además deberá acreditar la culpa (negligencia, falta de cuidado) o dolo (mala fe, intención positiva de dañar) con la que actuó el ofensor.

Esta situación coloca a la víctima en un lugar muy desmejorado frente al demandado, en una posición de carga probatoria que estimo es injusta. En efecto, es el propio sujeto dañado material o moralmente, a veces con vivencia de situaciones humanas en extremos difíciles, como por ejemplo la pérdida de un ser querido frente a una acción del agente, el que debe probar ante los tribunales de justicia la mala intención o descuido del ofensor.

De esta forma se corre el riesgo de que el sujeto dañado se victimice en dos oportunidades, una frente al ofensor, y otra frente al sistema jurídico.

En el derecho comparado y en nuestro propio continente normativo, el legislador ha vislumbrado esta situación de desigualdad de la víctima y agresor y ha procurado solucionar o disminuir la gravedad del tema, básicamente, por medio de 2 mecanismos:

1.- Las “presunciones de responsabilidad” que invierten la carga de la prueba colocando el onus probandi en manos del ofensor. El código civil recoge las presunciones de responsabilidad en materia extra contractual:

a) Por el hecho propio

b) Por el hecho ajeno

2.- Mayor facultad otorgada por el legislador al juez para la apreciación de la naturaleza y extensión del daño.

De esta forma el legislador establece que el juez debe apreciar el daño conforme a su prudencia y equidad, es decir, lo remite a los principios generales del derecho, otorgándole más libertad para resolver sobre el daño, “liberándolo” en cierta forma de la rigidez de una prueba establecida por la ley, reglada en sus procedimientos por esta y tasada en cuanto a su ponderación por el legislador.

2.4.3 Principios y directrices probatorias en responsabilidad jurídica extracontractual

Como decíamos en materia de responsabilidad jurídica extra contractual, en la que no existe entre las partes una obligación jurídica preexistente, sino un deber general de no dañar, y que es la propia víctima la llamada a acreditar por los medios que franquea la ley la existencia fehaciente de los hechos que reclama, se deben aplicar con los principios generales, normas e instituciones jurídicas tendientes a facilitarle esta labor.

Frente a la clásica pregunta ¿Qué debe probarse? reproducimos también la ya clásica respuesta: Se debe rendir prueba sobre los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos. Y no se prueba: Los hechos que no son sustanciales, pertinentes ni controvertidos; el derecho; los hechos evidentes; los hechos de la naturaleza; los hechos negativos; los hechos públicos y notorios.

A continuación Felipe Barros⁶⁰ menciona ciertos principios, directrices e instituciones probatorias que no pueden dejar de estar presentes frente a la prueba del daño en materia de responsabilidad extra contractual:

2.4.3.1 Principio de la normalidad.

Derivado del principio de la carga de la prueba “onus probandi”, que coloca el peso de la acreditación de los hechos en quien alega estos, se encuentra el llamado principio de la normalidad.

Ya que la carga probatoria es de quien alega los hechos, y muchas veces quien alega es el demandante que a su vez es la víctima de un delito o cuasi delito civil, a objeto de no producir una “doble victimización”, y procurando respetar el principio de igualitario acceso a la justicia e igualdad ante la ley, el sistema procesal establece que solo se debe probar lo excepcional.

Lo normal, lo común, aquello que es de ocurrencia típica, las circunstancias que son conocidas por la generalidad de las personas, no son necesarias de acreditar. Pretender que esto se hiciera atentaría de manera flagrante contra las bases del onus probandi.

⁶⁰ Ibídem

Cabe tener presente que el mismo órgano jurisdiccional es una entidad compuesta por personas. Los tribunales de justicia no pueden ni deben sustraerse de la realidad social, pues, al igual que las partes se encuentran insertos en la sociedad. Esto ha sido entendido así por nuestros tribunales y de hecho el principio de la normalidad es citado recurrentemente en las sentencias judiciales.

2.4.3.2 Principio de la naturaleza jurídica de la indemnización: el carácter resarcitorio y no sancionatorio.

La indemnización es la cantidad de dinero que una persona tiene derecho a exigir de otra que le ha causado un daño, sea material o moral. De esta forma la indemnización es la principal y muchas veces la única forma, que el ordenamiento jurídico contempla para que la víctima de un delito o cuasi delito civil o penal pueda resarcirse del daño, es la herramienta establecida por el derecho para trasladar a la víctima al momento anterior a que el daño causado lo alcanzare. En otras palabras la indemnización, es la forma en que el ordenamiento jurídico sanciona al ofensor por el daño causado a la víctima.

En el sistema legal anglosajón, la indemnización reviste un carácter netamente punitivo, sancionatorio. Allí la indemnización no solo busca resarcir los perjuicios causados y retrotraer a la víctima al estado anterior, sino que también pretende constituirse en un ejemplo de sanción moral que reviste alcances sociales. Es decir, aun cuando al igual que en Chile la sentencia judicial que da a lugar a la indemnización tiene efectos relativos, obligando solo a las partes, en el derecho anglosajón estas sentencias pretenden constituir precedentes de conductas inapropiadas, acciones u omisiones dañinas que no deben acaecer. Se debe recordar que el sistema jurídico anglosajón es consuetudinario, donde sus principales fuentes son la costumbre y la jurisprudencia, se trata de un derecho no legislado, en el que los precedentes son de máxima importancia para la estructuración y desarrollo del sistema jurídico.

Por esta razón y debido al carácter prominentemente sancionatorio con que se dota a la indemnización en el derecho inglés, los montos de las indemnizaciones alcanzan cifras muy abultadas. Indemnizaciones de 5 o 10 millones de dólares por persona afectada a la salud sea por contaminación, sea por el consumo de sustancias nocivas u otro se debe justamente a la concepción sancionatoria de la indemnización.

En contraposición al sistema de indemnización punitiva inglés y norteamericano, existe el sistema de indemnización netamente resarcitorio, que es el que se sigue en nuestro ordenamiento jurídico. Este último pretende resarcir, subsanar, corregir para volver a un mismo estado aquello que ha resultado dañado. Para ello, este carácter resarcitorio necesariamente requiere de una aplicación estricta del principio cuyo objeto es volver a la víctima a la situación jurídica anterior al delito o cuasi delito civil causado por la acción u omisión del agente.

El carácter resarcitorio busca colocar a la víctima en un estado anterior al hecho (acción u omisión) que le ha producido el daño, como si este jamás hubiere ocurrido.

2.4.3.3 Principio de la integridad de la indemnización.

El ofensor debe indemnizar la totalidad del daño causado. De esta forma el órgano jurisdiccional tiene el deber jurídico de sopesar y determinar el quantum del daño y resolver su indemnización íntegra.

La necesidad de indemnizar en forma íntegra el daño responde a una razón de justicia material pues, nadie está obligado a soportar gratuitamente un daño.

2.5 LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.

En materia de daño moral la indemnización busca resarcir un perjuicio extra patrimonial. Esto es, el daño moral implica todo padecimiento, dolor, sufrimiento, menoscabo extra patrimonial. A esta indemnización algún sector de la doctrina lo ha llamado el Pretium doloris (precio del dolor). Sin embargo, la gran mayoría de los bienes jurídicos extra patrimoniales tutelados simplemente no tienen precio.

El jurista Fernando Fueyo Laneri sostiene que estamos frente a un daño moral cada vez que se lesionan derechos subjetivos de carácter extrapatrimonial como lo son a su entender la integridad física, la integridad espiritual, la libertad, el desarrollo personal y espiritual y los derechos de familia. Generándose diversos rubros de perjuicios morales coincidentes con el tipo de derecho de la personalidad que resulte afectado.

A diferencia de la indemnización intentada a propósito de un daño material en el cual es cuantificable su monto a través de operaciones aritméticas que permiten calcular el daño patrimonial efectivo sufrido (daño emergente) o bien calcular la pérdida de una legítima utilidad que se ha dejado de percibir a consecuencia del daño (lucro cesante), en el daño moral no es posible realizar una cuantificación matemática.

Entendiendo que nadie está obligado a soportar gratuitamente un daño, y considerando el carácter de víctima que ostentan las personas objeto de daño moral que recurren a los Tribunales en busca de Justicia, mediante la reparación del daño, una gran parte de la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores ha intentado disminuir la carga probatoria del afectado y echando mano al principio del Onus Probandi, en su dimensión Ontológica o del ser anteriormente referido, han llegado a determinar que el daño moral no debe probarse.

En efecto, acreditándose los hechos constitutivos del daño, se da por sentada su existencia. El órgano jurisdiccional deduce judicialmente su existencia, esto aunque muchas veces ni siquiera constate de que se trata de este medio de prueba.

En otras ocasiones, las sentencias de los Tribunales establecen la acreditación del daño mediante testigos o peritos o ambos.

El hecho es que nos encontramos frente a un daño incuantificable en el sentido del monto de la valuación, la pérdida de un hijo, la pérdida de una extremidad, la desintegración de una familia, la imposibilidad de materialización de ciertos proyectos de vida, la pérdida de la vista, de la audición, la imposibilidad económica de solventar los estudios, etc., son todas situaciones que pudieren acaecer como consecuencia de acciones u omisiones negligentes por parte de un actor que implican daño moral y que no tienen precio. Por otra parte, nos encontramos frente a un daño que, al verse el Tribunal, necesariamente obligado a valorar, no es posible de determinar mediante cálculos matemáticos.

Un ejemplo respecto de la valoración de la indemnización se puede observar en el presente caso:

11-IV-2007 (Resolución No. 168-07, Sala de lo Contencioso Administrativo, R.O. 339-S, 17-V-2008)

Los hechos en los cuales se fundamenta la presente resolución son los siguientes: *“El señor Florencio Antonio Andrade Medina, por sus propios derechos y por los que representa de su hijo, Juan Pablo Andrade Bailón, presentó el 30 de abril del 2003, una demanda (fs. 35 a 44) por la que pretende ‘un resarcimiento compensatorio por los daños y perjuicios materiales y morales ocasionados por las fatales descargas eléctricas que tuvieron su causa directa en la patente deficiencia prestacional del servicio de fluido eléctrico, indemnización que solicito con la legitimación suficiente por ser el padre del menor incapacitado permanentemente.- Fundamenta su demanda, principalmente, en los artículos: 1, 18, 20 y 249, inciso segundo, de la Constitución Política del Estado; 12, 13 y*

14 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico; 2, letra ch, 209 y 212 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (según su reforma publicada en el Registro Oficial 7333, de 27 de diciembre de 2002); y, 38 de la Ley de Modernización del Estado. El compareciente señala, en su demanda, los siguientes hechos relevantes: a) El día 11 de mayo de 2002, el menor de edad Juan Pablo Andrade Bailón recibió una fuerte descarga eléctrica, proveniente de un cable de alta tensión, localizado frente al balcón del tercer piso de la vivienda de su familia, ubicada en Bahía de Caráquez; b) El menor de edad recibió la descarga en razón del auxilio prestado a otro menor de edad, ahora fallecido, Fernando Quispe Cedeño. Este menor alcanzó el cable con una varilla metálica; c) El cable del que provino la descarga se encuentra a menos de metro y medio y no tiene protección alguna; d) El menor tuvo que ser sometido al procedimiento de amputación de sus miembros superior izquierdo e inferior derecho, a causa de las quemaduras en su cuerpo, que son de III grado 16.5 SCQ; (fs. 36), y ha sido ‘incapacitado permanentemente’ (fs. 43); e) La peligrosidad de los cables eléctricos que se hallan tendidos en las proximidades del lugar del suceso ha sido de conocimiento del personal de EMELMANABI”.

Después de realizar la Sala de lo Contencioso Administrativo la evaluación pertinente del caso llega a la conclusión que ELMEMANABI y CONECEL son responsables por el daño sufrido en los menores de edad y en cuanto a la indemnización menciona:

“De cuanto se ha señalado, esta Sala encuentra que EMELMANABI y CONELEC son responsables solidarios (porque también se determinó la responsabilidad del padre del menor) dado que los daños materiales y morales producidos al menor Juan Pablo Andrade Bailón, según el régimen previsto en el artículo 20 de la Constitución Política.- Al entrar en materia de indemnizaciones, esta Sala invoca la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, en su artículo 63.1, dispone la obligación del Estado, cuya responsabilidad ha sido establecida, de reparar el daño ocasionado y sus consecuencias, y la de determinar el pago de una justa indemnización. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos orienta la forma en la que se debe proceder para reparar e indemnizar tanto el daño material como los daños morales. ‘Su naturaleza y monto, dice la referida Corte, dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las

reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores'. (Caso Cantoral Benavides, Reparaciones, sentencia de 3 de diciembre de 2001, entre otras).- Esta Sala procede, entonces, a cuantificar la indemnización que estarán obligados a pagar los demandados a favor de Juan Pablo Andrade Bailón y, por las circunstancias del caso, la manera en que se deberá cumplir la condena. En efecto, de conformidad con el artículo 279 del Código de Procedimiento Civil: 'Si se condenare a una de las partes al pago de frutos, intereses, daños y perjuicios, en la misma sentencia se determinará la cantidad que se ha de pagar, y si esto no fuere posible, se fijarán las bases para la liquidación y el modo de verificarla' (el subrayado es de la Sala). En lo que respecta a los daños materiales sufridos por Juan Pablo Andrade Bailón se considera exclusivamente el valor que dejará de percibir en razón de su incapacidad para proveerse de los medios de subsistencia, como cualquier otro trabajador: Para tal efecto esta Sala entiende que es razonable fijar como valor de la indemnización por los perjuicios materiales causados, un monto equivalente al valor de la canasta familiar vital, por cada mes y por el tiempo de esperanza de vida de un ecuatoriano varón. Se emplea, en este caso, el valor de la canasta familiar vital, porque esta Sala no podría concebir al menor de edad afectado fuera de un núcleo familiar, que el Estado garantiza y protege según lo previsto en el artículo 37 y 48 de la Constitución Política. De conformidad con el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, a marzo del año 2007, el valor de la canasta familiar vital es de TRESCIENTOS DIECISÉIS 28/100 dólares de los Estados Unidos de América; en tanto que, la esperanza de vida de un ecuatoriano, varón, según la Organización Mundial de la Salud, es de setenta años de edad. En tal virtud, dado que el hecho acaeció cuando Juan Pablo Andrade Bailón tenía ocho años de edad, (fs. 116) el valor que percibirá por concepto de indemnización por daños materiales asciende a la suma de DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS DOCE 32/100 dólares de los Estados Unidos de América. De conformidad con el artículo 2232 del Código Civil, '**la reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo**' (negrillas fuera de texto); y, como se ha dicho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que las indemnizaciones no tienen como propósito enriquecer a

la víctima. Esta Sala entiende que no es posible cuantificar las pérdidas extrapatrimoniales que ha sufrido Juan Pablo Andrade Bailón, por lo que, aclarando que el valor que ahora se fija como reparación de los perjuicios morales sólo busca atenuar el efecto anímico y psicológico, basándose en equidad, condena solidariamente a EMELMANABI y a CONELEC al pago de OCHENTA MIL 00/100 dólares de los Estados Unidos de América, por este concepto. En total, la indemnización compensatoria suma el valor de TRESCIENTOS QUINCE MIL TRESCIENTOS DOCE 32/100 dólares de los Estados Unidos de América.

En el presente caso, nos encontramos frente a un daño incuantificable en el sentido del monto de la valuación, la pérdida de una extremidad superior e inferior del menor, la incapacidad permanente, el dolor de la familia y del mismo perjudicado, la imposibilidad que el menor pueda valerse por sus propios medios; son todas situaciones que acaecieron como consecuencia de omisiones negligentes por parte de ELMEMANABI y CONECEL que implicaron daño moral y que no tienen precio. Pero como se dijo anteriormente todo daño debe ser resarcido, la Sala de lo Contencioso y Administrativo, necesariamente se vio obligada a establecer un monto por el daño moral provocado destacando que el valor que ahora se fija como reparación de los perjuicios morales sólo busca atenuar el efecto anímico y psicológico, basándose en equidad, cosa que muy por el contrario en el daño patrimonial es posible determinar mediante cálculos matemáticos.

2.5.1 Problema de la determinación del quantum.

Frente a un daño producido por un delito o cuasi delito civil la víctima tiene dos alternativas:

- 1) No hacer nada y absorber el daño, o,

2) Reaccionar frente al daño y buscar su resarcimiento.

En nuestro ordenamiento jurídico el resarcimiento de los daños y perjuicios se logra mediante la indemnización del daño producido por las acciones u omisiones culpables o negligentes del agente, se traduce en la cantidad de dinero que el autor del daño está obligado a pagar a las víctimas, pues, nadie está obligado a soportar un daño gratuitamente. El principio rector en la indemnización de perjuicios es el de la indemnización íntegra. En efecto, el autor del daño debe resarcirlo en su totalidad, pues la víctima no lo ha sufrido en parcialidades. De esta manera, consideraciones como la condición económica del agente y la de la víctima no puede ni debe ser considerada por el juez al momento del fallo.

En responsabilidad extracontractual el órgano jurisdiccional debe determinar el monto de la indemnización. Este monto es una cantidad de dinero que busca reparar el daño causado. Cuando el daño es material sea lucro cesante o daño emergente, el monto de la indemnización se determina utilizando operaciones aritméticas. Así se puede determinar y valorizar el perjuicio patrimonial sufrido actualmente mediante la valuación del objeto destruido, valuación que se corrige monetariamente hasta la fecha de pago. En el caso del lucro cesante, los cálculos que el tribunal realiza son tendientes a la determinación de la legítima ganancia que se ha dejado de percibir a consecuencia directa y necesaria de la acción u omisión del demandado.

En el caso del daño moral, menciona Felipe Betancourt, que la doctrina y jurisprudencia se refería a este monto de indemnización como “Premium doloris” o precio del dolor, limitando a un ámbito restrictivo del sufrimiento que padecía una persona. Así por ejemplo, la pérdida del un hijo, del cónyuge, de una parte del cuerpo eran catalogadas como indemnizables. En este sentido se debe recordar que la esencia del daño moral son aquellos padecimientos, sufrimientos, o dolor que se produce en el ámbito no patrimonial del ser humano. Esto incluye todos los derechos de la personalidad.

Señala además, que la intensidad del daño moral no es igual para todas las personas. De esta manera dos sujetos que deben enfrentar un mismo hecho dañino en exactas

circunstancias, no sufren el mismo dolor. El dolor dependerá de la estructura psicológica de cada uno, de las circunstancias sociales, familiares que cada uno de ellos tenga, incluso del sexo de la víctima, de la edad, de su historia de vida, de sus capacidades intelectuales y desarrollo espiritual, etc.

Como la naturaleza del daño moral no permite su cuantificación aritmética se debe buscar otro camino para su determinación. La víctima igual debe ser indemnizada en forma total e íntegra.

Aquí podemos destacar el caso del Economista Rafael Correa en contra del Banco del Pichincha C.A. (Ahora Banco Pichincha C.A)

Corte Superior Juicio Nro. 56-2009.

Rafael Correa Delgado dice que en el mes de septiembre del 2002, cuando solicitó la emisión de la tarjeta de crédito Dinners, se enteró que estaba registrado en la central de riesgos como deudor moroso del Banco Pichincha, con categoría E, porque, según se le informó, mantenía un saldo deudor de USD \$136,98 en la tarjeta de crédito Visa No. 4565120126654008. El demandante agrega que la obligación que, supuestamente, adeudaba fue cargada a una tarjeta de crédito emitida por el Banco la Previsora, cuya cuenta y contrato los había cancelado y terminado antes de salir del país, entre los años 1997 y 2001. Con estos antecedentes remitió, dice el actor, una carta al Banco Pichincha, el 12 de septiembre del 2002, solicitando la entrega de los estados de cuenta con el objeto de determinar el origen de la obligación, en esta carta especificó que la información que aparecía en una pantalla de computadora no era respaldo suficiente para exigir el pago del crédito; pero a pesar de que en su petición constaban, con claridad y exactitud, sus direcciones y teléfonos no recibió respuesta del Banco y solo verbalmente le comunicaron que la Entidad requerida no disponía de esa información. Con estos antecedentes, respaldado en las disposiciones de los artículos 2231 y 2232 del Código Civil, demanda la reparación por daño moral, puesto que el Banco Pichincha le ha ocasionado un grave daño al haberle incluido como deudor moroso en la central de riesgos y haberle dado la

calificación E, condición que jamás la tuvo, porque nunca existieron la obligación ni la deuda, hechos que fueron conocidos por el Banco demandado.

En el Juicio NRO. 23-2007 del Juzgado Primero De Lo Civil, el Juez acepta la demanda y fija en cinco millones de dólares de los Estados Unidos de América la indemnización que quedara obligada a pagar inmediatamente el Banco Pichincha, al señor Rafael Vicente Correa Delgado por los daños morales a él causados.

Posteriormente, el demandado presenta recurso de apelación y en el numeral NOVENO respecto de la indemnización la Sala se pronuncia de la siguiente forma: *En virtud de lo expuesto en las precedentes consideraciones: encontrarse acreditado el daño moral y no hallarse prescrito el derecho para reclamarlo, corresponde a la Sala cuantificar la indemnización que, en concepto de reparación, debe la compañía demandada, Banco Pichincha C. A., entregar al actor. El actor reclama en su libelo inicial la cantidad de cinco millones de dólares, reclamo que es aceptado en su totalidad por el juez de primera instancia. Cuanto a la determinación del monto de la reparación y a las dificultades que ello comporta, el profesor argentino Roberto H. Brebbia en varios pasajes de su obra “El Daño Moral” (Ediciones Jurídicas ORBIR, 2ª Edición), enseña: “Desde el momento que la condenación impuesta por el juez al ofensor cumple una finalidad específica de reparación del daño causado, es indudable que el principio general que debe regir en la materia es el de una adecuada proporción o equivalencia entre la reparación y el daño”. (...) Como parámetros para cuantificar la indemnización reclamada, aparte de la cuantía de la supuesta deuda por la cual se le mantuvo en la central de riesgos, o sea las circunstancias particulares del caso y la gravedad del daño causado, la Sala considera que bien pueden servir tanto el período de tiempo que el Banco Pichincha mantuvo al actor en la mencionada central de riesgos con la categoría indicada, así como el texto del Mandato Constituyente 2, relativo a la remuneración máxima en el sector público, que según su artículo 1 ascendería a cinco mil dólares mensuales; indemnización esta que como enseña la doctrina cumple una función satisfactoria que el ofensor debe abonar a la víctima de un agravio moral, y que en la especie, dicha función satisfactoria según los parámetros mencionados, ascendería a doscientos cincuenta y cinco mil dólares. (subrayado mío). A esta cantidad la Sala considera debe añadirse, como es obvio, las erogaciones que debió realizar por la defensa del juicio incoado en su contra y las molestias ocasionadas durante*

todo el tiempo empleado infructuosamente para conseguir del Banco Pichincha la entrega de la documentación que sirviera de soporte para haberlo reportado en la central de riesgos con la categoría tantas veces mencionada.

La Sala admite el recurso de apelación presentado por el Banco demandado y teniendo en cuenta la magnitud del agravio, se reforma la sentencia impugnada en cuanto al monto de la indemnización que, en concepto de reparación por el daño causado, debe pagar al economista Rafael Vicente Correa Delgado el Banco Pichincha C. A., que la Sala la fija en trescientos mil dólares de los Estados Unidos de América.

En el presente caso podemos darnos cuenta que no es cosa fácil determinar la indemnización por daño moral, puesto que es el juez quien a su discreción establece el monto; como vimos en este caso existe contradicción en cuanto al valor de la indemnización, cuando se presenta el recurso de apelación por el demandado la Sala considera que el juez de primera instancia ha exagerado en la cantidad señalada y en base a dos criterios: a) el período de tiempo que el Banco Pichincha mantuvo al actor en la mencionada central de riesgos con la categoría indicada, y, b) el texto del Mandato Constituyente 2, relativo a la remuneración máxima en el sector público, que según su artículo 1 ascendería a cinco mil dólares mensuales; indemnización esta que como enseña la doctrina cumple una función satisfactoria que el ofensor debe abonar a la víctima de un agravio moral.

2.6 LA ACCIÓN DE DAÑO MORAL EN EL ECUADOR

Nuestro Código Civil en el artículo 2232 encontramos:

“En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quién hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta”. Es decir, están especialmente obligados a esta reparación quienes manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentado contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procedimientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o psíquicos, como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes.

La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del Juez la determinación del valor de la indemnización, tal como se mencionó en el acápite anterior.

El Código Civil determina quién debe reclamar por daño moral, en el artículo 2.233:

“La acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal. Más en caso de imposibilidad física de aquella, podrán ejercitarla su representante legal, cónyuge o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad. De haber producido el hecho ilícito la muerte de la víctima, podrán intentarla sus derechos habientes conforme a las normas de este Código. Cuando el daño moral afecte a las instituciones o a personas jurídicas la citada acción corresponderá a sus representantes”

En tal virtud, el reclamo por daño moral es personalísimo de la víctima u ofendido como se dijo anteriormente. Asume esta acción en el caso de incapaces y menores de edad, sus representantes legales, el cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad. Por último existe también la posibilidad del reclamo por parte de los herederos del causante.

En el Código citado también se destaca la naturaleza especial que tiene el daño moral en relación a otras situaciones reales. En el artículo 2.234 se habla de la independencia de las indemnizaciones. “Las indemnizaciones por daño moral son independientes por su naturaleza, de las que, en los casos de muerte, de incapacidad para el trabajo u otros semejantes regulan otras leyes”.

Para nuestro Código Civil la acción por daño moral no puede ser indefinida como posibilidad fáctica, por eso establece la prescripción de la acción (no del daño moral). En el artículo 2.235 dice al respecto: “Las acciones que concede este Título por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto”.

Desde que se produjo el daño moral, la acción para perseguirla prescribe en cuatro años. Se la sigue en juicio ordinario ante el Juez de lo Civil, en nuestro Código de Procedimiento Civil, en el artículo 59 que determina: “Toda controversia judicial, que según la ley, no tiene un procedimiento especial, se ventilará en juicio ordinario”. Respecto de esta acción Cabanellas señala: Juicio ordinario es el que se sustancia con mayores garantías para las partes, donde las pruebas pueden ser más completas y más extensas las alegaciones, por los lapsos mayores que para las diversas actuaciones y trámites se establecen.”⁶¹

⁶¹ CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo V, pág. 27

CAPITULO III

LEGITIMIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA ACCION DE DAÑO MORAL

3.1 CONCEPTO Y ALCANCE DE LA PERSONA JURÍDICA

En el artículo 564 de nuestro Código Civil dice: “Se llama persona jurídica a una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”.

La extensión de la personalidad jurídica y sus limitaciones es un tema que ha ocupado un lugar preponderante en la ciencia del Derecho.

Alberto Lyon citando a Savigny, señala que la persona jurídica está relacionada al derecho de los bienes y que, por tanto, las relaciones de familia quedan excluidas a su respecto. Y así lo ha sostenido porque, para él, todas las relaciones de familia proceden originariamente del hombre natural; además las personas jurídicas sólo existen para el cumplimiento de un fin jurídico.

El concepto de persona según lo señala Alberto Lyon en su obra “Personas Jurídicas”⁶² dice que es una abstracción jurídica que expresa solamente el centro de convergencia de un

⁶² LYON PUELMA, Alberto Personas Jurídicas, Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile. Pág 37

conjunto de derechos y obligaciones. Por eso se define corrientemente a la persona como una entidad capaz de adquirir derechos y obligaciones.

Del mismo autor se desprende que la institución misma de la personalidad jurídica ha sido creada por el legislador para el establecimiento de ciertos fines, y que, por consiguiente, son dichos fines los límites dentro de los cuales no puede ser desconocida la personalidad jurídica o, lo que es lo mismo, son esos fines los que determinan el alcance y la extensión de la persona jurídica.

3.2 LA PERSONA NATURAL Y LA PERSONA JURÍDICA

3.2.1 La persona natural

La persona, legalmente hablando, es todo ser capaz de tener y contraer derechos y obligaciones. Cuando los derechos y obligaciones los ejerce un individuo en forma particular se habla de **persona física o natural**.

Según nuestro Código Civil, en el artículo 41 señala las personas naturales son "todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición".

La existencia legal de la persona natural comienza al nacer y termina con la muerte.

Los requisitos para la existencia legal son:

- Que haya nacimiento. Es decir, que la criatura sobreviva al parto⁶³.

⁶³ Éstos son los requisitos que contempla el Código Civil, sin embargo, en el Código de la Niñez y de la Adolescencia en el artículo 2 dice "Las normas del presente Código son aplicables a todo ser humano, desde

- Que el niño sea separado completamente de su madre. Es decir, que su cuerpo salga íntegramente del vientre de su madre (art. 60 ibídem).

Estos requisitos se tornan significativos en muchas instancias legales como los relativos a la herencia.

Atributos de personalidad en la persona natural

Atributo de personalidad es la cualidad que poseen los seres y que los diferencian de los demás siendo esenciales e inherentes a cada persona. Sin ellos, la vida del hombre sería confusa. Los atributos de personalidad de las personas físicas o naturales son:

- 1) Nombre: Es la denominación por la cual se individualiza a una persona. Está formado por el nombre propio y el nombre patronímico o apellido (o de familia). El primero es determinado por los progenitores a su libre voluntad, sin embargo el patronímico está ligado a la filiación y revela los orígenes del individuo.
- 2) Domicilio: Conforme se menciona en el artículo 45 C.C., “El domicilio consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella”.
- 3) Capacidad jurídica: Es la aptitud que tienen las personas para ser sujetos pasivos o activos de relaciones jurídicas. Esta capacidad puede ser de goce, la cual surge en el momento del nacimiento y está indisolublemente ligada a la personalidad, y la capacidad de ejercicio, la cual poseen las personas aptas con discernimiento para actuar por sí mismas, ejerciendo sus derechos y obligaciones como también administrar sus bienes.
- 4) Estado civil: Situación particular de las personas en relación con la institución del matrimonio (soltero, casada, viuda, etc.) y con el parentesco (padre, madre,

su concepción hasta que cumpla dieciocho años de edad (...)” Por tanto, es indudable que las personas naturales desde su concepción son sujetos de derechos.

hijo, etc.). El estado civil de una persona tiene las siguientes características: toda persona tiene un estado civil, es uno e indivisible, es permanente (ya que no se pierde mientras no se obtenga otro) además no se transfieren, no se transmiten y no se renuncia.

- 5) Nacionalidad: Es la situación o vínculo de carácter jurídico, que tiene la persona con el Estado, pudiendo ser nacional o extranjero. De allí se desprende su calidad de ciudadano o no. La nacionalidad puede ser originaria o adquirida. La nacionalidad puede perderse cuando se cometen delitos contra la dignidad de la patria o por cancelación de la carta de nacionalización entre otras.
- 6) Patrimonio: Es el conjunto de derechos y obligaciones que son susceptibles de valorarse económicamente.

3.2.2 La persona jurídica

“La persona, legalmente hablando, es todo ser capaz de tener y contraer derechos y obligaciones civiles”⁶⁴. Cuando unos individuos se unen con el fin de lograr un objetivo en común, dispuestos a cumplir obligaciones y ejercer derechos, se habla de **persona jurídica o moral**, un ente ficticio creado por la ley.

Como requisito para la creación de una persona jurídica es necesario que surja como una entidad independiente y distinta de los miembros individuales que la forman y que a esta entidad le sean reconocidas por el Estado sus derechos y obligaciones. Existen dos tipos de personas jurídicas:

1) Personas jurídicas de derecho público: Aquéllas que representan a la autoridad en sus funciones administrativas (el Estado, las municipalidades, etc.).

⁶⁴ Artículo 564 del Código Civil Ecuatoriano

2) Personas jurídicas de derecho privado: aquéllas que dependen de la iniciativa particular, siendo de dos tipos:

- a) las que persiguen fines de lucro llamadas sociedades civiles y comerciales.
- b) las que no persiguen ganancias, como las corporaciones y las fundaciones.

“Las personas jurídicas con fines de lucro son aquellas que persiguen una ganancia pecuniaria o material, que aumenta la fortuna de los socios.”⁶⁵

Las corporaciones son personas jurídicas que no persiguen fines de lucro y que están formadas por un cierto número de personas asociadas para conseguir la realización de un fin o interés común.

Las fundaciones si bien tienen un fin lícito de interés general, éste se realiza por medio de bienes determinados afectos permanentemente a su consecución. Ambas requieren la autorización del poder público.

Atributos de personalidad de las personas jurídicas

Atributos de personalidad son aquellas propiedades o características propias a la persona y que son únicas a cada una de ellas. Estos atributos son:

- 1) Nombre: Denominación con la cual se distinguen las personas morales. Normalmente corresponde a la razón social.
- 2) Domicilio: Corresponde al lugar donde la persona jurídica tiene la administración de su sociedad.
- 3) Nacionalidad: Se encuentra regulada por el ordenamiento jurídico.

⁶⁵ Alberto Lyon Puelma, Personas Jurídicas, Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile. Pág 91

- 4) Patrimonio: Es el conjunto de derechos y obligaciones que pueden valorarse económicamente.

- 5) Capacidad Jurídica Relativa: Las personas jurídicas gozan de capacidad jurídica relativa, es decir que a través de su representante legal puede ejercer cierto tipo de actos jurídicos.

En conclusión, tanto la persona natural como la jurídica tienen atributos inherentes que les permiten ser identificados dentro de la sociedad y que respecto de ellos tienen derechos y obligaciones.

Pero no por ello, se le puede atribuir derechos que necesariamente le corresponden al ser humano, por su propia naturaleza, como es el caso del estado civil.

Por tanto la persona jurídica siendo un ente ficticio creado por la ley, efectivamente se le ha otorgado derechos y obligaciones, pero a mi criterio mal estaríamos dándole derechos que por su naturaleza le corresponden sólo a la persona natural como es el caso del derecho para demandar daño moral

3.3 LA PERSONA JURÍDICA FRENTE A LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

Como es de nuestro conocimiento las personas jurídicas, son las organizaciones en que participan varias personas naturales, unidas con la finalidad de cumplir un propósito, este ente ha sido dotado de todos los elementos, que al igual que la persona natural, sirven para dotar de una personalidad jurídica, individual, exclusiva y autónoma, lo que le permite participar de una sociedad jurídicamente organizada, tiene nombre, domicilio, nacionalidad, capacidad jurídica, el único elemento que por obvias razones carece es el estado civil.

Unidos todos estos elementos estamos frente a un ente colectivo capaz de generar obligaciones de tipo legal, y así mismo capaz de reclamar derechos.

Respecto de la responsabilidad civil de una persona jurídica se han establecido básicamente dos tesis y estas son: el sistema de la ficción legal y el sistema de la persona real.

3.3.1 El sistema de la ficción legal:

Este sistema parte de la premisa, de que la persona jurídica se trata de un ente incapaz absolutamente de incurrir en actos ilícitos, por carecer de voluntad, y que por tanto se encuentra imposibilitada de obrar y perseguir un resultado dañoso determinado.

La persona jurídica es un ente ficticio ideal, que obra a través de sus representantes, y que la ley le supone los actos realizados por sus mandatarios como si fueran realizados por ella.

Es decir, ve a la persona jurídica como una persona ficticia, en cuanto no es una persona humana sino una creación artificial del Derecho con fines meramente jurídicos. Parte del supuesto de que el hombre es el único que tiene voluntad y, por tanto, es el único llamado a ser persona.

Admite la posibilidad de extender la personalidad jurídica a estos entes a los que consideran capaces de tener un patrimonio, pero incapaces de querer y obrar en tanto son simples ficciones de la ley. Así concebida la persona jurídica, se sostiene que es imposible imputarle responsabilidad civil, pues ésta requiere la aptitud del sujeto para ser pasible de sanción.

“Además la persona jurídica es un ente creado en orden de su finalidad, de manera que siendo la actividad ilícita extraña al destino especial y esencia de la ‘persona’ todo lo que haga en este sentido le resulta extraño, comprometiendo sólo al agente humano que haya efectuado el agravio. Por último, es obvio que el hecho ilícito humano del administrador o

gerente, nunca puede alcanzar al ente ideal por cuanto excede de los límites de su mandato”⁶⁶.

Para Savigny, representante principal de esta teoría, la responsabilidad civil de las personas jurídicas es inadmisiblesobre la base de los argumentos expuestos: su falta de voluntad y capacidad de obrar. A lo mucho acepta la responsabilidad contractual, mas niega la extracontractual asumiendo la imposibilidad de que el ente moral cometa un ilícito. No obstante, acepta que debe indemnizar por cuanto se haya beneficiado con el actuar doloso o culposo de su representante, esto es, basándose en la figura del enriquecimiento indebido y no de la responsabilidad extracontractual.

Gustavo Ordoqui, sintetiza esta corriente y sus consecuencias prácticas en los siguientes términos:

“Para la denominada teoría de la ficción (*la persona jurídica*) se trataría de una forma jurídica o de la creación jurídica que por carecer de conciencia y voluntad no sería en principio posible pensar en que incurra en comportamientos ilícitos del momento que en su origen estas creaciones jurídicas sólo son pensadas y autorizadas para actuar en el ámbito exclusivo de la legalidad. La posibilidad de que incurran en ilícitos sólo se concebiría partiendo de ‘un imperativo’ legal que les atribuya o les impute ciertos actos como suyos (...)”⁶⁷.

Claramente podemos apreciar que estos criterios generan una confusión frente al sistema legal vigente, pues sabemos que la persona jurídica es diferente de la persona natural o de sus socios. Así lo especifica el artículo 1.957 del Código Civil: “La sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”, en consecuencia los actos de la persona jurídica son independientes de los que puede cometer alguno de sus integrantes.

⁶⁶ CAZEAUX, Pedro N. y Félix Trigo Represas. Compendio de Derecho de las Obligaciones, Tomo I, Editorial Platense, La Plata Argentina, 1986

⁶⁷ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. «Responsabilidad civil de las personas jurídicas (sociedades) por acto de sus administradores o dependientes». En Derecho Civil. N.º 4, año II, p. 92.

3.3.2 El sistema de la persona real

Esta tesis le atribuye a la persona jurídica su condición de realidad tangible y susceptible de valoración en el accionar, dentro de sus límites y propósitos.

Tiene capacidad de obrar y exigir el cumplimiento de sus obligaciones, y así mismo tiene capacidad para responder frente a terceros por la comisión de daños; eso supone que la persona jurídica al igual que el hombre tiene la capacidad de querer y obrar lo cual se extiende a todos los actos lícitos o ilícitos.

En consecuencia de lo manifestado por esta teoría, al igual que al hombre a la persona jurídica se le podría exigir una responsabilidad subjetiva, esto es, que se le atribuya culpa o dolo en el hecho, cuando esto es una manifestación de la voluntad humana, que no cabría en esta ficción.

En conclusión esta tesis afirma que persona no equivale a hombre y, por tanto, de que un sujeto de derecho no es únicamente un ser humano, de donde deducen que las personas jurídicas son realidades.

3.4 LEGITIMIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA PARA DEMANDAR DAÑO MORAL.

La posibilidad que las personas jurídicas, entes sin sentimientos ni conciencia, puedan sufrir daños morales ha dividido a la doctrina en dos posiciones bien marcadas, aquellas que consideran que la persona jurídica es capaz de sufrir algún agravio moral, y otra postura que mantiene que por la naturaleza de la persona jurídica, por ser un ente carente de sentimientos no puede sufrir daño moral.

Jorge Mosset en su obra “Responsabilidad por Daños”⁶⁸ manifiesta que se ha abierto una corriente doctrinaria denominada “personalista” por su afán o preocupación por destacar la persona y colocarla en el centro del escenario de la responsabilidad.

La persona puede sufrir daños de toda índole o tipo, a los que denomina menoscabos, a la integridad psicofísica, a la plenitud de la persona, y los declara por sí mismos resarcibles, independientemente de sus reflejos de tipo económico o patrimonial (daño patrimonial) y al margen, así mismo de los reflejos espirituales, sufrimientos o dolores.

En lo que respecta al tema del derecho al honor de la persona jurídica, Alberto Lyon dice: que resulta fundamental para determinar si es posible que la persona jurídica pueda ser titular del derecho al honor precisar la concepción que se tenga de éste.

Si se pretende buscar la existencia del honor en la vida interior del hombre, es evidente que las personas jurídicas carecen de este derecho, pues consideradas psicológicamente no pueden tener sensibilidad, sin embargo, si se quiere ver en el derecho al honor más que un valor interior innato a la dignidad humana, un valor que corresponde a una persona dentro de la sociedad, resulta evidente que se debe sostener que una persona jurídica también puede ser titular de un derecho al honor y puede ser ofendida.

Un sector de la doctrina opina que la cuestión relativa a si las personas jurídicas pueden ser sujetos pasivos por el daño moral, no es dudosa. Por supuesto, a diferencia de las personas físicas, no cabe hablar de daño moral por ataques a bienes jurídicos extrapatrimoniales que presuponen la subjetividad del individuo físico y existencial: así, la vida, la integridad corporal, la libertad sexual, o la honestidad, etc.

Pero las personas jurídicas, dotadas de subjetividad jurídica, tienen atributos que si bien, indirectamente, les son conferidos para la consecución de su fin u objeto, son reconocidos públicamente como un modo de ser sujeto a la valoración extrapatrimonial de la comunidad

⁶⁸ Jorge Mosset, Ob. Cit. Responsabilidad por daños, pág. 254

en que actúan. Lo que sucede por ejemplo, con el prestigio, el buen nombre, la probidad comercial, etc., que se presentan como un modo de ser del honor, no en sentido subjetivo, sino objetivo: como buena reputación. Se afirma que esta buena reputación, manifestación particular del honor, trasciende en consideraciones de índole patrimonial. El buen nombre o reputación de una sociedad comercial, o de una asociación civil, ocurren en medios al servicio de su objeto, sea que prive o no el interés lucrativo en sus componentes (socios o asociados).

Rubén Morán señala que:

“En la época actual donde la competitividad entre los que hacen actividad comercial es tan marcada; una persona jurídica puede verse afectada por la competencia desleal y daños de otra, cuando con sus acciones, lesiona la imagen, el buen nombre comercial, su posición en el mercado, etc., es innegable que la persona jurídica va a sufrir daños económicos en su patrimonio, su nombre comercial, sus marcas; por lo que no será solamente daño material sino también daño moral”⁶⁹. (Subrayado fuera de texto)

A mi criterio, el mismo tratadista confunde daño moral con daño patrimonial, y lo que quiere decir sin duda alguna es que una persona jurídica al verse afectada en su imagen o en sus marcas, efectivamente tendrá un daño, pero este nada tiene que ver con provocar en la víctima (este caso la persona jurídica) una lesión en sus más íntimos afectos o sentimientos dado que por su naturaleza es imposible, pero sí se verá reflejado en su patrimonio.

Para la teoría que afirma que el agravio al honor puede inferirse en perjuicio de una persona jurídica, sin consideración a un daño patrimonial actual y cierto; destacan que la tutela del “buen nombre” es considerada independientemente de un daño patrimonial, aún cuando dicha tutela reconozca un nexo mediato con el fin de la persona jurídica.

La jurisprudencia española se ha mostrado partidaria de esta tesis pues su pronunciamiento en el presente así lo afirma:

⁶⁹ MORÁN, R, Ob. Cit. El Daño, Edilex S.A. Editores, págs. 71 y 72.

Sentencia del Tribunal Supremo, sala 1ª, 20.02.2002

La revista “Actualidad Económica” correspondiente a la primera quincena de enero de 1990 publicó en su sección “Los Negocios” la noticia de que la empresa norteamericana *Federal Express* (coloso americano del transporte urgente de mercancías la llama la sentencia) se encontraba en negociaciones con la empresa española de transportes *Aerpons* con vistas a la adquisición de esta última. La noticia se acompañaba de una ilustración gráfica en la que se mostraba un águila calva (el símbolo de *Federal Express*, inspirado en el escudo oficial de los Estados Unidos) con las alas desplegadas y apresando entre sus garras el logotipo de *Aerpons*.

La tal noticia se reveló posteriormente falsa. Además, la conducta profesional de “Actualidad Económica” en la publicación de la noticia infundada fue con posterioridad juzgada negligente al entenderse que la comprobación de la misma había sido insuficiente: simplemente se había consultado a un empleado de *Aerpons* que carecía de conocimientos y facultades para confirmar la información, y no se había contactado en ningún momento al presunto adquirente, *Federal Express*.

Aerpons alegó haber sufrido perjuicios de diversa índole por un total de 80 millones de pesetas como consecuencia de la publicación de la falsa noticia de su absorción por parte de *Federal Express*. Tales perjuicios eran, en primer término, los derivados de la suspensión como agente de cargo de IATA y de la cancelación de créditos por conocimientos aéreos; además, los causados por la negativa de las entidades de crédito a descontar efectos cambiarios de *Aerpons* hasta que no se aclarase la situación futura de la empresa; también los resultantes de procurar el desmentido oficial de la información; por último, los daños morales por el tratamiento humillante y vejatorio del logotipo de la empresa.

Los Tribunales de Justicia, en todas las instancias, rechazaron, por falta de prueba del daño, la indemnización de las 2 primeras partidas, pero admitieron las 2 últimas, concediendo 581.399 pesetas (3.494,28 €) por los costes del desmentido, y 10 millones (60.101,21 €) por el daño moral.

El Tribunal Supremo reitera la decisión de la indemnización del daño moral en el resarcimiento de perjuicios de carácter patrimonial, aunque, tal vez, de difícil prueba, y en particular a conceder indemnizaciones en estas circunstancias a favor de personas jurídicas, en particular, empresas.

De otro lado, es cierto que si se considera que el daño moral es siempre “sufrimiento” parecería absurdo atribuirlos a las personas jurídicas que, por la índole de su personalidad, no experimentan detrimentos emocionales. Así se ha pronunciado la Corte Suprema de Chile:

Corte Suprema de Chile, fallo del 14 de marzo de 2005 (publicado en Gaceta Jurídica 297 (2005)).

En fallo de la Corte Suprema De Chile el catorce de marzo de dos mil cinco, se deja firme la sentencia apelada de la Corte de Apelaciones de Santiago de treinta y uno de enero de dos mil uno, que señalaba que tratándose de entes despersonalizados incapaces de experimentar dolor, sufrimiento o padecimiento debemos descartar de plano el daño moral puro y centrarnos en el daño moral con consecuencias patrimoniales de estas personas al verse afectado su honor, el prestigio o la confianza comercial de que gozaban dentro del ámbito de sus actividades.

A mi criterio, las personas jurídicas no son susceptibles de sufrir daño moral, se ha mencionado que argumentos tales como la pérdida de la clientela, proveedores o concurrentes comerciales perdidos y el rechazo o la minoración en el mercado comercial del prestigio de una marca o empresa son comunes en las argumentaciones de los que piden y conceden daños morales a estos entes.

Como hemos expresado en otras oportunidades, la categoría del daño moral, y su propia existencia a mi entender, sólo tiene sentido en el ser humano, no en las personas jurídicas ontológicamente ajenas a la dimensión espiritual propia del ser humano.

Únicamente las personas naturales poseen dignidad. La dignidad es la necesidad emocional que todos los seres humanos tenemos de afirmación por parte de los amigos o el círculo social en que nos toca actuar. Una persona digna es alguien que se siente libre, juzga las bases que le permiten actuar firmemente y, por lo tanto, se considera capacitado para desplegar cualquier actividad de manera responsable. Expresa su dignidad en la capacidad de ser virtuoso en sus actos. La dignidad es, al fin, el resultado de la sensatez emocional.

La dignidad significa para Kant,⁷⁰ que todo hombre tiene un legítimo derecho al respeto de sus semejantes y también él está obligado a lo mismo, recíprocamente, con respecto a cada uno de ellos. La humanidad misma es una dignidad; porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad (la personalidad), en virtud de la cual se eleva sobre todos los demás seres del mundo que no son hombre y sí que pueden utilizarse, por consiguiente, se eleva sobre todas las cosas. Así pues, de igual modo que él no puede autoenajenarse por ningún precio (lo cual se opondría al deber de la autoestima), tampoco puede obrar en contra de la autoestima de los demás como hombres, que es igualmente necesaria; es decir, que está obligado a reconocer prácticamente la dignidad de la humanidad en todos los demás hombres, con los cual reside en él un deber que se refiere al respeto que se ha de profesar necesariamente a cualquier otro hombre.

Es decir, sólo las personas naturales, que son las únicas capaces de sentirse dignas, logran ese orgullo que da el buen actuar y logran percibir el efecto que ello tiene en los demás. La dignidad fortalece la personalidad, reanima la sensación de integridad y felicidad, hace que cada uno de nosotros pueda ser consciente del lugar que ocupa en la sociedad.

Me resulta imposible pensar en una persona jurídica feliz o digna. Obviamente tiene, eso sí, utilidades o pérdidas, daños emergentes o lucros cesantes. Si lo que se necesita probar es una reducida actividad comercial futura o presente, debido a un ataque al prestigio, marca o

⁷⁰ KANT, I., *Metafísica de las Costumbres*, Editorial Tecnos, Madrid, 1989, p. 335.

un incumplimiento contractual, se debe considerar como peritaje suficiente en juicio la conexión estadística para acreditar ganancias futuras que se alegan como pérdidas por parte de empresas.

Savigny, recurrió a la ficción jurídica de las personas morales para explicar un fenómeno propio que no tenía consagración expresa en el ordenamiento de la época, pero esa singularización es excepcional y como tal de interpretación restringida. Tratar de asimilar sentimientos a una persona jurídica o dignidad a éstas, escapa al espíritu de la norma que las creó.

Estimo, por último, que la garantía al honor y prestigio de una persona jurídica no tiene necesariamente que ser reparada mediante una indemnización por daño moral. Cabe aquí un resarcimiento del lucro cesante de acuerdo a las normas civiles y procesales, como ocurre en la mayoría de los países de acuerdo al Derecho comparado.

CONCLUSIONES

Después de haber realizado el presente trabajo llegamos a las siguientes conclusiones:

El ser humano, por naturaleza, vivía, vive y vivirá con los inevitables desencuentros que la convivencia implica; por lo que la ciencia del Derecho en medida que iba evolucionando estableció el principio de la responsabilidad civil.

La responsabilidad civil es la obligación que surge para una persona, de reparar un daño a otro a consecuencia de la comisión de un hecho ilícito, doloso o culposo, o por el incumplimiento de una obligación. Entendemos que por su naturaleza existen dos tipos de responsabilidad civil, la contractual y la extracontractual. La primera obedece al incumplimiento de un contrato y la segunda a todas las actividades que no están contempladas en un contrato pero que su acción u omisión provocan daños.

A lo largo de este trabajo se ha señalado que de la responsabilidad extracontractual surge el daño moral, es decir como resultado de la acción de una persona, que con intención o sin ella, por hechos propios causa agravios a los derechos personalísimos de otra; no viola una obligación predeterminada en una relación contractual, sino una manifestación de conducta, que está orientada a perjudicar en los afectos íntimos de otra.

Cuando hablamos de daño, mencionamos que existen dos tipos de daños principales, el daño patrimonial que es aquel que afecta directa o indirectamente los activos o el patrimonio económico del ofendido y el daño moral que es aquel que lesiona los bienes más íntimos de la persona como la libertad, la tranquilidad, el honor, etc.

Los tratadistas citados en el presente estudio en su mayoría consideran, que el daño moral es aquel que lesiona derechos subjetivos de carácter extrapatrimonial como lo son la

integridad física, la integridad espiritual, la libertad, y el desarrollo espiritual de una persona, es decir, que este tipo de daño nada tiene que ver con el daño patrimonial o económico.

Concluimos que todo daño debe ser reparado, y este modo de reparación se lo hace mediante la indemnización.

Por la naturaleza del daño moral no se permite su cuantificación aritmética a diferencia de la indemnización de un daño material y se debe buscar otro camino para su determinación.

Y mencionamos que existen dos teorías respecto de la persona jurídica frente a la responsabilidad civil: El sistema de la ficción legal que ve a la persona jurídica como una persona ficticia, en cuanto no es una persona humana sino una creación artificial del Derecho con fines meramente jurídicos y que parte del supuesto de que el hombre es el único que tiene voluntad y, por tanto, es el único llamado a ser persona; y el sistema de la persona real que considera en las personas morales la capacidad de obrar y exigir el cumplimiento de sus obligaciones, así mismo tiene capacidad para responder frente a terceros por la comisión de daños; eso supone que la persona jurídica al igual que el hombre tiene la capacidad de querer y obrar lo cual se extiende a todos los actos lícitos o ilícitos.

Por último debo indicar que en el Ecuador son muy escasas las demandas en las que una persona jurídica haya demandado daño moral, los pocos casos se encontraron en Chile y en España. En Chile la tendencia de los tribunales y de la doctrina es que una persona jurídica por su naturaleza no puede sufrir daño moral, y en España por el contrario si lo admite.

RECOMENDACIONES

Como hemos mencionado, la vida en sociedad está ligada al conflicto, por tanto, una de mis recomendaciones sería que si provocamos un daño busquemos la forma en la cual éste daño sea resarcido.

Que se interprete y se considere al daño moral como aquel daño que sólo puede lesionar derechos que están íntimamente ligados al ser humano; si concebimos el otorgarles el derecho a la persona jurídica de demandar daño moral sería como catalogarlas igual que las personas naturales, lo que desvirtuaría la naturaleza de la persona jurídica.

Que si el representante de una compañía considera que ha sufrido afectación en su prestigio o buen nombre, tome otras medidas para que el daño económico provocado pueda ser resarcido.

Y finalmente, como se ha mencionado en el presente trabajo investigativo, y por la falta de aplicabilidad del artículo 2233 de nuestro Código Civil vigente que señala “La acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal, (...) Cuando el daño moral afecte a las instituciones o personas jurídicas, la citada acción corresponderá a sus representantes”, mi recomendación sería que se suprima el segundo inciso del mencionado artículo determinando que sólo las personas naturales son las legitimadas para interponer la acción por daño moral, quedando el texto del artículo de la siguiente manera:

“La acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima, más, en caso de imposibilidad física de aquella podrán ejercitarla su representante legal, cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad. De haber producido el hecho ilícito la muerte de la víctima, podrán intentarla sus derechohabientes, conforme a las normas de éste Código”

BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho civil. Santiago de Chile: Imprenta Universal, 1981.

ATAZ LÓPEZ, J., Los médicos y la responsabilidad civil, Madrid, 1985.

BARCIA LÓPEZ, Arturo, Las Personas Jurídicas y su Responsabilidad Civil, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1922.

BARROS, ENRIQUE, Tratado de la Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica Chile, Santiago, 2006.

BETANCOURT, FELIPE Ponencia Universidad Gabriela Mistral, 28 de septiembre de 2007, Invitación a Jornadas De Derecho Civil. http://www.byvabogados.cl/sep07_qua.html.

BUERES, ALBERTO J. “Responsabilidad Civil de los médicos” vol. 1 Edit. Hammurabi, 1992, segunda edición.

BUSTO, J. Manuel, La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual, edit. Tecnos, Madrid 1998.

CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo V.

CAZEAUX, Pedro N. y Félix Trigo Represas. Compendio de Derecho de las Obligaciones, Tomo I, Editorial Platense, La Plata Argentina, 1986.

Código Civil Ecuatoriano, Registro Oficial 46: 24-VI-2005.

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449: 20-X-2008.

COUTURE, Eduardo, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Editorial Roque Depalma, Buenos Aires.

DE CUPIS, El daño, Teoría General de la Responsabilidad Civil, 2da edición, Edit. Bosch, Barcelona.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, vigésima segunda edición.
<http://www.rae.es/rae.html>

DÍEZ PICAZO L, Gullón A. Instituciones del Derecho Civil, Vol I. Edit. Tecnos, Madrid.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, La Noción Jurídica De Persona, Segunda Edición, Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1968.

FUEYO LANERI Fernando, Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones”, Editorial Jurídica Chile, Santiago de Chile, año 2004.

FUEYO LANERI Laneri, El Daño Extrapatrimonial y su indemnización especialmente en materia contractual, Santiago de Chile.

KANT, I., Metafísica de las Costumbres, Editorial Tecnos, Madrid, 1989.

LYON PUELMA, Alberto, Personas Jurídicas, Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile.

MARTÍNEZ SARRIÓN, Angel, “La evolución del derecho de daños”, en Derecho de daños, Luis Ribó Durán Coordinador, Bosch, Barcelona, 1992.

MAZEAUD, Henri, Mazeaud, León y Tunc, André. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. 6 vols. 5ª ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963.

MORÁN SARMIENTO, R. 2010, El Daño, Edit. Edilex S.A. Quito, 2010.

MOSSET, J, Responsabilidad por daños. Tomo V, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.

ORDOQUÍ, Gustavo y Olivera Ricardo. Derecho Compendio De Responsabilidad Extracontractual. Volumen II, Montevideo : Ediciones Jurídicas Amalio M Fernández, 1974.

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. «Responsabilidad civil de las personas jurídicas (sociedades) por acto de sus administradores o dependientes». En Derecho Civil. N.º 4.

Resolución No. 168-07, Sala de lo Contencioso Administrativo, R.O. 339-S, 17-V-2008.

Resolución de Corte Superior Juicio Nro. 56-2009.

YAGÜEZ, Ángel Ricardo De La Responsabilidad Civil, 2ª ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1989.