



UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK  
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y  
JURÍDICAS  
CARRERA DE DERECHO  
TRABAJO DE TITULACIÓN PARA LA  
OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO.

TÍTULO: “ANÁLISIS DEL CASO EN  
MATERIA CIVIL PAULLAN VS EERSA”:

AUTOR: DANILO GABRIEL ORTIZ  
MEDINA.

2018

## **CESIÓN DE DERECHOS**

DECLARACIÓN JURAMENTADA Yo, DANILO GABRIEL ORTIZ MEDINA declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría, que no ha sido presentado previamente para ningún grado o calificación profesional; y que he consultado las referencias bibliográficas que se concluye en este documento. A través de la presente declaración cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondiente a este trabajo, a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK ECUADOR, según lo establecido en la ley de Propiedad Intelectual, por su reglamento y por la normativa institucional vigente.

.....

DANILO GABRIEL ORTIZ MEDINA

CC: 1719814525

## **Dedicatoria**

A mi padre el cual fue fuente de inspiración y fortaleza para realizar esta investigación, sin ti nada hubiera sido posible.

A mi madre por su sacrificio constante y su apoyo incondicional.

A mi hermana María Fernanda por darme fuerza en momentos difíciles.

A mi hermana Pamela y mi sobrina Daniela por ser fuentes de inspiración.

## **Agradecimientos**

A Katherine Monteros mi amiga incondicional.

A la Doctora Carolina Dorado por ser un ejemplo durante toda mi carrera, una amiga incondicional en tiempos difíciles y una persona que siempre creyó en mí.

Al Doctor Esteban Garcés por ser un amigo y siempre estar a mi lado.

A la Doctora Angélica Porras quien dirigió mi trabajo con paciencia y dedicación.

Al Ab. Alex Ipiales quien ha demostrado ser un gran amigo y por la paciencia mostrada.

## **Resumen**

Esta investigación va encaminada al análisis de la figura del daño moral reflejo, y su correlación en cuanto a la indemnización que debe tener, la independencia de la misma y que personas están obligadas a responder por el daño causado, para esto se tratará a esta figura mediante las diferentes teorías civiles del daño y la responsabilidad.

## **Abstract**

This investigation is aimed at the analysis of the figure of moral reflex damage, and its correlation in terms of the compensation it must have, the independence of it and that people are obliged to respond for the damage caused, for this this figure will be treated through the different civil theories of harm and responsibility.



## Contenido

Introducción .....	10
Capítulo 1 .....	12
Responsabilidad civil .....	12
1.1 Acercamiento conceptual .....	12
1.2 Elementos.....	14
1.2.1 Hecho dañoso.....	14
1.2.2 Acto ilícito.....	14
1.2.3 Imputabilidad .....	14
1.2.4 Culpa.....	15
1.2.5 Nexo causal .....	15
1.3 Responsabilidad Subjetiva.....	15
1.4 Teoría de la culpa civil .....	16
1.5 Responsabilidad civil objetiva .....	17
1.6 Teoría del riesgo .....	17
1.7 Teoría de la lesión .....	18
1.8 El daño.....	19
1.8.1 Características del daño .....	21
1.8.1.1 El daño que se va a reparar debe ser cierto.....	21
1.8.1.2 Daño Actual .....	21
1.8.1.3 Nexo Causal .....	22
1.8.1.4 Cuantificable.....	22
1.9 Daño y perjuicio .....	23
1.10 Daño Moral.....	25
1.10.1 Características del daño moral.....	26
1.11 El daño moral reflejo .....	27
1.11.1 Autonomía del daño reflejo o por rebote o repercusión.....	30
1.11.2 La indemnización del daño moral .....	30
1.11.3 El daño moral y su resarcimiento pecuniario y no pecuniario.....	32
Capítulo 2 .....	33
2.1 Responsabilidad civil objetiva .....	33
2.2 Teoría del riesgo.....	33
2.3 Análisis del Código Civil .....	35
2.3.1 Fuentes del daño en el Código Civil ecuatoriano .....	35

2.3.2 Daño provocado por personas .....	36
2.3.4 Titulares y responsables de la acción .....	37
2.3.5 Daño civil provocado por animales .....	39
2.3.6 Daño civil provocado por cosas.....	40
2.3.7 Reparación del daño dentro del Código Civil .....	40
2.4 Daño moral en el Código Civil ecuatoriano .....	41
2.5 Daño moral reflejo. ....	41
2.5 COGEP .....	44
2.5.1 Competencia .....	44
2.5.2 Procedimiento .....	48
2.6 La audiencia.....	49
2.6.1 La audiencia de saneamiento contará con algunas partes: .....	50
2.6.2 Audiencia de juicio .....	50
Capítulo 3 .....	53
3.1 Hechos.....	53
3.2 Argumentos de las partes .....	53
3.2.1 EERSA (demandado).....	53
3.2.2 Inés María del Pilar Borja Guijarro (demandante) .....	55
3.2.3 Juez (razonamiento) .....	58
3.3 Sentencia .....	60
3.4 ¿Cómo se configura el daño moral?.....	61
3.4.1 Daño moral.....	61
3.5 ¿Existen obligaciones de las partes? .....	61
3.5.1 Obligaciones .....	61
3.5.2 Responsabilidad civil extracontractual.....	62
3.6 Pruebas.....	62
3.6.1 In re ipsa is loquitor (Los hechos hablan por sí mismos) .....	62
3.7 ¿Cómo se configura el daño moral reflejo? .....	62
3.7.1 Daño moral reflejo .....	62
Conclusiones .....	66
Bibliografía .....	68

## Introducción

Dentro de esta investigación se va a tratar la temática de que si la indemnización pecuniaria es la más adecuada para reparar un daño moral, con lo cual podremos observar si esta vía realmente cumple con la función de subsanar el daño moral generado, para lo cual se utilizará la teoría y se aplicará a un caso en concreto, se tratarán teorías contractuales y teorías extracontractuales, las cuales podrán darnos una respuesta sobre la idoneidad y viabilidad de la vía pecuniaria de reparación.

Se estudiará que alcance tiene la teoría del riesgo y si la misma aplicada dentro del área laboral logra tener una cobertura integral, la cual reparará todos los daños generados o si es necesario que exista la presencia de las teorías civiles para que se logre una reparación de los daños generados, para lo cual se estudiará las teorías y corrientes pertinentes al daño, con lo cual podremos observar si su cobertura es adecuada para estos casos.

Se habla de daños generados, ya que cuando existe una vulneración a un bien jurídico, puede darse como consecuencia que en algunos casos que otros bienes jurídicos también sean afectados, y posiblemente otras personas también se vean involucradas, es decir terceros que no estuvieron dentro del daño principal pero de alguna manera se ligaron a este daño, el cual les generó un nuevo daño.

En esta investigación se tratara particularmente el caso Paullán vs EERSA ocurrido en la ciudad de Riobamba, provincia de Chimborazo, en el año 2015, para el cual se tomará el método científico para llegar a conclusiones sobre las diferentes indemnizaciones que tuvo el mismo, mediante un método cualitativo el cual nos dará los resultados necesarios.

La investigación se dividirá en tres capítulos, el primer capítulo tratará sobre las diferentes teorías del daño, responsabilidad civil, teoría del riesgo y teoría de la culpa, con lo cual podremos tener claro un panorama para poder llegar a una conclusión sobre la indemnización, si esta es óptima y si está deberá ser independiente para cada daño, en el capítulo dos la investigación se centrará en la legislación ecuatoriana aplicando el Código Sustantivo Civil y el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) los cuáles contienen disposiciones legales respecto de la figura del daño y del daño moral reflejo, además de hacer una comparación con los Códigos Civiles tanto de Argentina como de Venezuela, y por último ya teniendo la teoría y el tratamiento normativo que se le da a

esta figura llegaremos a un tercer capítulo, el cual va a tratar el caso Paullán vs EERSA, el cual será visto desde la teoría y la legislación ecuatoriana y podremos tener conclusiones sobre el mismo.

# Capítulo 1

## Responsabilidad civil

### 1.1 Acercamiento conceptual

La responsabilidad es un compromiso que adquiere una persona para con una o varias personas a partir de una equivocación o falta que comete el individuo, teniendo en cuenta la obligación de reparar y compensar un daño creado a partir de la equivocación o una falta, en el derecho se lo entiende como la capacidad que tiene una persona para reconocer que hizo una acción y también reconocer que esta acción creó una consecuencia, siendo esta capacidad la razón por la cual el individuo va a ser procesado por el derecho y por lo cual obtendrá una condena. (Piedra, 2001)

También se puede decir que la responsabilidad es una equivalencia de contraprestación de correspondencia, es decir que todas las actividades humanas tienen un problema de responsabilidad, ya que viene siempre aparejado al individuo y a las acciones que cotidianamente realiza, por lo cual no puede existir una sanción y tampoco una indemnización, sino existió una persona que realizó determinada conducta o acción que desprendió la responsabilidad misma, a su vez debe existir un sujeto pasivo, quien recibe la acción y a quien se le generó un daño, por lo cual debe ser resarcido e indemnizado.

La responsabilidad también vendría a ser un resultado de una acción, es decir que es lo que una persona hace para obtener un deber o una obligación, lo cual se ve reflejado en su comportamiento.

La responsabilidad también se la puede entender como el cumplimiento indirecto de una obligación, ya que se le condena a una persona a pagar daños y perjuicios por no cumplir la obligación. (Barriga, 2000)

Por lo cual la responsabilidad civil vendría a ser una obligación por la cual una persona que cometió una equivocación o falta, debe reparar a quien le afectó esta conducta, únicamente en el ámbito civil por lo general que se genere una indemnización por los perjuicios ocasionados y para resarcir esta conducta, es decir que se debe reparar o indemnizar los daños y perjuicios que se le ha generado a una persona.

La responsabilidad civil englobaría así todos los comportamientos ilícitos que tienen por objeto o generan un daño a terceros, estos comportamientos desprenderían de si la obligación de indemnizar aquel incidente, pero esta indemnización debe ser una consecuencia jurídica, ya que el bien debe estar protegido o tener relevancia para el ordenamiento jurídico, este comportamiento ilícito es el incumplimiento de una obligación que se deriva de un contrato, un cuasicontrato, de una obligación legal, de un delito, de un cuasidelito, o la violación de un deber de prudencia. (Jaramillo J. t., 2008)

El daño generado al sujeto pasivo debe recaer sobre su patrimonio, se entiende por patrimonio, todo bien tanto intangible o tangible que tienen como titular una persona, es decir que la responsabilidad entendida desde el área civil también se puede decir que es el efecto previsto por el ordenamiento jurídico, que protege al patrimonio de una persona, el cual al momento de generarse una vulneración, genera la obligación de indemnización, por lo cual se podría decir que la persona que sufrió el daño se convierte en acreedor de una cantidad de dinero, y quien genero la conducta en deudor del mismo.

Otra acepción de la responsabilidad civil vendría a ser que el hecho ilícito que produce un daño debe ser resarcido de forma que las cosas regresen a su estado anterior, es decir que esta reparación busque que el daño no sea visible, de no ser esto posible se deberá generar una indemnización. (Piedra, 2001)

La responsabilidad civil emana tanto de los hechos o los actos jurídicos, los primeros se generan dentro del mundo sin el elemento volitivo del ser humano, siendo la transformación del mundo dada por un acto involuntario, mientras que los segundos si cuentan con la intensión, siendo la manifestación de la voluntad que produce una modificación en el mundo y por ende produce un efecto jurídico, esta manifestación es unilateral, bilateral o plurilateral.

Estos actos o hechos pueden ser jurídicos o antijurídicos, el primero produce una modificación del mundo pero de manera licita, es decir que no contraviene ninguna norma del ordenamiento jurídico, por lo contrario el segundo son conductas que están previamente prohibidas dentro del ordenamiento jurídico, por lo cual al contravenir esta disposición se genera un efecto jurídico lesivo que debe ser reparado. (Jaramillo J. t., 2008)

Dentro de la responsabilidad siempre podremos encontrar dos elementos:

- 1) Presencia de un daño
- 2) Obligación de repararlo

(Jaramillo J. t., 2008)

## **1.2 Elementos**

Teniendo en cuenta la posición de Prieto (Prieto B. Q., 2000) se señalan otros elementos de la responsabilidad como las circunstancias o las condiciones de existencia, que se originan para dar paso al nacimiento de la obligación de reparar, que en sí es la base de la responsabilidad, estos elementos deben estar presentes para que se genere la obligación de reparar, siendo estos elementos el hecho dañoso, el acto ilícito, la imputabilidad, la culpa y el nexos causal, los cuales pasaremos a revisar su contenido de manera individual.

### **1.2.1 Hecho dañoso**

Es la acción que causa daño a un tercero, pero esta acción carece del elemento volitivo, es decir no proviene de un comportamiento humano el cual fue premeditado y aceptando sus resultados, este hecho puede provenir del ser humano o de entes diferentes a este como la naturaleza. (Prieto B. Q., 2000)

### **1.2.2 Acto ilícito**

Supone la existencia de un ser humano el cual mediante su voluntad ejecuta una acción, es decir es la exteriorización de la voluntad, que por medio de una acción produce un cambio en el mundo exterior (Asua, 1972)

Esta acción debe contravenir el ordenamiento jurídico, ya que si la conducta no es exigible, esta conducta no podrá ser punible.

### **1.2.3 Imputabilidad**

Hace referencia a la capacidad para responder frente al derecho, no siendo así la clásica concepción de menores, sino la capacidad que tiene una persona para discernir sobre sus actuaciones y consecuencias, es decir la razón, pero para el derecho si se ven los elementos de la edad, además de las causas de exclusión, que son el estado de necesidad y la legítima defensa. (Prieto B. Q., 2000)

#### **1.2.4 Culpa**

Se manifiesta a través de la imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de la normativa, es decir que una persona realiza una acción o una omisión, que se ejecuta de manera voluntaria por una persona aceptando las consecuencias de la misma, la cual impide el cumplimiento normal de una obligación.

#### **1.2.5 Nexo causal**

Es un elemento de la responsabilidad civil que es la relación entre la causa y el efecto, que debe existir entre un acto u omisión para provocar un daño, es decir que la responsabilidad no hubiera sido posible si una acción u omisión determinada no hubiera provocado inequívocamente un daño a un tercero. (Enciclopedia jurídica, 2014)

Dentro de esta investigación también será tratada la responsabilidad subjetiva, ya que es relevante en el caso que se analizará en capítulos posteriores.

### **1.3 Responsabilidad Subjetiva**

Este sistema de responsabilidad tiene como característica principal la conducta, teniendo a la culpa de la persona que cometió la conducta determinante para imputar la responsabilidad a la persona, por lo cual se debe analizar si realmente fue una acción o una omisión lo que causó la responsabilidad, además del grado de culpa que tiene una persona para así poder determinar su responsabilidad. De esto se desprende que la persona debe actuar con cuidado y destreza al momento de realizar una actividad para no generar un daño a un tercero, en cualquiera que sea la actividad que nos desempeñemos o cualquier tipo de actividad cotidiana que pueda modificar el mundo externo, ya que por más que la persona no quiera causar un daño, si este es generado deberá responder por el mismo, de tal suerte que deberá la indemnización ser suficiente.

Se la llama responsabilidad subjetiva, porque se genera por medio de la conducta de la persona, ya sea por una acción o una omisión, es decir que el sujeto en sí es quien realiza o no determinada acción que puede ser reprochable, por lo tanto lo subjetivo pertenece al inconsciente de la persona, o traducido de otra forma la voluntad de la misma para actuar o no y así poder determinar su intención.

También conocida como responsabilidad civil tradicional, la cual solo va a ir encaminada a resarcir los daños que la persona cause por su propia culpa, pero si esta no tiene la intención de hacerlo debería quedar en principio exonerada, esta teoría se remite a la actuación o no culposa de la persona, y si la persona tiene culpa debe responder por el daño y repararlo. (Prieto B. Q., 2000)

#### **1.4 Teoría de la culpa civil**

La teoría se enfoca en la reparación de un daño por una actividad culposa, y se tiene como fin la reparación total e integral del daño causado, sin importar si el daño se genera de una responsabilidad contractual o extracontractual, lo que importa es la actuación de la persona y la intención que está tiene al momento de realizar una acción, teniendo en cuenta que esta acción debe generar un daño a un tercero y por ende debe generar una responsabilidad a la persona que cometió la acción dañosa.

Para que exista la culpa se necesita tener dos partes claramente definidas, por un lado tenemos a la persona que genera un daño, y por la otra tenemos a la persona que recibe el daño, esta última que recibe el daño debe ser titular del bien protegido, para que esta pueda reclamar la vulneración generada, es decir que debe ser titular del mismo, además que la persona que es dañada debe poder exigir una conducta a la otra. (Jaramillo J. t., 2008)

En sí la culpa es utilizada para poder generar un juicio de valor, el cual va a juzgar si una acción es aceptada o no por la sociedad, esta aceptación viene de la construcción misma de la sociedad y la historia que esta tiene, por lo cual la conducta podrá ser reprochable o no.

Por lo tanto se podría decir que la culpa se genera, al momento de realizar una acción, dentro de la cual podemos observar la impericia, imprudencia o negligencia al momento de realizar una acción, la cual no cumple con las normas o reglamentos de una sociedad

lo que impide que una persona cumpla con su obligación, siendo una actuación sujeta al reproche de las personas. (Jaramillo J. T., Culpa contractual, 1990)

## **1.5 Responsabilidad civil objetiva**

Esta teoría parte de la idea de que todo daño generado debe tener su respectiva reparación, la persona puede actuar con culpa o no, pero la conducta genera un daño el cual debe ser reparado, ya que quien lo causó tiene una responsabilidad generada a partir del mismo, es decir que basta simplemente con que el daño se genere, no importa la razón del mismo solo que este esté presente en el mundo, por lo cual al distorsionar el mundo este debe ser reparado para volver al mundo a su armonía.

## **1.6 Teoría del riesgo**

La teoría del riesgo tiene como cimientos la protección de una persona, sea esta natural o jurídica, la cual sufre un daño generado por una tercera persona, que legalmente no debería soportar, para lo cual se deberá determinar cuál es el daño y el grado de responsabilidad que tuvieron las personas presentes en el mismo, ya que dentro de una actividad ya sea esta laboral o cotidiana interactuamos con otras personas y estas actividades conllevan en si un riesgo, el cual es aceptado pero muchas de las veces no es programado.

Las personas a lo largo de su vida se ven inmersas en varias actividades, desde que nacen hasta que mueren, pero estas actividades están interrelacionadas con otras personas que a su vez se pueden ver envueltas dentro de estas actividades o pueden cruzar su camino con las actividades ajenas en un cierto punto, es decir que todas las personas que asumieron un riesgo al momento de determinar una acción van a tener no solo un grado de participación dentro de la acción, sino también tendrán un grado de responsabilidad dependiendo de cuál fue su aporte.

La teoría del riesgo se aplica dentro de la responsabilidad civil extracontractual, siendo la que determina la responsabilidad de las personas ya sean estas naturales o jurídicas dentro de un daño generado a otra persona, teniendo todas las personas responsabilidad al momento de realizar la acción por la cual se deben responder, ya que entienden o se supone que saben sobre el riesgo que la actividad conlleva, sin importar el cuidado que

la persona ponga al momento de realizar la actividad solo el resultado final que esta puede generar. (Espinoza, 2005)

## 1.7 Teoría de la lesión

De la teoría de la responsabilidad objetiva, la teoría de la lesión, se enfoca al daño contractual, tomando en cuenta la vulneración que una persona sufre mediante el incumplimiento de una obligación contenida en un contrato, se debe tener en cuenta que es un contrato bilateral, el cual cuenta con un carácter oneroso y conmutativo, teniendo en si un desbalance entre la prestación y la contraprestación del mismo, este desbalance se da por la ignorancia, la inexperiencia o un estado de necesidad que experimenta una de las partes.

La lesión puede provenir de las mismas cláusulas contractuales o a su vez puede darse de una variación en las mismas, es decir un irrespeto a las clausulas por lo cual se genera esta vulneración, siendo esta una protección otorgada a las personas que se les consideran más débiles dentro de un contrato, ya sea por su posición social, económica o de dependencia, dentro del mismo contrato, o a su vez la protección también va encaminada a proteger a las personas de la astucia de otras.

Cuando se genera la lesión esta va a tener un efecto de terminación del contrato, es decir su resciliación o a su vez también se podría demandar la nulidad del mismo, teniendo como fin la protección de las personas o sus bienes de un peligro inminente que también debe contar con la característica de actualidad y debe ser de provecho para la parte no agraviada, y por ultimo buscaría un reajuste del convenio para que este sea justo, este reajuste es declarado por el juez, en general es la indemnización la cual traerá equilibrio a la vulneración y la prestación. (Machiado)

Dentro de la lesión siempre deben estar presentes tres elementos, los cuales son:

- 1) Desproporción.
- 2) Situación de inferioridad de la víctima.
- 3) Explotación por parte del contratante.

(Españes)

A continuación se tratará la teoría del daño, ya que es relevante dentro de la teoría que se está tratando en esta investigación.

## 1.8 El daño

La palabra daño tiene un origen latín, nace de la palabra “*damnum*” siendo su traducción provocar dolor o perjuicio, por lo cual es usada en los casos que una persona que se encuentra en perfecto equilibrio, la cual por medio de una fuerza externa es perjudicada y excluida del equilibrio antes mencionado, provocando un daño o detrimento.

La palabra es frecuentemente usada cuando hablamos de una cosa que está en perfecto equilibrio, y por alguna fuerza externa es perjudicada, la fuerza externa se debe entender como una acción u omisión realizada por una tercera persona, es decir que nadie se puede beneficiar de su propio dolo.

El diccionario de la real academia de la lengua sobre el daño relata: “detrimento o destrucción de los bienes”

Para el derecho podemos conceptualizar al daño como el detrimento, perjuicio o menoscabo que sufre una persona en consecuencia de ya sea una acción u omisión de un tercero que recae sobre sus derechos personales o reales teniendo en cuenta que ya nos habla de un patrimonio ya sea físico y moral.

Dentro de la definición del daño civil, podemos citar a Jaime Santos Briz, el cual lo define como “El menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial”, es decir que este daño puede tener una indemnización siempre y cuando este sea realizado por una tercera persona, y a su vez que haya lesionado un bien jurídico protegido, es decir que se debe observar todo tipo de disminución o supresión de un objeto patrimonial o extrapatrimonial perteneciente a una persona que se la podría catalogar como víctima. (Alpa, 2001)

El daño no solo se va a centrar en el patrimonio de una persona, es decir que no solo se puede generar un daño a las cosas, sino que existe un daño que puede lesionar otro tipo de bienes incorpóreos, los cuales no pueden ser cuantificados fácilmente.

Debemos tener en claro que no solo se debe pensar que el daño es una disminución patrimonial de una persona, por lo mismo se habló anteriormente de una lesión patrimonial y extrapatrimonial, es decir que no podemos limitarnos a decir que el daño generado por la muerte de una persona por ejemplo solo se centra en lo patrimonial, es decir que no genera ningún daño en otros aspectos de una persona, y que este daño no llega más allá del sufrimiento, es decir un dolor psíquico, también se debe tomar en cuenta que existe un daño moral cuando el bien no es dañado, por ejemplo en una tentativa de asesinato, ya que no existe un daño al bien jurídico protegido, pero si existe un daño al fuero interno de la persona.

Se debe estar claro en el sentido de que el daño proviene la mayoría de veces de un cuasidelito, lo cual no es una regla general ya que podría también ser generado por un delito, el cuasidelito es la acción involuntaria que genera un hecho ilícito, y el delito es una acción realizada con la intención de generar este daño. (Jaramillo J. T., Tratado de Responsabilidad Civil Tomo II, 2008)

Dentro del concepto de daño podemos observar que la destrucción o deterioro material de una cosa ya constituye un daño pero en sentido físico mas no jurídico, es decir que para que se pueda hablar de una lesión que tenga interés en el ordenamiento jurídico se debe tener en cuenta que se debe lesionar a un bien jurídicamente protegido, es decir algún bien que se encuentre dentro de la norma y esta lo proteja de alguna manera, ahora para hablar de esta protección en la norma debemos situarnos principalmente en el rol del Estado, ya que es el estado quien da paso a esta protección, tomando en cuenta a ciertos elementos los cuales el Estado mediante su soberanía va a proteger, teniendo en cuenta de que es el mismo el que les da a las personas la capacidad para que las disfruten, es decir que se le da a un individuo o particular la capacidad de que disfrute de este bien y dando a su vez a los terceros la obligación de respetarlo.

Adriano Cupis considera al daño antijurídico como: *``la tutela jurídica no tiene por objeto los bienes en si considerados, si no las particulares situaciones de los sujetos respecto de los bienes``*, es decir que en el fondo el daño está compuesto de una lesión a la facultad que la persona tenia para hacer uso de un bien jurídicamente protegido. (Jaramillo J. T., Tratado de Responsabilidad Civil Tomo II, 2008)

En conclusión podemos observar que el daño civil, es básicamente una acción ilícita, es decir contraria a derecho, lesionando un bien jurídicamente protegido, la cual tiene que

ser realizada por una persona diferente de la víctima, al faltar una de estas dos características no se podrá hablar de un daño civil, ya que no podemos de hablar de una indemnización a uno mismo, es decir que para que se configure el daño debe existir un tercero, dejando de lado si existe o no una diferencia entre el acto doloso y culposo, ya que en lo que se centra el daño es básicamente en que esta actuación genere un daño sobre un bien jurídico protegido mas no si existió o no la voluntad de hacerlo.

### **1.8.1 Características del daño**

Como ya se habló anteriormente el daño es una acción realizada por un tercero que lesiona un bien jurídico protegido, el cual desencadena en una indemnización, pero para que esto se cumpla se deben tener en cuenta ciertas características, es decir que cuando se produce un menoscabo ya sea patrimonial o extrapatrimonial no basta para que se pueda hablar de una indemnización, siendo estos elementos tratados desde no solo el perjuicio mismo, si no en la calidad de las personas que sufren este daño, siendo otros elementos que el daño sea directo y actual, es decir que exista un nexo causal para que este daño sea susceptible de reparación, como se trató antes que sea directo, y cuando hablamos de actualidad hacemos referencia a que el daño no sea futuro o un hipotético, si no que el daño sea realizado dentro del tiempo que vivimos y este cause un daño, además de estar reconocido dentro del ordenamiento jurídico vigente. (Jaramillo J. T., Tratado de Responsabilidad Civil Tomo II, 2008)

#### **1.8.1.1 El daño que se va a reparar debe ser cierto**

El daño debe existir, y casi siempre se le da la carga de la prueba al demandante, se puede decir que debe existir certeza de que el daño fue creado y que este daño genere ciertas repercusiones las cuales terminaron por generar una reparación, por esto hablamos de que debe existir una certeza absoluta, es decir que la acción debe haberse producido necesariamente, y que está este ligada al daño.

#### **1.8.1.2 Daño Actual**

Es decir que esta acción no puede ser futura, sino actual, que la persona que realizó esta acción u omisión debe ser directamente responsable de los resultados, los cuales tuvieron repercusiones en su entorno, y que estas repercusiones contengan una lesión a

un bien jurídico protegido, ya sea este patrimonial o extrapatrimonial, por lo cual el daño no se puede basar en meras amenazas, si no que este evento debe ser consumado.

#### 1.8.1.3 Nexo Causal

Ahora el nexo de causalidad que existe entre la acción y el daño debe ser cierto, es decir que necesariamente esta acción dio como resultado la lesión del bien, por lo cual se debe tener certeza de lo mismo, por ejemplo si una persona prende un fósforo a una prenda de vestir de algodón sabe que esta se va a prender en llamas y el objeto se va a destruir, tenemos la certeza de que este suceso llevó a la destrucción del bien, otro ejemplo lo podríamos situar en una empresa que instala una antena telefónica en un edificio, la empresa les advierte sobre el daño que puede existir por la radiación de la antena, pero es solo una expectativa a futuro, mas no es un daño real, por lo cual no se puede hablar de daño si este no es cierto, es decir que el daño debe ser probado.

#### 1.8.1.4 Cuantificable

También se debe tener certeza en cuanto a su cuantía, es decir que el daño se va a volver cuantificable, ya sea este patrimonial o extrapatrimonial, en este punto ya podemos hablar de un juez que es el que mediante sentencia trata en sí de una reparación pecuniaria que es la vía más usada en la actualidad, pero como sabemos que la indemnización responde estrictamente a el daño generado, para hablar de esto debemos observar que el juez debe actuar mediante los parámetros de la equidad y proporcionalidad, es decir que debe observar que la reparación patrimonial sea justificada por el daño, para esto cuando un daño es patrimonial se recurrirá a pericias que indiquen el valor mismo de los objetos, pero cuando este daño no puede ser cuantificado deberá responder a un criterio estrictamente del juez, es decir *ex aequo et bono* o la sana crítica del mismo.

Por lo cual no se habla de una certeza de cuantificación real a menos que el daño sea meramente patrimonial, si no se habla de certeza al momento de su cuantificación por parte del juez, el que deberá considerar que ese dinero es el que va a resarcir el daño generado. (Jaramillo J. T., Tratado de Responsabilidad Civil Tomo II, 2008)

## 1.9 Daño y perjuicio

Cuando se habla de daño y perjuicio podemos observar que son básicamente palabras que siempre van a ir de la mano, pero cabe precisar a estas, el daño es una simple destrucción o deterioro de un objeto, ahora el perjuicio nos habla de que es una disminuciónd patrimonial que tiene una persona gracias a un daño realizado por un tercero, de esto podemos decir que se desprende cuando una persona o varias pueden realizar una peticiónd de indemnizaciónd, y a su vez como una persona puede realizar una peticiónd de indemnizaciónd siendo esta diferente del daño principal, es decir que el daño no se lo genero concretamente en contra de él, por lo mismo se debe entender que siempre existe un lote de bienes los cuales no son solamente patrimoniales y que están atados al fuero interno, para lo cual el Doctor Henao comenta *“simple destrucción de una cosa no constituye un perjuicio a la luz de la responsabilidad civil. Solo en la medida de que esta destrucción o deterioro tenga repercusión en los derechos o facultades patrimoniales de una persona, cabe hablar de perjuicio indemnizable.”* (Rivera, 2016)

Por lo tanto no se trata solo distinguir el daño y el perjuicio, ya que estas dos nociones conviven juntas, es decir que en un sentido genérico daño y perjuicio no van a terminar en responsabilidad o daño civil, porque se necesita la afectaciónd de un bien jurídicamente protegido y de interés para una persona para que este sea indemnizable.

Ahora teniendo otra nociónd podemos decir que la mayoría de bienes tienen interés para alguien, es decir que la alteraciónd o destrucción de uno de ellos pueden generar un perjuicio para un tercero, para esto podemos observar como la simple existencia de una persona dentro del plano terrenal puede dar como resultado el bienestar emocional de otra, por lo cual se puede decir que se convierte en algo importante para una persona que trae equilibrio para la misma, o a su vez la existencia de una cosa puede generar beneficios económicos a una persona sin ser esta necesariamente dueña de ese bien, por ejemplo las personas que pescan en un río que no es de su propiedad pero viven de ello, es decir obtienen réditos del mismo, o las playas en época de cangrejos, y en medida de cómo se habló anteriormente si el Estado no nos niega el goce de estos bienes, nos estaría dando tácitamente el derecho al uso de los mismos, formando parte así de nuestro patrimonio, produciendo un daño a la persona que goza de los mismos al

momento de una lesión por una fuerza externa. (Jaramillo J. T., Tratado de Responsabilidad Civil Tomo II, 2008)

Con esto claro se debe hablar de que toda disminución de beneficios no prohibidos por la normativa se constituye en un daño independientemente del objeto o persona que mediante una acción desencadene dicha disminución.

Es decir, el daño civil se ve en el entorno de una persona, la cual goza de ciertos privilegios que no están prohibidos por el ordenamiento jurídico teniendo una conexión con el mismo, constituyendo al momento de una disminución en esta facultad de goce sobre el derecho en un daño y perjuicio que debe ser reparado.

Ahora, si bien es cierto que solo se ha hablado de un daño particular, también existe el daño colectivo, es decir, no solo se puede generar repercusiones de manera particular, sino también de manera general, por ejemplo a un grupo de personas, ya que si partimos de la idea original de que el daño es una acción producida por un tercero que lesiona un bien jurídico protegido por lo cual es susceptible de una indemnización, daría lo mismo pensar que esta lesión agrede a una persona o a varias, retomando el ejemplo del río, si una persona vive de la pesca se puede decir de la misma manera que un grupo de personas que se dedican a esto y tienen interés en el río, por lo cual si el río es contaminado por ejemplo crearía un daño a todas las personas que tienen interés en el mismo, lo único que se debe tener en claro es que debe existir una disminución en los beneficios lícitos que se encuentran recogidos en la norma, claro que se debe tener en cuenta que cada quien tiene que reclamar su daño, por ejemplo el dueño de casa y sus inquilinos, se puede decir que en una casa viven tres familias, una es dueña del bien inmueble y las otras dos familias viven en ella pagando un arriendo, estas familias si la casa es destruida por una acción tienen derecho a una indemnización, pueden hacerlo individual o colectivamente, ya que su configuración al frente del derecho es distinta entre sí, por lo cual la colectividad también puede obrar como un sujeto diferente entre sí.

Se debe observar como último punto dentro de la definición de daño civil que el patrimonio está compuesto por dos tipos de bienes, los patrimoniales y extrapatrimoniales, es decir que no solo está compuesto por elementos tangibles y susceptibles de una tasación económica, sino también de elementos intangibles como la

vida, ya que siempre estos dos elementos estarán ligados para entre los dos hacer un conjunto. (Jaramillo J. T., Tratado de Responsabilidad Civil Tomo II, 2008)

### 1.10 Daño Moral

El daño moral hace referencia a todo tipo de lesión que sufre una persona en su honor, su buena fama, en su reputación, en su psiquis y en otros bienes jurídicos de carácter extrapatrimonial, dentro de este concepto Mosset Iturraspe explica al daño moral como toda acción que tiene una repercusión en la psiquis de una persona, es decir todo lo que afecte su armonía en cuanto a la vida misma del sujeto, siendo salud, estética y la intimidad de la persona, para Guillermo Cabanellas lo define *“la lesión que sufre una persona en su honor, reputación, afectos o sentimientos por una acción culpable o dolosa de otros.”*

Carlos Alberto Ghersi dice que el daño moral es: *“constituye toda modificación desvaliosa del espíritu, puesto que puede consistir en profundas preocupaciones o en estado de aguda irritación que afectan al equilibrio anímico de la persona”*.

Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre define al daño moral como: *“aquellos que afectan a la esfera psíquica de la víctima, es decir, afectan a los bienes inmateriales del ofendido, se trata de una lesión a los sentimientos y que tiene eminentemente un carácter de reparación o de la satisfacción”*.

Es decir que el daño moral es toda afectación al fuero interno de una persona, o a su conjunto extrapatrimonial de bienes, siendo el menoscabo de los sentimientos, este no es cuantificable en principio, ya que por ejemplo no se puede poner precio a el sufrimiento de una persona, también se debe tomar en cuenta que es la molestia que tiene una persona en su armonía en cuanto a la facilidad del uso de sus bienes extrapatrimoniales. (Rivera, 2016)

Por lo cual se puede concluir que el daño moral es el todo dolor o sufrimiento que tiene una persona siendo esta independiente de cualquier repercusión de orden patrimonial, ya que el objeto del daño moral no va a ser restablecer un bien patrimonial afectado, sino más bien el de restablecer la armonía o situación anímica que tiene una persona, es decir dar a cambio una reparación que logre satisfacer a la persona brindándole sensaciones placenteras que suplanten a las sensaciones pasadas que afectaron a la misma, o a su vez

se puede decir que es el daño personal que sufre una persona o sujeto pasivo de ya sea un delito o un cuasidelito, el cual va a afectar directamente a la misma en su fuero interno entendiéndose este como la esfera psíquica, emocional y afectiva que es susceptible de una reparación, la cual debe ser realizada por la persona que cometió la acción, así satisfaciendo o cambiando la faceta dañina vivida sustituyéndola por otra sensación de confort. (Hard, 1969)

### 1.10.1 Características del daño moral

De todas las conceptualizaciones señaladas anteriormente, debemos comprender que el daño moral en sí tiene una caracterización regular, es decir que ciertos elementos están presentes siempre, estas características son:

- A) La disminución o privación de bienes fundamentales del ser humano, especialmente la tranquilidad, la libertad, la honra y la buena fama;
- B) Angustia y aflicción al sujeto pasivo del acto injurioso;
- C) Afectación al proceso de pensamiento de la víctima;
- D) Seria perturbación emocional y afectiva;
- E) Daño psíquico y material;
- F) Atrae sobre si un concepto social degradante y sus consecuencias concomitantes;
- G) Generalmente violan derechos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y las constituciones.
- H) Genera una reparación pecuniaria.

(Jaramillo J. T., Tratado de Responsabilidad Civil Tomo II, 2008)

Dentro de la constitución del Ecuador, podemos encontrar a la figura del daño moral plasmado en el artículo 66 perteneciente al Capítulo sexto, denominado Derechos de la libertad, en donde se señala: se reconocerá y garantizará a las personas, en el numeral 3, el derecho a la integridad el cual constituye, la integridad física, psíquica, moral y sexual, de igual manera dentro del Código Civil ecuatoriano dentro del artículo 2231 menciona: Responsabilidad por el daño moral.- las imputaciones contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no solo si se prueba daño emergente o lucro cesante, si no también perjuicio moral.

## 1.11 El daño moral reflejo

### Domage par ricochet

En Francia comienza esta figura y significa literalmente daño moral rebote, esta nos habla de que existe una víctima indirecta, la misma que debería ser reparada por cargar con este daño, pero tenemos aquí una dificultad, ya que se podría llegar a confundir el daño moral reflejo, con el daño que no es indemnizable, ya que muchas veces este daño no guarda un nexo causal con el hecho ilícito. Los perjuicios se han clasificado en directos e indirectos, teniendo en cuenta que refiriéndonos a la materia contractual los primeros generan una consecuencia inmediata de no haberse cumplido una obligación fijada dentro de un contrato, y también dentro del ámbito extracontractual, los cuales no estarían ligados a los delitos y cuasidelitos como fuentes, ahora, si bien en el primer caso que se habló, no existe justificación para el incumplimiento de una de las cláusulas de un contrato, por lo cual podríamos estar hablando de un dolo, y este dolo es el que le da responsabilidad a la persona que ya sea por acción u omisión no cumplió con las obligaciones pactadas, por lo cual deberá resarcir los daños creados a partir del mismo hecho ilícito.

Ahora teniendo esto en cuenta tenemos que abordar el daño no indemnizable, por ejemplo cuando una persona pide un préstamo confiado en que con su sueldo va a poder pagar las cuotas referentes al mismo, pero su empleador se retrasa en el pago del sueldo generando un daño directo con su trabajador, pero la entidad que le dio el préstamo por más que se genere un daño indirecto, no podrá estar hablando de un daño moral reflejo. (Prieto B. Q., 2000)

Con esto podemos decir que el verdadero problema del daño moral reflejo no está en saber si existió o no un daño, si no en saber quiénes son las personas legitimadas para poder pedir la indemnización, la respuesta no es tan sencilla, ya que en principio podríamos decir que es toda persona la cual recibió un daño, con lo cual se generará el derecho a la indemnización, ya que por más mínimo que pueda llegar a ser el perjuicio esta víctima indirecta podría pedir indemnización, lo cual no cuadra con la verdadera opción de reparación, ya que tiene que ser un daño real, el cual se presenta con actualidad y da como resultado un perjudicado principal y un o unos perjudicados

indirectos o secundarios, por lo cual se debe tener mucho cuidado con esta acepción, ya que se debe hablar ya de limitaciones y restricciones a esta figura.

Por ejemplo si tomamos el ejemplo de la muerte de una persona, se podría decir entonces que todas las personas involucradas con la persona que sufrió el daño principal tuvieron un daño, familiares, amigos, conocidos, entre otras, siendo la indemnización imposible de asumir por quien cometió el hecho ilícito, ahora debemos dejar en claro que las personas que si son legitimarias son sus familiares, ya sean ascendientes o descendientes o hermanos, pero podría darse el caso de que amigos también sean beneficiarios de esta indemnización ya que mantienen un vínculo estrecho con la víctima, por lo cual se debe estar seguros del daño, es decir tener una certidumbre del mismo y cuál fue el bien jurídico lesionado, por lo tanto al daño se lo debe tratar bajo tres aristas, que este daño sea cierto, real y efectivo, es decir que sea cierto en medida de que el daño fue realmente hecho, en este punto tenemos que ser muy cuidadosos, ya que un daño no se va a creer cierto por la cuantía del mismo, es decir no importa si el daño es cuantificable o no, solo que este daño exista, el segundo punto es la realidad o certidumbre, es decir que afecte un bien y este sea cuantificable, dentro de este punto del daño se mencionará de la limitación que debe que existir para que una o más personas pidan la indemnización, y efectivo vendría a dar el carácter de que la indemnización repare el daño en sí. (Prieto B. Q., 2000)

Ahora cuando tenemos un daño extrapatrimonial podemos estar seguros de que como se habló anteriormente va a existir el remplazo de una situación difícil por una situación placentera, ahora esta limitación para las victimas supuestamente indirectas se da cuando deban probar al juez que el daño fue generado hacia ellos teniendo, en cuenta que sea cierto, real y efectivo, con esto se podría dar una suerte de traslado del ámbito meramente subjetivo en donde todo el mundo podría decir que se le generó un daño, al ámbito meramente objetivo donde tiene que probar el mismo, aunque dentro de esta investigación se ha venido diciendo que hay ciertas personas que por su calidad no tendrían que hacerlo, por ejemplo los hijos.

Con esto claro podemos ya abrir el espectro al segundo campo que es el de la realidad, es decir que este daño debe afectar un bien jurídicamente protegido, consecuentemente este daño debe ser contrario a la moral y buenas costumbres, así resulte muy subjetivo esto último, pero así se logra una exclusión a los daños que podrían catalogarse como

ilícitos o inmorales, antiguamente, lo que sí se puede decir es que este interés en un poco subjetivo, ya que dependerá del lugar y el tiempo en el que se aplique, ya que la sociedad es variante y estos criterios también. (Prieto B. Q., 2000)

Dentro del daño podemos observar que la limitación es más fácil de realizar cuando es a su patrimonio ya que se da cuando una persona tenía ciertos privilegios económicos de la persona afectada directamente, y gracias a la muerte o a la incapacidad de la misma esta persona deja de percibir estos beneficios que antes le eran otorgados, se debe dejar en claro que en este punto no se habla solamente de cuando la víctima directa fallece, es decir que también por incapacidad de la misma se puede llegar a un daño, por ejemplo si una persona realizaba obras de arte con sus manos y de esto mantenía a su familia, por un accidente esta persona pierde sus manos, existirá un daño sin necesidad de que la persona este muerta, ya que no podrá mantener a su familia, al menos no de su modo habitual, por esto la indemnización planteada no solo deberá favorecer en principio al directo afectado, si no que esta también deberá cubrir a las personas que se vieron afectadas, es decir que deberá cubrir la dependencia que estas tenían.

Se debe dejar en claro que no toda persona es capaz de pedir el daño moral reflejo por lo cual se debe tocar un tema que nos va a ayudar a entender lo que significa esta figura, la cual es de la legitimación de personas distintas a la víctima para pedir una indemnización, para iniciar debemos saber que no solo se produce daño en una persona al momento de cometer una acción, es decir que por más que la acción sea direccionada a una persona pueden existir otras que también se vean involucradas al momento de que esta acción sea ejecutada, por ejemplo cuando una persona muere su núcleo familiar que es el más allegado tiende a sufrir estragos por la acción que paso, por lo cual cuando se trata el tema de legitimación nos queda muy en claro que la persona que recibe la acción que lesiona un bien jurídico protegido es la directa afectada pero como se trató antes existen terceros los cuales también podrían llegar a pedir esta indemnización, estas personas pueden ser herederos, simples parientes, o terceros que son simples allegados a la misma.

Para que estas personas tengan derecho a una indemnización no se requiere que exista una obligación de la persona frente a la víctima directa, por ejemplo podemos citar el derecho de alimentos, solo basta con que esta persona gozaba de una situación favorable, la cual la persona directamente lesionada le proporcionaba, por lo cual no

basta con saber si jurídicamente una persona le debía una prestación a otra, sino saber si esta persona gozaba de una situación jurídicamente relevante de la otra, por lo cual tenemos diferentes casos que se pueden citar. (Rivera, 2016)

### **1.11.1 Autonomía del daño reflejo o por rebote o repercusión**

Cuando se habla de esta autonomía que debe tener esta acción, se debe tener en cuenta que es un perjuicio que por más que dependa del perjuicio principal para su creación, puede subsistir solo, es decir que se puede pedir de manera separada, consecuentemente que lo que está reclamando la persona al momento de pedir el daño moral reflejo es el daño propio que ella sintió al momento de que se creó el daño principal, ejerciendo para sí mismo un derecho originario, el cual es personal y diferente a las primeras personas que son llamados victimarios directos o principales, claro que los dos daños tanto el principal y el daño reflejo pueden coexistir, pero estos daños son independientes, por ejemplo las lesiones causadas a una persona llamada víctima directa causa un daño espiritual en otra llamada víctima secundaria o indirecta. Esta autonomía se debe considerar también dentro de un orden ya que no debería dar paso en inicio a que un grupo de personas excluyan a otras, es decir que igualmente al ser autónomas las personas deberán acreditarse como víctimas secundarias y cuando estas hayan sido acreditadas como tal llegar a un punto de pedir su acción autónoma. (Rivera, 2016)

### **1.11.2 La indemnización del daño moral**

El daño moral y su valoración en cuanto a una indemnización es netamente una área subjetiva, es decir que queda a criterio del juez que y cuál va a ser la reparación, como sabemos a la final se confirmara una reparación pecuniaria que venga a satisfacer el daño creado, pero existe doctrinariamente una figura llamada el test de proporcionalidad, la cual nos va a dar una limitación para que esta reparación sea proporcional al daño, teniendo ciertos parámetros como la idoneidad, necesidad y la proporcionalidad, lo cual nos permite saber por ejemplo en fallos de diversas entidades que el dedo gordo de la mano cuesta más que el dedo meñique, ya que su función es otra, pero este carácter de que el uno cueste más o menos queda también estrictamente ligado a lo que conocemos como sana crítica del juez, quien considerar si es efectivamente la suma exacta para indemnizar a la persona y así satisfacer su derecho. (Prieto B. Q., 2000)

En este punto partiremos de las palabras de Orgaz, el cual dice que *“lo que dejamos dicho destaca a la vez que la reparación del agravio moral no se concede a título de pena contra el responsable. Lo mismo que la indemnización de los daños materiales, la de los morales tiene un estricto carácter de reparación, al menos en el derecho moderno: una y otra, en efecto no se proponen inmediatamente imponer un mal al responsable, infringirle un castigo, si no tan solo procurar a la víctima una satisfacción o compensación de los daños que ha sufrido e su patrimonio o en sus valores morales a raíz del acto ilícito”*; pero si sacamos una síntesis de esto podemos observar que existe una reparación en carácter de pena, es decir que no se va a observar en si una compensación por el daño causado como se habló anteriormente de cambiar una sensación o experiencia traumate por otra que sea placentera, ya que dentro de la indemnización podemos tratar que es netamente pecuniaria saliéndose del guion de reparación, siendo esta reparación no distinta de la material, ya que se cuantifica un bien jurídico protegido, y al ponerle precio simplemente se lo paga como si se tratará de un auto al cual le falta un repuesto el cual sabemos que cuesta cierta cantidad de dinero y la misma es pagada por la persona que realizo el daño. (Rivera, 2016)

Dicho esto debemos centrarnos en que no se puede hablar estrictamente de una reparación pecuniaria sancionatoria, si no tomarla como una obligación de resarcir los daños generados a una persona mas no tomarlo como una pena, tomando en cuenta que la existencia y el alcance del daño son las variables que van a ser tomadas a lo largo de la cuantificación del daño moral o extrapatrimonial, pero como se mide este daño, no se tiene a la mano dentro de ninguna legislación al menos conocida que exista una tabla de indemnización, es decir que una vida cueste tanto dependiendo de cómo este configurada, lo que si se ha usado para esta cuantificación es la sana critica del juez. Como se trató anteriormente el juez es el que tiene que ponerle un precio a los bienes jurídicos protegidos, teniendo en cuenta que esta valoración debe resarcir el daño, más no debe servir de instrumento a una persona para que se enriquezca, ahora los factores valorativos a los que se encuentra sujeto el juez son básicamente los que presenten las partes en el momento de una contienda legal, por ejemplo el daño al proyecto de vida, en donde se puede decir que hasta cierto punto se vuelve una persona más importante que otra, es decir que no costará lo mismo una vida de una persona que tenga o este por conseguir un título universitario que la vida de una persona que no estudio y trabaje como obrero, ya que se considera como una afectación distinta. (Rivera, 2016)

### 1.11.3 El daño moral y su resarcimiento pecuniario y no pecuniario

Anteriormente se habló de como la vía más idónea para reparar el daño moral trata de un elemento netamente pecuniario, que es la vía más usada generalmente, pero siempre se tendrá la duda si es la más efectiva, ya que un acto que afecta al fuero interno de la persona genera en si un daño irreparable, por ejemplo al bien protegido vida, ya que no se puede comprar o poner precio a la vida de una persona, pero si no existiera esta vía no se podría hablar de otra, es cierto que no se puede cuantificar la misma pero sin lugar a dudas es la vía más idónea ya que como se planteó anteriormente lo que se busca en si no es la cuantificación de un bien jurídico protegido, lo que se busca en si es la creación de otra experiencia en este caso satisfactoria la cual venga a reemplazar la anterior situación para así crear un equilibrio dentro de la psiquis de la misma, como se dijo anteriormente, no es una vía que va a reparar el bien jurídico en sí, pero es la vía más idónea ya que actualmente se carece o desconoce de otra. (Hard, 1969)

## Capítulo 2

Dentro de este segundo capítulo analizaremos la legislación ecuatoriana específicamente en el daño moral y daño moral reflejo, por rebote o por repercusión, para analizar esta figura se tomará como base el primer capítulo, tomando la responsabilidad civil objetiva, dentro de esta la teoría del riesgo y por último la corriente de Jorge Palladares Rivera en cuanto al daño moral.

Para recapitular un poco estos conceptos volveremos a hacer una breve introducción de los mismos.

### 2.1 Responsabilidad civil objetiva.

Esta teoría parte como se mencionó anteriormente de que todo daño que se genere debe tener una reparación, dejando de lado que la persona actué con culpa o no, generando así a la persona titular del daño la obligación de restituirlo, este daño debe estar presente en el mundo y generar una mutación en el mismo, es decir desestabilizar la armonía del mundo y esta debe ser vuelta a equilibrar.

Partiendo de esta premisa de la responsabilidad civil objetiva llegaremos a la teoría del riesgo, la cual se encuentra inmersa dentro de esta teoría y nos dice:

### 2.2 Teoría del riesgo

Esta teoría como ya se mencionó anteriormente hace referencia a que toda persona debe tener una protección en caso de sufrir una agresión, esta persona puede ser natural o jurídica, este daño siempre va a venir de un tercero, el cual mediante una fuerza externa desestabiliza la armonía de la persona, se debe tener en cuenta que este daño no está previsto por el ordenamiento jurídico, por lo cual la persona no está obligada a soportar el mismo.

Para reparar este daño se debe delimitar el grado de responsabilidad que tiene una persona presente en la generación de un daño, esto se debe a que muchas veces pueden existir no solo una, sino varias personas que llegan a generar el daño.

Se la llama teoría del riesgo porque se basa en que todas las personas interactuamos con otras a toda hora del día, esta interacción entre personas pueden conllevar un riesgo, el cual es muchas de las veces aceptado pero casi nunca este es programado.

Estas teorías están dentro de la responsabilidad civil extracontractual, en la cual se debe tener en claro que lo que importa es el final de la acción, mas no el grado de cuidado que tuvo la persona al momento de realizar la misma, es decir que se va a observar como el bien jurídico dañado es el que debe repararse así sea sin motivación la conducta que provocó el mismo.

También se tomará en cuenta para este análisis la corriente de Jorge Palladares Rivera, la cual se explicará a continuación.

El daño debe ser antijurídico, siendo esta acción contraria al derecho y a la ley sustantiva, pero dentro del mundo del derecho no solo existen actos que sean antijurídicos, sino también actos que se encuentran permitidos por la ley, siendo los primero realizados con el elemento volitivo o dolo y el segundo por la culpa o negligencia.

El daño puede darse por un hecho que no es antijurídico pero constituye un obrar peligroso e inculpable, o en una actividad lícita pero riesgosa, la cual puede producir consecuencias riesgosas para la sociedad o personas en particular, por ejemplo una fábrica de explosivos que fue instalada legalmente pero que es posible que de ella se desprendan daños, siendo su reparación exigible, a esto se le llama un riesgo abstracto, creado por una actividad legitima.

Por todo lo antes mencionado se debe tener en cuenta que tanto en las teorías propuestas como en esta corriente se puede crear un camino mediante el cual analizar las diferentes normas inmersas dentro de la legislación ecuatoriana, las cuales van a obedecer a las mismas y podremos analizarlas a la luz de estas.

Por lo cual podríamos tener una primera conclusión siendo esta que todo daño debe ser reparado, independientemente si se realizó este con el elemento volitivo o no, el daño debe provenir de una fuerza externa provocada por una tercera persona, la persona que recibe este daño no tiene la obligación de soportarlo y por ultimo este daño debe ser antijurídico, es decir que se encuentre normado y por lo cual tenga interés para el derecho y por supuesto tenga una vía de resarcimiento.

## 2.3 Análisis del Código Civil

Dentro del código civil ecuatoriano podemos observar que el daño está presente en los artículos 2214, hasta el artículo 2230, con lo cual nos dan varias pautas y razonamientos acerca del daño.

### 2.3.1 Fuentes del daño en el Código Civil ecuatoriano

El código civil desde un inicio nos habla que existe el daño y que este proviene del delito o cuasidelito, ahora bien, se debe entender al delito y al cuasidelito dentro del área civil como fuente de las obligaciones, es decir que de estas acciones se van a producir hechos los cuales van a generar responsabilidad para la o las personas que cometieron dicha actuación.

Por lo tanto el tratamiento del delito y el cuasidelito dentro del área civil y dentro de esta investigación debe ser el siguiente:

**Delito:** se llama delito a toda actuación causada con dolo o basada en la voluntad de una persona para causar daño a otra y esto es contrario a la ley.

Ahora si bien es cierto que es una acción no debemos dejar de lado que el delito puede provenir de una acción y también de una omisión, las cuales deben ser voluntarias, por lo cual se genera la obligación de reparar este daño.

**Cuasidelito:** esta figura parte de la premisa que es un hecho ilícito, es decir que es una acción u omisión realizada por una persona que genera a otra un daño, la variante con el delito es que este daño es causado sin intención, es decir que carece del elemento volitivo o de dolo.

Se debe tener en cuenta que aunque no se cuente con la voluntad de una persona de generar un daño, el daño nace en este mundo y afecta a una persona, por lo cual este daño debe ser reparado, generando así una obligación a la persona que tiene cercanía con los hechos o las cosas que provocaron este incidente.

El código civil nos habla expresamente en el artículo 2214 al decirnos que solo estas dos figuras son la fuente del daño.

### 2.3.2 Daño provocado por personas

Como se ha mencionado en toda esta investigación se debe tener en cuenta que la mayoría de los daños son causados por acciones u omisiones de las personas, por lo cual el código civil da muchas pautas al respecto de cuál debe ser el tratamiento y como se va a observar este daño.

El primer artículo que nos habla del daño termina diciendo algo interesante que conecta a dos ramas del derecho, *sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito*, es decir que este daño puede tener consecuencias penales y civiles, se debe tener en claro que esto no es una contradicción al principio non bis in ídem, ya que no se busca tener dos sanciones por un mismo hecho, lo que se busca es que la conducta debe ser sancionada, pero el daño también debe ser reparado, es decir que lo que se busca es retrotraer las cosas al estado de armonía que tenía antes de que suceda el ilícito.

Como ejemplo podemos citar un choque automovilístico, una persona por exceso de velocidad en estado étlico se pasa un pare, con lo cual embiste a otro carro generando un daño a un tercero, por lo cual podemos observar que primero está infringiendo una norma de tránsito, la cual debe ser sancionada, que es conducir en exceso de velocidad y además de conducir en estado étlico, ahora esta conducta es contraria a la ley, por lo cual tiene una sanción y debe ser impuesta, pero existe un segundo agente dentro de este incidente, el carro que fue investido debe ser reparado, para lo cual se tomará en cuenta esta figura llamada indemnización, ya que la persona que estaba en este auto no tenía la obligación jurídica de soportarlo.

En este contexto se puede concluir gracias al ejemplo que lo que se busca es una reparación íntegra, ahora bien ya sabiendo esto debemos pensar en algo más, en quienes son los titulares de este derecho de indemnización, de esto nos habla el siguiente artículo, el artículo 2215, si bien podemos observar que por simple lógica la persona que puede pedir esta indemnización es el titular del derecho que fue vulnerado, no siempre es así, ya que esta puede recaer sobre el poseedor, el heredero, el usufructuario, el habitador o el usuario, para entender mejor estas figuras las trataremos brevemente de manera individual.

El poseedor como su nombre lo indica es una persona que tiene una cosa, pero esta cosa no le pertenece, es decir que es una tenencia que puede estar justificada legalmente pero que no le da el dominio de la misma, es decir el entero derecho sobre la misma, en segundo escalón tenemos al heredero, el heredero es la persona que por cuestiones biológicas o legales es el llamado a tomar el dominio completo del bien cuando la persona llamada dueño muera, por lo cual es una expectativa pero esta debe ser justificada, en tercer escalón tenemos al usufructuario, esta persona es quien tampoco tiene el dominio del bien pero tiene derecho sobre los frutos que produzca el mismo, es decir que va a ser el que goce de las ganancias producidas por el bien, teniendo en cuenta que tampoco tiene el derecho pleno sobre el bien, en cuarto escalón se encuentra el habitador o el usuario, los cuales son personas que tienen por periodos de tiempo el bien, es decir que no tienen derecho sobre el pero si tienen cierta conexión temporal con el mismo.

Por lo expuesto podemos concluir que la persona que realiza un daño puede tener varias implicaciones al momento de la indemnización del mismo.

#### **2.3.4 Titulares y responsables de la acción**

Ahora bien sabemos que algunas personas que tienen cierto acercamiento al bien pueden pedir una indemnización, pero nos hace falta algo básico, quien tiene la obligación de pagarla, bueno en este punto por simple lógica podemos decir que la persona que tiene la obligación de indemnizar este daño es quien lo hizo, y si en principio es la premisa principal, pero dentro de esta figura de responsable se debe adherir a dos personas más, que son los herederos y quien reciba provecho de este acto sin ser cómplice y obviamente el cómplice.

De los herederos ya se habló anteriormente que son las personas titulares del bien cuando el dueño fallezca. El cómplice es la persona que ayuda con el cometimiento del ilícito, es decir una persona que realiza parte de la acción o a su vez es una persona que facilita el cometimiento de la misma, por ejemplo si dos personas golpean a una, los dos son responsables, pero si una persona le presta a una de ellas algún instrumento por el cual puedan obtener una ventaja para golpear a otra, será cómplice e igual tendrá que responder por lo cometido, esto no se debe confundir con quien saque provecho del ilícito, la diferencia está en que el cómplice tiene una participación directa en el

cometimiento del ilícito, mientras tanto la persona que saca provecho no tiene participación dentro del cometimiento de la conducta ilícita, pero si obtiene un beneficio, justamente estas personas se encuentran inmersas dentro del artículo 2216 del código civil.

Como ya se expuso anteriormente pueden existir dos o más personas al momento de cometer una conducta ilícita, ya se dijo que los dos serán responsables anteriormente, pero que tipo de responsabilidad es la que va a ser usada, la responsabilidad solidaria, como se encuentra relatado dentro del artículo 2217 del código civil. Esta figura llamada responsabilidad solidaria no es más que los dos o más sujetos son responsables por la totalidad de la acción, es decir que la indemnización puede ser pedida a cualquiera de las personas que estuvieron involucradas dentro de esta conducta ilícita, aquí se debe acotar algo, si bien es cierto que la responsabilidad solidaria da a todas las personas que están inmersas la obligación de resarcir la totalidad del daño se debe precisar que si se pide la totalidad del pago a una, el resto quedara libre de esta responsabilidad, o a su vez se podrá pedir porcentualmente la indemnización a cada uno, pero al indemnizar uno solo es cierto que libera al resto de la responsabilidad de reparar este daño, pero genera a su vez una segunda obligación frente a la persona que indemnizo, además de que genera el derecho llamado de repetición a la persona que indemnizo por todos.

El derecho de repetición no es más que la capacidad que tiene una persona para exigir a otra el pago de una obligación que el que pago no debía cancelarlo en parte o en su totalidad.

Si bien es cierto que esta conducta puede ser realizada por varias personas, debemos saber que estatus tienen los involucrados para poderlos obligar, no todas las personas pueden ser obligados a reparar un daño, es el caso de los menores de siete años y los dementes como se puede desprender del artículo 2219 del código civil, pero como se ha expuesto en el capítulo anterior, el daño debe ser siempre reparado, por lo cual por más que estas personas estén exoneradas de la indemnización o no puedan ser imputables por la misma, debemos saber que existen unas personas que si tienen que responder por el daño, ya que esta afectación siempre debe ser reparada, así tenemos que las personas que estén a cargo de estos dos grupos de personas serán los que respondan por este daño, y así no se dejara sin reparación y se podría decir que la armonía regresara para la

persona que se le genere el daño, haciendo un pequeño inciso dentro de este artículo se debe saber que las personas que se encuentren en grado de ebriedad tendrán que responder por la totalidad de sus acciones, es decir que estar bajo los efectos del alcohol no exime de responsabilidad alguna.

Esta responsabilidad generada por estas personas recae de manera escalonada, es decir que los padres responderán por las acciones de los hijos menores, mientras que el curador o tutor será responsable de lo que haga la persona a su cargo y que vive bajo su dependencia o cuidado, las autoridades de un colegio responderán por los alumnos en horas de clase o cuando estén bajo su cuidado, mientras que los artesanos y empresarios responderán por las personas que estén bajo su dependencia dentro de la actividad que desempeñan para ellos, pero siempre se debe tener en cuenta que si la persona actúa con dolo la responsabilidad será solo suya, es decir que ninguna persona responderá por ella salvo los casos del artículo 2219 del código civil.

Además de estas personas debemos nombrar al dueño de un edificio, como esta descrito en el artículo 2223, el cual nos dice que si el dueño realiza reparaciones innecesarias o no del cuidado debido al mismo y a partir de estas se produce un daño a las personas que habitan dentro del edificio, este deberá ser responsable para los inquilinos, además de que si el edificio tiene dos o más propietarios también se deberá dividir entre ellos la responsabilidad.

Si bien es cierto que las personas responden por las acciones de las personas que tienen a su cuidado, se estipula una regla que es parecida al derecho de repetición anteriormente tratado, es decir que lo pagado por estas personas podrá ser recobrado de los bienes que tengan las personas a su cuidado, es decir que serán indemnizados por lo pagado, si bien es cierto esto ya que se encuentra dentro de la norma en lo personal pienso que es un artículo incompleto (2225 CC), ya que ocurre si la persona no tiene bienes, nunca especifica que se podrá cobrar a futuro.

#### **2.3.5 Daño civil provocado por animales**

Todos estos artículos nos han hablado de las personas, pero también existen más entes dentro del diario vivir, por lo cual la legislación ecuatoriana si se preocupó, con el artículo 2226 del Código Civil, ya que nos dice que un animal puede generar un daño, y es muy cierto ya que también cometen acciones, inconscientemente pero estas acciones

pueden modificar el entorno, por lo cual siguiendo la suerte de los menores de siete años y los dementes, los dueños serán los responsables de lo que haga el animal, es decir que un tercero tomará la responsabilidad, al igual que los casos anteriores el dueño será responsable por su animal en la totalidad del daño.

Así este animal sea fiero, es decir no domesticado, la persona que lo posea será responsable de los daños que pueda causar el animal, por ejemplo una vaca en una hacienda.

### **2.3.6 Daño civil provocado por cosas**

Ahora bien ya se ha hablado de personas y animales, pero además de estos entes también existen cosas que pueden provocar un daño, siguiendo la línea inicial de responsabilidad se puede observar nuevamente que el responsable es el dueño de la cosa, pero si esta cosa pertenece o cae de un edificio serán responsables todas las personas que en este habiten (2228 CC).

### **2.3.7 Reparación del daño dentro del Código Civil**

La reparación del daño siempre estará presente, pero existe unas reglas especiales dentro del artículo 2229 del Código Civil, las cuales le dan una especial obligación a las personas que hagan las siguientes acciones:

1. El que provoca explosiones o combustión en forma imprudente.
2. El que dispara imprudentemente un arma de fuego.
3. El que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche.
4. El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por él.
5. El que fabricare y pusiere en circulación productos, objetos o artefactos que, por defectuosos de elaboración o de construcción, causaren accidentes, responderá de los respectivos daños y perjuicios.

Si bien es cierto que el daño siempre debe ser reparado se podrá desprender que si la persona que sufre el daño se expuso a este, la indemnización será menor, gracias a que la responsabilidad no recaerá totalmente sobre una persona (2231 CC).

## **2.4 Daño moral en el Código Civil ecuatoriano**

Hasta la anterior sección se habla sobre el daño físico en el Código Civil ecuatoriano, pero existe otro daño, el cual no es tangible, que es el daño moral, el artículo 2231 ya nos habla de este y nos dice que el daño moral son imputaciones injuriosas en contra de la honra o el crédito de una persona, es decir que son afirmaciones verbales de una persona sobre otra persona que afecta en su buen nombre o en la credibilidad que tiene esta persona para con sus similares, es decir que se vuelve a retomar la regla de que es una persona que causa un daño a un tercero, ahora nos da otro elemento clave dentro de la reparación, ya que dice que será susceptible de reparación pecuniaria, si bien es cierto el daño siempre debe ser reparado, aquí nace el conflicto que siempre está presente dentro del daño moral, el cual es la cuantificación del mismo, ya que resulta imposible poder cuantificar este daño, y será la sana crítica del juez la que de este parámetro, a todo esto se le conoce con el nombre de perjuicio moral, tomando en cuenta que esta indemnización pecuniaria siempre va a ir a título de reparación.

El artículo siguiente da más ejemplos en los cuales cabe esta indemnización, los cuales son manchar la reputación ajena, lesiones, violación, estupro, atentados contra el pudor, arrestos ilegales, en general cualquier tipo de sufrimiento injustificado que sufra la persona, y en el daño psíquico como la angustia, ansiedad, humillación u ofensas semejantes (2232 CC).

## **2.5 Daño moral reflejo.**

Dentro de la presente investigación el enfoque va direccionado hacia el daño moral reflejo, el cual si está presente dentro de nuestra legislación, en el artículo 2233 del código civil el cual nos dice:

Art. 2233.-

La acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal. Mas, 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 su derecho habiente, conforme a las normas de este código.

De este artículo se desprende que el titular del derecho de acción por daño moral es la víctima, pero cuando existe imposibilidad de la misma se puede llamar a otras personas a actuar mediante este derecho, por lo cual se torna muy importante observar quienes son, en primer lugar tenemos al representante, es decir la persona que está a cargo de la víctima, esto no resulta nada nuevo, ya que la víctima por alguna característica propia no puede ejercer su derecho de manera directa, y resultado de lo mismo debe hacerlo mediante un tercero, también podrá hacerlo su conyugue o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, es decir que este daño puede ser exigible por una persona distinta a la titular de la acción. Si bien es cierto que el daño moral reflejo nace del daño moral principal, este artículo ya nos da la primera pauta que es la titularidad del mismo, por lo cual no se puede dejar de lado que este daño sea exclusivo, es decir que siempre puede existir un tercero que pueda exigir el mismo.

Se debe tomar en cuenta otro aspecto que es la independencia del daño moral, ya que como se desprende del artículo 2243 del Código Civil ecuatoriano, esta indemnización es independiente, es decir que primero no depende de un proceso principal y tampoco depende de la pena impuesta en otras ramas diferentes de la civil, por lo cual se puede pedir sola o acompañada de otra acción, siempre y cuando se tenga en cuenta que nunca dejará de tener vida propia.

Por último el Código Civil en el artículo 2236 y 2237 nos hablan de una acción popular, es decir que las víctimas de daño moral también pueden ser varias y que ellas pueden pedir esta indemnización en conjunto.

Aunque es limitada la producción jurídica del daño moral reflejo, podemos observar como en otras legislaciones también se tiene en cuenta el daño moral y al igual que la legislación ecuatoriana tienen esbozos del daño moral reflejo, por ejemplo tomaremos a continuación el daño moral desde la perspectiva venezolana y argentina.

Dentro del Código Civil venezolano tenemos que el daño moral se limita al artículo 1196, el cual nos dice;

Artículo 1.196.-

*La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito. El Juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación, o a los de su familia, a su libertad personal,*

*Como también en el caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada. El Juez puede igualmente conceder una indemnización a los parientes, afines, o cónyuge, como reparación del dolor sufrido en caso de muerte de la víctima.*

De este artículo ya se desprende que existen otras personas además de la directa afectada que puede pedir indemnización, es decir que configura al daño moral reflejo desde la perspectiva de la muerte de una persona que genera un daño a sus familiares los cuales podrán pedir esta acción en base a su afectación o dolor.

En Venezuela es más claro el daño moral reflejo ya que nos da la pauta de la muerte que si se lee entre líneas es exactamente lo que la teoría nos dice, ya que nos habla de que existe un daño principal, y que de este daño nace otro daño, el cual es el daño moral reflejo, además de darnos otra pauta, la cual es que el juez será quien impondrá una indemnización, es decir que también en Venezuela se deja a la sana crítica del juez.

Mientras tanto en Argentina se le da un trato singular al daño moral reflejo, el cual está dentro del artículo 1079 del código civil argentino:

Art.1079.-

La obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no sólo respecto de aquel a quien el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona, que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta.

Dentro de este artículo de la legislación argentina nos dice que se reparará los delitos, a diferencia de la legislación ecuatoriana y la venezolana, ya que en ambas se trata el delito y el cuasidelito, adicionalmente dentro de este artículo nos dice que se trata de toda persona que haya sufrido, es decir que el campo de acción es más amplio, aunque deberíamos referirnos al artículo precedente, 1078, el cual nos dice que los únicos titulares para pedir la acción de daño moral son los herederos forzosos, con lo cual delimita a las personas que ya se tenía conocimiento en las legislaciones venezolana y argentina.

En conclusión el daño moral reflejo es tratado de la misma manera en todas las legislaciones analizadas, el cual nace de un daño principal y tiene como titulares de la acción de daño moral a personas determinadas.

## **2.5 Código Orgánico General de Procesos (COGEP)**

El Código Orgánico General de Procesos (COGEP) es un cuerpo normativo procedimental, en el cual se encuentran los diferentes procesos los cuales van a ser utilizados dentro de las contiendas legales, este Código fue publicado en el registro oficial el 22 de mayo del 2015, después de pulirlo mediante la objeción parcial del presidente de Ecuador de esa época, este código vino a reemplazar al Código de Procedimiento Civil, y entre sus actuaciones más importantes esta que implementó la oralidad dentro de los procesos judiciales, manteniendo ciertas actuaciones por escrito (demanda, contestación y sentencia), con lo cual dio mayor celeridad a los procesos legales dentro del Ecuador, aunque trajo ciertos problemas a los abogados ya que no todos estaban listos para litigar oralmente.

En el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) no nos da muchas pautas acerca del daño, pero si nos dice quién es el competente para juzgar el mismo y cuál es el trámite que este debe tener para llegar a la indemnización.

Se debe tener en cuenta que existen varios procesos dentro de este Código, pero el que se usará para hacer efectiva esta acción será el procedimiento ordinario.

El procedimiento ordinario, es aquel que sirve para todos los procesos que no tienen un procedimiento especial, las acciones que están dentro de este proceso son las acciones colusorias, que no son más que la reunión de voluntades para hacer daño a un tercero, y las acciones que priven del dominio, posesión, tenencia de un bien, también que afecten algún derecho real o los derechos que legalmente pertenecen a un tercero, lo último es lo que nos interesa, ya que el daño siempre se realiza en contra de un derecho que goza un tercero.

Dentro de este capítulo primeramente analizaremos la competencia que debe tener el juez y donde se debe interponer la demanda.

### **2.5.1 Competencia**

Para iniciar debemos delimitar que juez va a ser competente, para esto comenzaremos este análisis en el artículo 9 de este cuerpo normativo, en el cual nos dice que por regla general el juez que va a ser competente vendría a ser el que ejerza competencia dentro del domicilio de la persona demandada, es decir por ejemplo si la persona vive en Quito, la demanda tendrá que ser interpuesta en esta ciudad, ahora esto se da por celeridad o velocidad dentro del trámite, ya que cuando una persona es demandada y si la demanda cumple con todos los requisitos de ley, la persona demandada deberá ser citada para así ejercer su derecho constitucional a la defensa, caso contrario no se podrá seguir con el proceso en ausencia de la parte demandada.

Si bien es cierto que esta regla es general, debemos saber que una persona puede tener dos o más domicilios legales, entiéndase como domicilio al lugar en el cual la persona se encuentra habitualmente, ciertas personas por su trabajo o alguna característica en particular, no gozan de un domicilio fijo, al existir esta excepción, lo que se puede hacer es demandar en cualquiera de los domicilios que la persona tenga, pero si la controversia trata de una cosa que tiene apego especial a un lugar, esta controversia deberá ser resuelta dentro de este lugar, un ejemplo común puede ser la venta de un bien inmueble, el bien inmueble es un objeto que por sus características propias no puede ser trasladado de un lugar a otro, es decir es estático, por ejemplo un edificio, por lo cual si la controversia versa sobre un edificio este problema deberá ser ventilado en el territorio donde se encuentra el bien por más que la persona tenga varios domicilios.

También se puede dar el caso que la persona no cuente con domicilio fijo, es decir que cambie siempre de lugar, tal y como si fuera un peregrino, a esta persona se la podrá citar donde se la encuentre.

Además de esta competencia en sentido territorial tenemos la competencia concurrente, la cual se encuentra inmersa dentro del siguiente artículo es decir el 10 del Código Orgánico General de Procesos, en el cual nos da otras pautas, en primer lugar tenemos que la competencia también podrá ser invocada en el lugar que deba hacerse el pago o cumplirse la obligación respectiva, esto se da porque muchas veces los negocios comienzan en un lugar determinado y terminan en otro, por ejemplo si una persona compra por catálogo en otra ciudad y el vendedor se compromete a entregarlo en la ciudad del comprador, ciudad en la cual va a realizarse el pago y la tradición.

Como segundo punto tenemos que existe la posibilidad lógica de alegar competencia en el lugar en el cual se celebró el contrato, de manera sencilla donde se le dio vida a esta figura y las personas se obligaron recíprocamente, ahora se debe tener en cuenta que este contrato puede ser firmado por la persona la cual va a ser demandada o su procurador general o especial, que no es más que el representante legal.

Otra de las variantes que tenemos es que en el mismo contrato ya se señale lugar donde va a ser ventilada la controversia, es decir que una de las cláusulas del contrato ya nos da la pauta de lugar, por ejemplo:

Clausula X.- toda controversia que surja dentro de este contrato será ventilada en las salas de mediación de la cámara de comercio de la ciudad de Quito, de no resolverse la controversia en las salas de mediación se deberá ventilar las mismas en los juzgados de la ciudad capital, Quito.

Con lo cual ya nos ata a un lugar para poder dirimir cualquier tipo de problema o controversia que pueda surgir, generalmente esta cláusula se da para generar mayor comodidad a una de las partes por el tema de impulso procesal.

En otro punto tenemos que la demanda podrá realizarse en el lugar de la cosa inmueble demandada, es decir el lugar donde se encuentra el bien, como anteriormente ya se trató en la competencia territorial, ahora bien dentro de este artículo nos señala que podrá ser demanda la cosa a elección del demandante cuando la cosa pertenezca a varios lugares, un ejemplo podrá ser un bien inmueble que se encuentre en dos circunscripciones, por ejemplo una hacienda.

Dentro de este mismo artículo tenemos otra variante que es en el lugar que se generó el daño, para esta investigación será muy tomado en cuenta este punto ya que por ámbito de competencia el daño generado debe ventilarse donde fue creado, para así poder su correcta indemnización, por lo cual la reparación vendrá a ser más adecuada siendo una persona que conoce el lugar la cual vaya a dar un veredicto.

Tomando en cuenta el razonamiento anterior, tenemos en el siguiente punto que será analizado que es el daño ambiental, algo lógico si miramos la reparación del mismo.

Por último este artículo nos señala que cuando se trate de demandas en contra del Estado, esta podrá ser realizada en el domicilio de la persona que va a demandar, es

decir que la competencia radica en donde vive la misma y podrá hacerlo en la dependencia más cercana, para esto siempre se tendrá en cuenta que se debe observar a que dignidad demandar.

Ahora si bien es cierto que se tiene estas reglas, este cuerpo normativo nos da aún más reglas de competencia, dentro del artículo 11, el cual tiene el nombre de competencia excluyente, comenzando en que la competencia radica cuando una demanda se la realiza contra un trabajador, la cual tendrá que ser ventilada en el domicilio del trabajador, esto se da porque muchas de las veces la empresa o persona jurídica tiene varias sucursales en el país, y al ser el trabajador una persona que por lo general no puede competir en igualdad de condiciones contra una empresa se le da esta ventaja para que así pueda realizar su derecho a la defensa.

Otra connotación que se debe tener en cuenta al momento de la competencia excluyente es el lugar de la cosa que va a entrar en conflicto, ya que muchas de las veces se necesita hacer inspecciones o delimitaciones, para lo cual se requerirán conocimientos locales para poder llevar a cabo estas prácticas, como ya se expuso anteriormente esto es lo que se busca con un juez local, el conocimiento de la cosa o las circunstancias propias que ha está lo rodean.

Cuando se trata de personas que no pueden valerse por sí mismas, entendiéndose a estas como menores de edad, pupilos o dementes, el lugar en el cual se va a llevar a cabo la diligencia, es decir donde radica la competencia de estos será dentro del domicilio de los mismos, aquí resalta algo importante, ya que estas personas usualmente cuentan con un curador o tutor, el cual está a cargo de ellos, pero por más que estas personas responsables tengan su propio domicilio, el que será válido será el domicilio del incapaz.

Ahora si bien es cierto que esto pasa en las primeras etapas del proceso, debemos saber que muchas de las veces este proceso será enviada a tribunales más complejos, es decir nuevas instancias, para lo que será pertinente un sorteo para así radicar su competencia, esto para salas de Corte Provincial o tribunales de lo Contencioso Tributario y Administrativo, no solo sorteando la competencia, sino también el juez que velará por los derechos. Siendo un tribunal el que calificará la demanda o el recurso dando paso al mismo o no.

## 2.5.2 Procedimiento

Para el daño moral, y el daño moral reflejo será utilizado un procedimiento ordinario, teniendo en cuenta que dentro de nuestra legislación contamos con algunos procesos, los cuales son el ordinario, ejecutivo, voluntario, sumario y monitorio, como se explicó a un inicio de este capítulo.

El trámite que se le da a este comienza con la presentación de una demanda bajo los requisitos que se encuentran dentro del Código Orgánico General de Procesos, los cuales son:

1. Designación del juez
2. Generales de ley de la persona que demanda y lugar en el cual recibirá las notificaciones
3. RUC en caso de ser necesario
4. Nombres y lugar en el cual debe citarse al demandado
5. Narración de los hechos pormenorizados
6. Fundamentos de derecho
7. Anuncio de los medios de prueba
8. Solicitud del acceso judicial a la prueba si es necesario
9. Pretensión clara y precisa
10. Cuantía
11. Procedimiento que debe usarse
12. Firmas del actor y su abogado patrocinador.

Una vez presentada la demanda en un máximo de 5 días se tendrá una respuesta por el juzgador, lo cual es si cumple o no con los requisitos antes expuestos, si la demanda cumple con los requisitos se dará paso a la misma calificándola, tramitando lo solicitado en la misma, De no cumplirse con alguno de estos requisitos, la demanda será rechazada y regresada a la persona que la emitió para ser completada o aclarada, en un término de tres días, de no hacerlo se ordenara el archivo de la misma, es decir que no será tomada en cuenta dentro de la vida jurídica.

Cuando ya está calificada, se citará a la otra parte para que ejerza su derecho a la defensa, la cual a partir de la citación tendrá un plazo de 30 días para contestar a la misma.

La contestación a la demanda es una solemnidad sustancial la cual deberá presentarse de manera escrita, teniendo en cuenta los mismos requisitos que tiene la demanda, exponiendo las razones por las cuales no está o si está de acuerdo con todo lo expuesto en la demanda, es decir, hechos, fundamentos de derecho, pruebas, pretensión y competencia, para lo cual podrá usar excepciones.

El juzgador tendrá un plazo no mayor a tres días para calificar la contestación a la demanda, con lo cual se le hará saber a el demandante sobre esta contestación, para lo cual la parte demandante gozara con 10 días para desvirtuar lo que se encuentra dentro de la contestación, mediante nuevas pruebas o atacando directamente a las pruebas presentadas en la contestación.

Cuando se reconviene al actor, es decir se contra demanda, también se le dará 30 días para que este conteste esta nueva demanda.

Después de estos pasos ya se convocara a una audiencia preliminar en un plazo no mayor a 3 días, esta audiencia deberá realizarse en un término no menor a 10 días y no mayor a 20 días.

Las partes están obligadas a hacerse presente dentro de esta audiencia, así sea por si mismas o por un procurador, el cual gozara con un poder para transigir, en el caso de entidades ya sean públicas o personas jurídicas privadas, lo harán mediante un representante, el cual debe tener el poder para transigir de igual manera, en el caso de menores e incapaces quien comparecerá será su tutor o curador, el cual también debe gozar con este poder de comparecencia.

## **2.6 La audiencia**

Se debe tener en cuenta que existen dos audiencias, la primera es la audiencia de saneamiento, en la cual se propondrán excepciones previas y se validara cualquier tipo de vicio, si se logra sortear estos obstáculos se instalara la audiencia de juicio, en la cual el juez dará su veredicto.

### **2.6.1 La audiencia de saneamiento contará con algunas partes:**

1. Instalada la audiencia las partes se pronunciarán sobre las excepciones previas, las cuales serán resueltas dentro de esta parte, caso contrario se dará por terminada la audiencia.
2. El juez resolverá sobre la validez del proceso, el objeto de la controversia, competencia, todo esto para validar el proceso y que este no caiga en nulidad
3. El juzgador dará la palabra a la parte actora la cual deberá exponer sus argumentos (Teoría del caso), después se le dará la palabra a la parte demandada para que realice la misma práctica. Si existe reconvención se le dará nuevamente la palabra a la parte actora para que conteste la misma.
4. El juez promoverá la conciliación, es decir que intentara mediar entre las partes para que estas lleguen a un acuerdo, de no existir el mismo se seguirá con la audiencia.
5. Si existe una conciliación parcial se seguirá sobre los puntos que aún están en controversia con la audiencia.
6. Concluidas las exposiciones de las partes y al no existir vicios se continuara con la audiencia.
7. Las partes anunciarán las pruebas que ya estaban pre constituidas tanto en la demanda como en la contestación.
8. Dentro de esta parte el juez podrá pedir pruebas de oficio.
9. Las partes podrán pedir que se rechacen las pruebas, con lo que el juez tendrá que exponer sobre si son admisibles las pruebas o no.
10. Una vez concluida esta parte de evacuación de pruebas, el juez señalará hora y día de la audiencia de juicio dentro de esta misma audiencia preliminar, notificando personalmente y verbalmente a las partes (de igual manera se lo hará por escrito, pero de no hacerlo se entiende que ya fueron notificados dentro de la audiencia.

### **2.6.2 Audiencia de juicio**

Dentro de esta audiencia lo que se hará es juzgar a la persona demandada, en base a todas las pruebas enunciadas anteriormente en la audiencia preliminar, la decisión del juez, deberá ser aceptando o negando la demanda.

Esta audiencia deberá ser realizada en los 30 días posteriores a esta audiencia preliminar.

1. Al comenzar esta audiencia el juez ordenara que se lea el extracto de la audiencia preliminar, con lo cual se retomara el caso en concreto.
2. Después de esto se le dará la palabra a la parte actora la cual volverá a exponer su teoría y terminara anunciando cual será el orden en el que practica las pruebas, acto seguido se le dará la palabra a la demandada para que esta realice lo mismo.
3. Al concluir esta exposición, se le dará la palabra a la parte actora para que evacue pruebas en el orden solicitado y lo mismo se hará posteriormente con la parte demanda, los testigos y peritos deberán dar su testimonio en esta parte.
4. Después de esta evacuación de pruebas se les concederá un tiempo a las partes para una sola replica, en la cual ya deberán exponer su pretensión en concreto, amparada en la normativa legal.

#### Pronunciamiento judicial oral (Sentencia)

Dentro del mismo juicio y después de haber escuchado a las dos partes y observar sus pruebas, el juez dará un veredicto a favor de una de ellas, de ser necesario podrá suspender la misma en un plazo no mayor a 10 días dependiendo de la complejidad del caso para emitir su fallo, caso contrario lo emitirá en ese mismo instante.

El pronunciamiento será de la siguiente manera:

1. Pronunciamiento sobre el fondo del asunto. (Decisión)
2. Determinación de la cosa o el hecho
3. Costas y pago de indemnización

Estas afirmaciones deberán estar motivadas, tanto en los fundamentos de hecho como en los fundamentos de derecho de las partes, además se emitirá una sentencia escrita la cual contendrá:

1. Nombre del juzgador
2. Fecha y lugar de emisión
3. Identificación de las partes

4. Relato de los hechos
5. Decisión sobre las excepciones
6. Hechos en los cuales se apoya para su fallo
7. Motivación del caso
8. Decisión del fondo del caso
9. Pago de indemnizaciones y costas

Este es el trámite por el cual deberá ser ventilado el procedimiento ordinario, el cual será usado para el daño moral y el daño moral reflejo, lo cual se encuentra dentro de los artículos 82, 86, 93, 94, 151,152, 153, 196,289 y 297 del Código Orgánico General de Procesos.

Por último citaremos al artículo 98 del Código Orgánico General de Procesos, en el cual nos da como premisa la indemnización, en el cual nos dice que deberá ser basada en la demanda y en la pretensión de la misma.

Con esto se termina todo el procedimiento que tiene el COGEP, con lo cual pasaremos al análisis del caso en particular que corresponde a esta investigación, el caso PAULLÁN vs ESRA, el cual amerita un capítulo solo para este análisis basándonos en todo lo expuesto en los capítulos anteriores.

## Capítulo 3

### Paullán vs EERSA

Dentro de este capítulo veremos cómo se alinean las teorías propuestas y haremos un análisis de los argumentos de las partes y de la sentencia.

#### 3.1 Hechos

Cuando fueron a reparar un poste de madera que contaba con una red eléctrica, el señor Hugo Romero, cierra el seleccionador (máquina que abre o cierra el flujo eléctrico) e informa mediante una radio portátil lo que hizo al señor Segundo Guerrero, el cual le dice de manera verbal al señor Vácasela que ya está desconectado el flujo de energía, por lo cual este último ordena al señor Paullán que vaya a verificar si efectivamente no existía este flujo y que acto seguido desconecte el puente eléctrico para así poder analizar dicho poste y encontrar la falla que este estaba provocando, el señor Paullán accede a este poste caminando y trepando por el mismo, ya que se dice que por la geografía del lugar le era imposible acceder al vehículo en el cual se encontraba el señor Vácasela, una vez realizada esta tarea el señor Paullán defiende un poco del poste, el señor Vácasela da la orden al señor Guerrero de manera verbal que desconecte el seleccionador, con lo cual mediante el equipo portátil el señor Guerrero se lo hace saber al señor Romero, el cual conecta el seleccionador, lo cual no se puede escuchar por una supuesta interferencia en los equipos de comunicación, por lo cual el señor Guerrero alcanza a escuchar se quemó, en vez de que se conectó, por lo cual el señor Paullán sin orden del señor Vácasela procede a conectar de nuevo el puente eléctrico, con lo que se produce la descarga eléctrica que da fin a la vida del señor Paullán.

#### 3.2 Argumentos de las partes

##### 3.2.1 EERSA (demandado)

Por parte de EERSA se dijo que el señor Paullán no cumplió con las normas de seguridad, lo cual nunca logro ser comprobado en el caso, pero como se trató en el capítulo anterior esto no exime de responsabilidad alguna a la empresa, en todo caso existiría una disminución mas no una justificación (2233 CC).

Por lo consiguiente se realizará un análisis de la propuesta de EERSA, ya que la misma se basa directamente en el área laboral.

Lo que se puede destacar en este punto es que si la demanda se hubiera basado en la muerte del señor Paullán, esta hubiera estado sujeta a la responsabilidad contractual y si se hubiera podido ventilar solo en el área laboral, teniendo como premisa que la culpa era del trabajador, ya que realizó una acción contraria a su contrato, siendo la culpa contractual basada dentro de los artículos 38 y 369 del Código de Trabajo, aquí también cabe recalcar que si se hubiera seguido este camino hubiera quedado desvirtuada la teoría del riesgo, ya que no se toma en cuenta el peligro de las acciones que una persona tiene dentro de su trabajo, por el contrario se hubiera tomado solo la indemnización laboral que consistía en 4 años de salario, lo cual no estaba a la par con lo pedido en la demanda de daño moral, por lo cual lo que se buscó dentro de este caso es reparar el suceso desde la óptica pura del daño, con lo cual entra la teoría del riesgo y la responsabilidad extracontractual, mas no bajo la teoría de la culpa con lo antes expuesto ya fue explicada.

Dentro de nuestra legislación no se tiene la figura de daño moral dentro de las obligaciones contractuales, pero la constitución si nos prevé una forma de hacer valer esta figura desde la perspectiva de la integridad personal, entendiendo a la integridad personal no solo como lo físico, sino como un conjunto de valores tanto físicos como emocionales. Esto es de suma importancia ya que si regresamos un poco en el tiempo podemos basarnos en la pirámide de Kelsen, la cual le da la gran importancia que entendemos ahora a la constitución, llamando a esta norma suprema la cual da armonía al ordenamiento jurídico, y al no tener esta figura de daño moral dentro de la responsabilidad contractual se hará uso de la integridad personal que está dentro de la constitución, siendo ya posible un reclamo de daño moral por acciones de carácter ilícito dentro del área laboral, siendo exigible su reparación dentro del área constitucional.

Si bien es cierto que ya se tiene una indemnización laboral, esta no basta para la reparación moral, ya que no se observa la totalidad de aspectos que esta tiene.

Dentro de la legislación laboral se encuentran ciertas premisas que están en pro de cuidar a los trabajadores dentro de sus actividades laborales, a estas se les llaman medidas de seguridad, las cuales debe ser respetadas tanto por empleadores como por

empleados, sin embargo en el presente caso estas normas no fueron respetadas, y teniendo en cuenta que la actividad que desempeñaba el señor Paullán era aun de más alto riesgo debido a la luz eléctrica, al no cumplirse termino con su vida.

Gracias a esto basados en el artículo 369 del código de trabajo que nos dice que por muerte de una persona afiliada al IESS sus herederos tendrán derecho a una indemnización, se realiza la indemnización de carácter moral, se debe tener en cuenta que es uno de los requisitos plasmados en la ley que todo trabajador debe ser afiliado al seguro social, siendo esta la suma de todas las aportaciones que tenía el trabajador, el cual estaba asegurando su jubilación.

Pero a esto es lo único que el IESS se va a encargar, nada tiene que ver esta entidad con la demanda de daño moral, la cual no está contenida en ninguna parte del Código de Trabajo, pero si esta contendida dentro del Código Civil, el cual ya prevé esta figura de daño al momento de decir que son víctimas indirectas del hecho principal, es decir que aquí es donde se configura el daño moral reflejo, ya que el daño principal fue la muerte del señor Paullán, el cual fue resarcido desde la óptica laboral, pero se generó otro daño a partir de este, el reflejo, el cual nació a merced de la muerte de este señor, y esto es lo que se reclama en el presente caso.

### **3.2.2 Inés María del Pilar Borja Guijarro (demandante)**

Dentro de esta investigación se planteó inicialmente el caso Paullán vs EERSA, el cual se basa en la demanda entablada por la señora Inés María del Pilar Borja Guijarro y sus cuatro hijos que al momento eran menores de edad, por consiguiente la señora compareció como representante legal de los cuatro menores, en contra de EERSA, que era una empresa de índole privado en la ciudad de Riobamba, la empresa se encargaba de la luz eléctrica y el esposo de la mencionada señora Gonzalo Paullán Guamán trabajaba para la empresa eléctrica EERSA.

La demanda se basó en la figura del daño moral generado a la señora y sus hijos por la muerte del señor Gonzalo Paullán, mientras realizaba sus labores como liniero para esta empresa, en la mañana del día 15 de diciembre del año 2005, en este día se le encomendó realizar una reparación de fluido eléctrico en la parroquia Punin, que era un sector cercano a Riobamba, esta encomienda fue en la que murió el señor Gonzalo

Paullán acompañado de más personas que estaban presentes por la misma encomienda, es decir sus compañeros de trabajo.

En este día ocurrieron varias cosas, las cuales fueron contadas por este equipo de trabajo, dentro estas surge un problema de comunicación desde las personas que estaban a cargo de las ordenes hasta estas personas que las iban a ejecutar, la falta de equipo para que estas personas puedan realizar la labor encomendada, además de que nunca existió la respuesta de una ambulancia, no contaban con canastilla de elevación, lo cual ponía más en riesgo la vida de estas personas y por último el mal estado del clima, ya que por la poca visibilidad la actividad se volvía aún más complicada.

Cuando se realizó la autopsia se llegó a determinar que la muerte fue provocada por una descarga eléctrica de 7.600 voltios.

Con el pasar del tiempo exactamente dos años y dos días se emitió la resolución por el Juzgado Tercero de lo civil de la ciudad de Riobamba por el suceso del señor Paullán a favor de sus herederos, para emitir esta sentencia se descartaron todas las excepciones propuestas por la empresa EERSA y se dio paso a muchos estudios periciales con el fin de recabar indicios, entre estos se destacó el estudio sociológico que se practicó a los huérfanos y a la viuda de este caso, el cual arrojó como resultado un trastorno de adaptación de tipo depresivo, inseguridad, agresividad, dificultades sociales entre las más importantes, todo anclado a la falta dentro del hogar del señor Paullán, el cual era a su vez la cabeza de familia tanto moral como económicamente.

Una de las excepciones planteadas por EERSA es que se lleve la controversia solo al ámbito laboral, en donde se contaba con una indemnización ya preestablecida, para lo cual el juzgado desechó la misma ya que esta no iba a ser la única arista tomada en cuenta en cuanto a las indemnizaciones.

Por lo cual la demanda se basó en el daño moral que estas personas tuvieron al momento de perder al padre de familia, que como se ha planteado a lo largo de esta investigación es un daño que no es cuantificable y será la sana crítica del juez quien delimite la indemnización para que esta sea satisfactoria.

Dentro de lo propuesto en la demanda de Inés María Pilar Borja Guijarro, tenemos que tener en claro primeramente que ella no estaba pidiendo nada acerca de la muerte del señor Paullán, es decir que la muerte del señor Paullán ya había sido saneada

anteriormente mediante el proceso laboral, el cual como se ha mencionado dentro de este trabajo era de 4 años de salario acumulado, ahora bien lo que pedía la señora viuda de Paullán era que se tome en cuenta un nuevo daño generado, el cual era el daño moral reflejo, este daño se configura a partir del daño principal, es decir la muerte, pero su tratamiento es diferente y autónomo, ya que cada uno ataca a un bien jurídico distinto.

El bien jurídico que la señora reclama la indemnización por su daño es la integridad, la cual debe ser entendida como física y psicológica, con las pericias dentro de este caso se llegó a observar cómo se dañó a la misma mediante las pericias realizadas tanto a la señora como a sus hijos, en las cuales tenían trastornos tanto depresivos como de adaptación, ya que no solo se trataba de la pérdida de un miembro de su familia, sino que también se trataba de la pérdida de la cabeza familiar como en este caso era el padre y del sustento de la familia, por lo cual no se basa en la responsabilidad civil contractual, sino en la demanda civil extracontractual, esta premisa viene desde el punto en que ni la señora ni los hijos tenían ninguna relación laboral con la empresa EERSA, por lo cual en un primer paso podemos pensar que no tienen por qué interponer esta demanda, pero como este daño moral reflejo depende del daño principal para llegar ser creado y por ende indemnizado, la teoría extracontractual abre la vía para que el daño sea reparado.

Ahora bien se debe entender que dentro de la demanda interpuesta por la señora viuda de Paullán también existe algo clave que se estudió dentro de este trabajo, lo cual es la teoría del riesgo, ya que la cual si se configura, en el momento en que la empresa realiza cualquier tipo de movimiento, recordemos que la empresa es una persona de carácter jurídico pero al igual que una persona natural esta realiza acciones que tienen una interacción con otras personas y generan un resultado, por lo cual la acción o en este caso en particular omisión de la empresa genero este daño, daño que tiene que ser reparado basándonos en la teoría del riesgo, por lo mismo si se configura esta teoría dentro de la demanda propuesta por la señora, la cual es viable.

Como se ha mencionado dentro de este caso no basto solo con la indemnización laboral, ya que la señora viuda de Paullán abrió otra vía la cual fue indemnizada también.

En mi criterio si fue correcto el usar esta vía, ya que se vio como existió un daño aislado del problema principal, la muerte del señor Paullán, el cual era autónomo, por ende tenia vida propia y tenía que ser reparado.

### 3.2.3 Juez (razonamiento)

El juez para esto se basó en las diferentes teorías estudiadas dentro de esta investigación

#### 3.2.3.1 Teorías usadas

##### 3.2.3.1.1 Teoría del riesgo

Dentro de este caso en el razonamiento del juez se aplica la teoría del riesgo, ya que la premisa de esta teoría es que todas las personas nos encontramos inmersas dentro de distintas actividades a lo largo de la vida, por lo cual tenemos el riesgo de que nos dañen o nosotros dañar a alguien cuando realizamos nuestras acciones las cuales interactúan con otras personas, ahora bien de esta teoría se desprende que este daño debe ser reparado, pero este daño debe ser causado necesariamente por un tercero, en el caso de estudio de esta investigación, Paullán vs EERSA se plasma que toda actividad tiene un riesgo, más aun cuando se trata de personas que tratan con energía eléctrica, convirtiendo a esta actividad de alto riesgo. Lo que no se puede plasmar es el daño generado por un tercero inicialmente, ya que la empresa no realiza ninguna acción, pero como se ha venido hablando en toda la investigación el daño se genera por acción u omisión, la omisión de la empresa es tomar las medidas adecuadas para que sus obreros trabajen, implementos uniformes entre otras cosas, por lo cual si existe un daño, este daño se le genero a la familia del señor Paullán, los cuales quedaron desprotegidos y golpeados emocionalmente por la falta de cuidado de la empresa, con lo cual se hace valida la teoría del riesgo.

Toda persona debe tener protección al momento de sufrir un daño, este daño proviene de un tercero el cual mediante una acción o una omisión genera este daño, este daño no está previsto por el ordenamiento jurídico, por lo cual no está obligado a soportarlo, en esta teoría se ve el grado de responsabilidad de la persona dentro del daño, además de que toda actividad que realizamos cotidianamente tiene una contra parte que es el riesgo, dentro de este caso podemos observar que si efectivamente esta teoría se aplica dentro de este caso, ya que primero toda actividad conlleva un riesgo, el cual debe ser aceptado pero no programado, como ocurre dentro de este caso al momento de que el señor Paullán fallece, segundo tenemos que si efectivamente el daño proviene de un tercero ya que la empresa EERSA no dio los insumos necesarios.

#### ***3.2.3.1.2 Responsabilidad civil objetiva***

Esta teoría nos habla de que solo basta con que el daño se genere para que este sea resarcido, sin importar si existe culpa o dolo, dentro de esta teoría se aplica perfectamente a el caso de estudio como lo hizo el juez, ya que el daño se genera indirectamente a la familia del señor Paullán, sin la intención por parte de la empresa de hacerlo, con lo cual al nacer este daño debió ser reparado, como se describió anteriormente la participación de la empresa EERSA fue irrelevante, es decir que no existía ningún nexo entre la empresa y la familia, pero alguien tenía que resarcir el daño generado, es aquí cuando entra la teoría de la responsabilidad civil objetiva, la cual va a buscar un responsable, en este caso la empresa EERSA.

#### ***3.2.3.1.3 Responsabilidad civil***

Por ultimo esta teoría se añade completamente al caso de estudio y al razonamiento del juez, ya que la teoría de la responsabilidad civil da valor a los bienes tanto tangibles como intangibles, y en este caso en particular la base sobre la cual se entabla esta demanda es el daño generado por la muerte del señor Paullán a su familia, lo que se vio en este caso es el dolor que se generó, siendo este un bien intangible e incuantificable, por lo cual se le da a la sana critica del juez que delimite una indemnización.

Dentro de los capítulos anteriores se trató la responsabilidad civil objetiva, la cual responde a que todo daño debe ser reparado, dejando de lado que la persona actué con culpa o no, en este caso se pudo observar notoriamente que la empresa EERSA no tenía la intención de matar al señor Paullán, pero con negligencia de la misma termino con la muerte de esta persona, por lo cual se configura adecuadamente dentro de esta teoría el caso que se analizó.

#### ***3.2.3.1.4 Corriente Doctrinaria***

Por ultimo tenemos que la corriente que fue tomada por el juez dentro de esta investigación fue la correcta, ya que el Doctor Palladares hace lo correcto al decir que el daño debe ser antijurídico, es decir que debe tener relevancia para el derecho, con lo cual existen daños con culpa y otros basados en la negligencia, tomando este último punto de negligencia, como se dice en esta corriente cuando una persona realice una

actividad lícita pero riesgosa deberá ser reparado si sucede el imprevisto que está expuesto, lo que se dio con este caso que se dio el imprevisto y por ende la muerte.

### 3.2 Sentencia

Se condenó a pagar a EERSA 200.000 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica como indemnización por el daño moral reflejo generado a partir de la muerte del señor Luis Paullán

Esto se da gracias al razonamiento del juez, primero se debe decir que el juez delimita a las acciones, es decir que cuando ya existió una indemnización índole laboral se debería suponer que no debe existir una indemnización más, ya que se podría pensar que se está juzgando dos veces por el mismo acto, en este caso el de la muerte, pero se puede observar como el juez nos dice que cada acción es independiente, por lo cual no existe este vicio.

Como se expuso anteriormente el caso se ventilaba tanto en sede laboral como en sede civil, pero las acciones eran distintas, por un lado en lo laboral ya se había cumplido con la indemnización pero en sede civil estaba presente el caso de daño moral, cuando la empresa EERSA dice que ellos no generaron un daño moral a el señor Paullán, fue totalmente erróneo, como expuso el juez, ya que la demanda fue interpuesta por la viuda y sus hijos, no por el señor Paullán, por lo cual el juez desacredita esta afirmación.

El juez dentro de esta sentencia da el criterio de que efectivamente los herederos eran los legitimados para pedir esta acción, por lo cual se dio trámite a la misma.

Por ultimo su decisión fue acertada, como se ha dicho que es un daño el cual no es cuantificable queda a la sana critica del juez observar que monto va a satisfacer este bien vulnerado, el juez considero la vida que tenían estas personas y cuanto ganaba el señor Paullán, con lo cual emitió un estimado el cual cubrirá las necesidades de estas personas hasta que puedan ellas valerse por sí mismas.

### **3.4 ¿Cómo se configura el daño moral?**

#### **3.4.1 Daño moral**

La empresa asevera dentro del proceso que ella nunca causo daño moral al señor Paullán, algo que resulta hasta cierto punto ilógico, ya que no se estaba pidiendo que se resarza la muerte o que el señor Paullán tenga un daño moral, lo que se pidió fue que se reconozca el daño moral generado a sus hijos y a su esposa, daño que se le dio el trato de independiente dentro de la sentencia de casación, es decir que como se tomó en cuenta dentro del capítulo uno la acción por daño moral es independiente, es decir que esta no depende de que otra acción se esté ventilando, es principal y no accesoria, en este caso si bien es cierto que por parte del IESS se pagó un seguro de vida, esta acción es independiente de esto, por lo cual se falla a su favor, siendo la reparación patrimonial solo una parte de la reparación integral, complementada por la reparación del daño moral.

Por lo que, inclusive puede reclamarse el daño moral aunque se haya satisfecho la indemnización patrimonial como por ejemplo, mediante el pago del seguro de vida.

Por lo cual se puede concluir en este punto que si es verdad que las dos reparaciones depende de que se realice una acción que modifique el mundo y cree un daño a una persona determinada, son dos vías totalmente distintas, refiriéndonos a la vía patrimonial contractual y a la vía extra patrimonial extracontractual.

### **3.5 ¿Existen obligaciones de las partes?**

#### **3.5.1 Obligaciones**

Por parte del Código Civil ecuatoriano, debemos hacer referencia al cuarto libro, de las obligaciones, en las cuales tenemos que estas nacen de un acuerdo de voluntades (1453 CC) además de un hecho unilateral que la persona se obliga sola o de una acción dañosa de la cual nacen los delitos y cuasidelitos, en este caso en particular es un cuasidelito, el cual también podría tener un trámite de cuasicontrato, el cual deriva de obligaciones que no están pactadas dentro del contrato pero se entrelazan con el mismo, por ejemplo lo que sucedió en este caso, ya que los insumos no estaban dentro del contrato, ahora la conducta tiene que ser antijurídica, es decir el lesionar un bien jurídico protegido, dentro de este caso esta acción si se da al no proporcionar todos los insumos necesarios, como

se habló anteriormente estos están sujetos a una norma de control de riesgo laboral, la cual no fue respetada.

### **3.5.2 Responsabilidad civil extracontractual**

Dentro de la responsabilidad civil extracontractual tenemos que las víctimas en este caso son los cuatro menores y la viuda de Paullán, aplicando en este momento el artículo 2232 del Código Civil, siendo los legitimados activos pertinentes para ejercer la acción de daño moral, como se trató anteriormente se decía que cuando existía imposibilidad física de la persona afectada las personas hasta segundo grado de consanguinidad quedaban totalmente autorizadas para ejercer esta acción.

## **3.6 Pruebas**

### **3.6.1 In re ipsa is loquitor (Los hechos hablan por sí mismos)**

La indemnización se deriva siempre del daño, es decir que si no existe nada que reparar es porque nada ha sido dañado, pero como se probaría el sufrimiento de una persona.

El daño para que sea factible tiene que ser real y cierto, dentro de este caso encontramos que el único daño real y cierto es la muerte del señor Paullán, mas no sabemos cómo tasar el daño generado a sus derecho ambientes, ahora lo que es cierto es que el daño generado a sus herederos es la ausencia de esta persona, pero como llevarlo a que sea un daño cierto, dentro de esto tenemos a la figura del daño al proyecto de vida, aquí se logra configurar ya que esta persona Luis Paullán era la única persona que sustentaba este hogar, por lo cual se dañó completamente las expectativas a futuro de sus dependientes, como también la calidad de vida que ellos tenían, con lo cual el proyecto de vida es atacado y no se necesita comprobar, como se dice en este punto que los hechos hablan por sí mismos, es un principio para el cual no se va a hacer necesario una experticia para observar que efectivamente fueron golpeados por la muerte del señor Paullán, por lo cual se generaron estos procesos degenerativos en el fuero interno de los sobrevivientes de la familia Paullán, por lo cual se pide que se indemnice.

## **3.7 ¿Cómo se configura el daño moral reflejo?**

### **3.7.1 Daño moral reflejo**

La viuda en calidad de representante de los cuatro menores exige la indemnización por la existencia del daño moral reflejo, como se expuso anteriormente los hechos hablan por sí solos, lo que tuvo que comprobar la viuda en este caso fue los vínculos que mantenía ella y sus hijos con el occiso, es decir acreditar su condición de esposa y que los hijos eran del señor Paullán, con lo cual se le hizo innecesaria más pruebas para fundamentar el dolor que tenía estas personas.

Las víctimas en este caso no son la víctima inmediata, es decir que de la víctima inmediata el señor Paullán se generó un daño hacia ellos por lo cual deben acreditarse como terceros perjudicados, los cuales deben sufrir dolor, angustia, humillación y tener cuadros clínicos que los amparen, dentro de este caso a más de acreditarse como herederos, se realizaron algunas pericias las cuales derivaron en que efectivamente las personas sufrían un trastorno depresivo y de adaptación, algo muy curioso ya que como se habló anteriormente no era necesario probar el dolor, pero dentro de este caso en algún momento procesal se lo hizo.

En este punto citare textualmente al tratadista Gil Barragán Romero, el cual habla sobre el daño: *El daño moral causado por la muerte de un ser querido suele ser uno de los más hondos y es indemnizable si se desprende a un hecho ilícito* (Romero, 1995)

Ahora se debe tener en cuenta que este daño se genera a partir del daño principal, es decir que es un daño dependiente pero a la final es un daño autónomo. Dentro de este caso en particular debemos tener en cuenta los diferentes momentos que tuvo este hecho, primero se debe tomar en cuenta la muerte del señor Paullán, muerte que fue saneada desde el punto de vista legal por la indemnización laboral, con lo cual la empresa EERSA se deslinda de responsabilidades con el señor Paullán, lo cual está legalmente amparado por el código de trabajo en su artículo 369, en el cual les da a los derechohabientes la suma de 4 años de salario, con lo cual como se mencionó anteriormente se acababa el conflicto, pues bien después de esto fue lo que la señora viuda de Paullán, propuso la indemnización por daño moral, entendida en la figura de daño moral reflejo.

Bajo esta premisa se podía decir que ya no existía otra vía, teniendo en cuenta que está amparada bajo la misma ley, pero cuando decimos que nació un nuevo daño, deberíamos tener que darle el mismo trato que se le dio al anterior y así poder también resarcir el mismo, ya que como se ha tratado bajo toda esta investigación el daño

generado debe ser reparado, pues si, aquí es donde nace la figura del daño moral reflejo, figura que se explica con la muerte del señor Paullán, debidamente saneada, pero de la cual daña a otras personas, como son las personas más allegadas a él, teniendo en cuenta que no toda persona puede hacer uso de esta figura, ya que si se pudiera partir de esta premisa se podría alegar que todas las personas tenemos un daño por cualquier situación, los principales afectados son sus derechohabientes y su esposa, recordemos que su campo de acción va a ser este, entonces nace este nuevo daño, daño que va a atacar el fuero interno de las personas cercanas a el difunto señor Paullán, con lo cual se basa esta demanda y se alega su reparación.

Si bien es cierto que este daño reflejo depende de una acción principal, podemos ver como se mencionó dentro de este trabajo basándonos en la autonomía del mismo, que depende de una acción, mas no depende de la decisión tomada sobre esta acción para que este nuevo daño pueda exigir su resarcimiento por sí solo, es decir que es debemos olvidarnos de que paso en la acción principal y fijarnos en que sucede con este nuevo daño, como se hizo dentro de este caso, ya que fue tomado como una acción independiente.

El daño moral reflejo tiene esta curiosidad, que nace de un daño principal, el cual liga al uno con el otro pero da su autonomía al momento de exigir una indemnización, como se explica esto dentro de este caso, pues la demanda es realizada en contra de la empresa eléctrica EERSA, si nos ponemos en el plano legal, EERSA ya resarcio el daño generado, y como se mencionó anteriormente no tenía ningún vínculo con la familia del señor Paullán, pero se genera esta responsabilidad a partir de que el daño principal si tenía nexos entre EERSA y el señor Paullán, es decir que de la omisión de tener mejores medidas de seguridad en esta actividad de alto riesgo se puede observar que genero la muerte del señor Paullán, entonces si esta muerte genera un daño adicional, el que tendrá que responder es el causante ya sea por acción u omisión de esta muerte, es aquí donde se crea el nexo entre EERSA y la familia del señor Paullán, y por ende el petitorio de resarcimiento del mismo.

Aquí se debe tener en cuenta que no se pide la indemnización de la muerte, si no la indemnización por los efectos que tuvo esta muerte, efectos que crearon un nuevo daño el cual fue primero generado a terceras personas y el cual tuvo u trato autónomo,

asilado, ya que si bien es cierto que depende del daño principal, este no se indemnizara de la misma manera ya que afecta a un bien jurídico distinto.

Es así como se configura el daño moral reflejo y la responsabilidad de quien tiene que reparar el mismo, este caso es muy importante ya que la pauta que nos da sobre el daño moral reflejo es muy clara, esta figura traerá seguridad jurídica en cuanto a la reparación de daño generado, además de dar distinción a los daños, ya que no solo quien recibe una acción es el legitimado para pedir el resarcimiento de la misma, ya que existen personas que también están ligadas a la persona que sufre este daño.

## Conclusiones

Dentro de este caso se logró establecer ejemplificativamente como el daño moral es una institución autónoma, independiente del área laboral, penal, constitucional y de cualquier otra rama del Derecho, por lo cual se plantea una indemnización totalmente distinta a la de estas áreas.

Por más que la indemnización por muerte ya fue cubierta por la empresa EERSA conforme a la ley, se debe observar que como se ha hablado en todo este trabajo un daño que nace en el mundo y logra desestabilizar la armonía de una persona, debe ser reparado para llegar a esta armonía de nuevo, o por lo menos tratar de que se llegue a un estado muy parecido al de la armonía.

De esto se desprende que el daño principal o la muerte no es el único que vio la luz en el mundo, sino también el daño moral el cual se crea a partir de este daño principal, y al nacer a partir de este daño se puede decir que es el reflejo del mismo, por lo cuales lo llama daño moral reflejo, el cual también debe ser reparado, ya que genero un daño el cual una persona no estaba obligada a soportar, además que como ya se dijo anteriormente es un daño totalmente independiente.

En este caso se pudo observar como personas distintas al daño, generaron un daño a partir de este, es decir el daño moral reflejo, el cual nació de la acción principal y fue necesaria también su reparación, obviamente mediante otra vía y otra acción.

Durante toda esta investigación siempre estuvo presente la premisa de que si la acción laboral de indemnización era suficiente en el caso de muerte de un trabajador, pues a mi criterio si es suficiente, pero debemos tener en cuenta que se habla solo de la muerte del trabajador.

En este caso en particular el señor Paullán, con lo cual si se cubre legalmente la muerte, lo que se pidió en este caso es otra indemnización distinta de la muerte, ósea un daño diferente, que fue el daño moral reflejo, el cual fue reparado mediante el proceso ordinario civil, proceso que abarca esta figura y por ende se le da un trato diferenciado a la de la muerte, ya que si bien es cierto que tienen un apego entre los daños, o una dependencia, son daños distintos y cada uno tendrá su resarcimiento.

Debemos tener en claro que el daño moral, ni el daño moral reflejo están considerados dentro de la indemnización laboral, ya que en materia laboral se basa en la teoría del riesgo, la cual es usada en cuanto a la indemnización que tiene que tener la muerte de una persona, por lo cual la vía acertada dentro de la materia laboral es indemnizar mediante el pago de una cantidad de dinero, lo cual es legalmente amparado, pero tiene su límite que es ese, el resarcimiento del principal afectado, obviamente el dinero va a ser recibido por sus herederos pero no debemos olvidarnos de que estas personas también pueden ser susceptibles de un daño, cosa que esta fuera del alcance laboral, por lo cual se debe tomar se debe ampliar más el panorama y llegar al derecho civil, principalmente a la teoría del daño, la cual cubre también el daño generado a terceros.

Ahora de esto se desprende también la independencia de cada daño, ya que cada uno tiene su propia vía, el derecho civil puede darnos una protección más amplia, basándose en la teoría de la responsabilidad extracontractual, por lo cual si es necesario recurrir al mismo, ya que como se ha dicho durante toda esta investigación todo daño debe ser reparado, pero el limitante del área laboral en cuanto a la indemnización de daño deja por fuera otros daños que vieron la luz gracias al daño principal, como es en este caso el daño moral reflejo, este limitante es superado gracias a las teorías del daño y responsabilidad, con lo cual lo que se busca es una reparación íntegra y a todos los daños que se generaron.

Ahora si bien es cierto que la única vía de resarcimiento de un daño es la vía pecuniaria, no podemos decir que no es acertada, ya que se tiende a dar un valor a las cosas y a los derechos, por lo cual se reemplaza sentimientos y se logra volver a una armonía, la cual no va a ser la inicial pero si va a ser una tranquilidad para las personas implicadas dentro del daño.

El daño moral reflejo es un daño que se genera en el fuero interno de una persona por una acción u omisión que golpea de manera indirecta y emocionalmente a una persona ligada por algún vínculo a otra, no todas las personas están legitimadas para pedir indemnización bajo esta figura, solo sus herederos podrán hacerlo.

## Bibliografía

- Alpa, G. (2001). *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Peru: ARA.
- Asua, L. J. (1972). *La ley y el delito principios del derecho penal*. Madrid: Sudamericana.
- Barriga, M. C. (2000). *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*. Mexico DF: Universidad Nacional Autonoma de Mexico.
- Enciclopedia juridica*. (2014). Recuperado el 11 de Diciembre de 2017, de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/nexo-causal/nexo-causal.htm>
- Españes, L. M. (s.f.). *Dialnet*. Recuperado el 4 de diciembre de 2017, de [www.dialnet.unirioja.es](http://www.dialnet.unirioja.es)
- Espinoza, J. E. (2005). *Los principios contenidos en el título preliminar del Código civil peruano de 1984*. Lima: PUCP.
- Hard, L. T. (1969). *El daño moral en la responsabilidad contractual*. Santiago: Editorial Juridica de Chile.
- Jaramillo, J. T. (1990). *Culpa contractual*. Bogota: TEMIS.
- Jaramillo, J. t. (2008). *Tratado de responsabilidad civil Tomo I*. Bogota: LEGIS.
- Jaramillo, J. T. (2008). *TRatado de Responsabilidad Civil Tomo II*. Colombia: LEGIS.
- Machiado, J. (s.f.). *Apuntes juridicos*. Recuperado el 3 de diciembre de 2017, de <https://jorgemachicado.blogspot.com/2013/04/le.html>
- Piedra, J. O. (2001). *La responsabilidad civil por productos en Mexico, Canada y USA*. Mexico DF: Universidad Nacional Autonoma de Mexico.
- Prieto, B. Q. (2000). *Teoria basica de la indemnizacion*. Bogota: Leyer Ltda.
- Prieto, B. Q. (2000). *Teoria Basica de la Indemnizacion*. Bogota: Leyer.
- Rivera, J. P. (2016). *El daño Moral y sus factores de valoracion en el ambito civil*. Quito: COBOSCREATIVE.
- Romero, G. b. (1995). *Elementos del daño moral*. Guayaquil: Edino.
- Constitución de la República del Ecuador 2008
- Código Civil ecuatoriano 2016
- Código Civil argentino 2015
- Código Civil venezolano 1982

