



Universidad Internacional SEK

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

Trabajo de titulación para la obtención del Título de Abogado

Título: El daño moral y su configuración dentro de la Jurisprudencia Ecuatoriana y su relación con el caso Rafael Correa vs Banco Pichincha.

Autor: Marco Andrés Terán Camacho.

Fecha de entrega: 07 de agosto del 2018.

## **Dedicatoria.**

Dedico la presente disertación a mis padres Marco Terán y Sandra Camacho, por su apoyo en todas las circunstancias, y a mis hermanas Gabriela y Andrea que siempre han estado conmigo durante todo este proceso.

## ÍNDICE.

Introducción General.

<b>CAPÍTULO I:EL DAÑO MORAL Y SU CONFIGURACIÓN DENTRO DE LA JURISPRUDENCIA ECUATORIANA.....</b>	<b>1</b>
<b>1.1.-Generalidades de la Responsabilidad Civil.....</b>	<b>1</b>
<b>1.2.-Responsabilidad contractual y extracontractual, semejanzas y diferencias.....</b>	<b>2</b>
<b>1.2.1.-Diferencia desde la solidaridad.....</b>	<b>2</b>
<b>1.2.2.-Diferencia desde la subrogación.....</b>	<b>3</b>
<b>1.2.3.-Diferencia por la extensión del monto indemnizable.....</b>	<b>3</b>
<b>1.2.4.-Diferencia desde la jurisdicción y competencia.....</b>	<b>4</b>
<b>1.2.5.-Diferencia desde el punto de vista de la culpa.....</b>	<b>4</b>
<b>1.3.-Requisitos para que haya responsabilidad contractual y extracontractual.....</b>	<b>4</b>
<b>1.4.-Teoría subjetiva de la culpa contractual.....</b>	<b>5</b>
<b>1.5.-Teoría contractual objetiva de la responsabilidad sin culpa.....</b>	<b>6</b>
<b>1.5.1.-Teoría objetiva contractual por el hecho de un tercero.....</b>	<b>6</b>
<b>1.5.2.-Teoría objetiva de la responsabilidad extracontractual por el hecho propio.....</b>	<b>8</b>
<b>1.5.3.-Teoría objetiva de la responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno.....</b>	<b>8</b>
<b>1.5.4.-Teoría objetiva de la responsabilidad extracontractual por actividades peligrosas.....</b>	<b>9</b>
<b>1.6.-El daño.....</b>	<b>10</b>
<b>1.7.-Características del daño.....</b>	<b>13</b>
<b>1.8.-Acercamiento conceptual al daño moral.....</b>	<b>14</b>

1.9.-Teorías sobre el daño moral.....	15
1.10.-Efectos del daño moral.....	18
1.11.-Resarcimiento del daño moral.....	19
<b>CAPÍTULO II: EL DAÑO MORAL DESDE LA PERSPECTIVA DE ECUADOR Y COLOMBIA..</b>	<b>23</b>
<b>2.-El daño moral desde la perspectiva de Ecuador y Colombia.....</b>	<b>23</b>
2.1.-El daño moral en la legislación ecuatoriana.....	24
2.1.1.-La responsabilidad extracontractual en la Legislación Ecuatoriana.....	24
a) Tipos de responsabilidad civil extracontractual en la Legislación Ecuatoriana.....	25
b) El daño moral y su forma de reparación en la Legislación Ecuatoriana.....	28
2.2.-El daño moral en la Legislación Colombiana.....	30
2.2.1.-La responsabilidad extracontractual y su clasificación en la Legislación Colombiana.....	30
<b>CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DE PRIMERA INSTANCIA, SEGUNDA INSTANCIA Y CORTE NACIONAL DEL CASO RAFAEL CORREA VS BANCO DEL PICHINCHA.....</b>	<b>35</b>
3.1.-Hechos del caso Rafael Correa vs Banco Pichincha.....	35
3.2.-Análisis de las decisiones judiciales del caso Rafael Correa vs Banco Pichincha en base a la doctrina.....	37
3.2.1.-Análisis de la sentencia del Juzgado Primero de lo Civil de Pichincha.....	37
3.2.2.-Análisis de la sentencia de Corte Provincial.....	38
3.2.3.-Análisis de la sentencia de Corte Nacional.....	40
<b>4.-CONCLUSIONES GENERALES.....</b>	<b>43</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>45</b>

## INTRODUCCIÓN

La presente tesis compone tres capítulos, el primero trata sobre toda la teoría acerca de responsabilidad contractual, extracontractual y daño moral. Para esto se van a observar las distintas posturas que son utilizadas por los juristas acerca de las distintas teorías sobre responsabilidad contractual y extracontractual, todo esto con el objeto de establecer una diferencia entre ambas dentro de la presente investigación.

Posteriormente se va a determinar el concepto de daño, todo esto para que exista un acercamiento conceptual hacia el daño moral, y también observar si el daño moral es de carácter patrimonial o es extra-patrimonial y por último se va a dar a conocer los criterios que utilizan los jueces para poder establecer un monto de indemnización por daño moral dentro de un juicio, así respondiendo el principal problema de investigación del presente caso, el cual es: ¿Cuáles son los criterios que desde el punto de vista doctrinario, legal y jurisprudencial se toman en cuenta para fijar una indemnización por daño moral en sede judicial.

En el segundo capítulo se va a realizar una comparación entre las legislaciones colombiana y ecuatoriana, con el objeto de establecer cuáles son las diferentes semejanzas y diferencias entre ambas. Para esto se va a en primer lugar establecer los distintos tipos de responsabilidad que existen tanto en el Código Civil colombiano, como en el ecuatoriano y también la diferencia entre la regulación sobre indemnización por daño moral entre ambas. Respondiendo así a la segunda pregunta secundaria de investigación la cual establece: ¿Cuáles son las diferencias que existen entre la indemnización por daño moral en Ecuador y en Colombia?

Y por último en el tercer capítulo se van a analizar las sentencias de primera, segunda instancia y Corte Nacional, que fueron utilizadas para resolver el caso Rafael Correa vs Banco Pichincha. Con el objeto de establecer si fueron lo suficientemente motivadas para poder resolver el presente caso y determinar si existieron pruebas suficientes para establecer si Rafael Correa fue víctima directa o no de daño moral por parte del Banco del Pichincha. Respondiendo así a la tercera pregunta de investigación, la cual establece: ¿Qué criterios judiciales han utilizado los jueces en el Ecuador para fijar un monto de indemnización?.

## **CAPÍTULO 1.**

### **EL DAÑO MORAL Y SU CONFIGURACIÓN DENTRO DE LA JURISPRUDENCIA ECUATORIANA**

En el presente capítulo se van a analizar las distintas teorías de la responsabilidad civil y el daño moral con el objeto de saber cómo se configuran ambas. Así como también se van a establecer las distintas diferencias y semejanzas entre la responsabilidad contractual y extracontractual, con la finalidad de identificar si en el caso Rafael Correa vs Banco del Pichincha existe o no una responsabilidad de carácter extracontractual. Una vez analizado todo esto, se va a explicar cuáles son los mecanismos que se utilizan actualmente para resarcir el daño, así como también los distintos factores que son tomados en cuenta por los jueces para poder determinar un monto de indemnización por daño moral.

#### **1.1 Generalidades de la responsabilidad civil**

La responsabilidad civil es aquella que encuentra como fuente principal un hecho jurídico, que es el comportamiento de una persona en el que puede haber o no voluntad de esta y produce efectos jurídicos (Velásquez, 2013). El hecho jurídico se divide en lícito e ilícito, el hecho lícito es aquel que produce efectos jurídicos y no hay de por medio una violación en el ordenamiento jurídico así, por ejemplo; el nacimiento, la muerte y un cuasicontrato. Por otra parte, el hecho ilícito se configura cuando una persona con su acción realiza ciertos actos que están prohibidos por la ley como: el incumplimiento de una obligación, el incumplimiento de un contrato etc. En sí se puede afirmar que la responsabilidad civil encuentra su fundamento en un hecho ilícito, pues en el caso del incumplimiento de un contrato va a nacer la responsabilidad civil de carácter contractual.

La responsabilidad civil aparte de tener como fuente un hecho ilícito también puede encontrar su fundamento en un hecho culposo. La diferencia se ve reflejada en la responsabilidad civil objetiva, en la cual la ley considera como ilícita la conducta que aún sin ser culposa tiene como efecto producir un daño a un tercero, entonces la ley tiene establecido que es ilícito causar daño a terceros así no haya culpa de por medio.

Concluyendo así que todo hecho culposo que produce un daño es un hecho ilícito, aunque no sea voluntario.

Entonces la responsabilidad civil es aquella que encuadra todos los comportamientos ilícitos que generan un daño, el cual debe ser reparado por quien lo causó y que tiene como fuentes principales al hecho ilícito y el hecho culposo. La responsabilidad civil se divide en responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual.

### **1.2.- Responsabilidad contractual y extracontractual, semejanzas y diferencias**

Es importante establecer las distintas diferencias y semejanzas de los tipos de responsabilidad para poder así clasificarla en cada una de estas. Como elemento común se determina que ambas suponen que exista un comportamiento activo u omisivo del demandado para poder atribuirle una responsabilidad, así como también que la persona afectada haya sufrido un perjuicio o daño determinado. Entonces en ambas siempre debe haber una persona un comportamiento de la persona demandada que no esté conforme a derecho, pues solo la ilegalidad de ese acto hace que se le atribuya la responsabilidad.

La diferencia desde el punto de vista de la capacidad para cometer el hecho ilícito, establece que en materia extracontractual se determina que los menores de edad y las personas dementes no son responsables de las consecuencias de cometer un delito o hecho culposo, por otro lado en la responsabilidad contractual la capacidad para obligarse supone que quien se obligue, tenga más de 18 años y se encuentren uso de sus facultades mentales.

Para la existencia de una relación contractual es necesario la existencia de un contrato de por medio celebrado entre las partes, por otro lado en la responsabilidad extracontractual no es necesario un contrato de por medio, solo la simple existencia de un daño basta para que se configura la existencia de responsabilidad extracontractual.

#### **1.2.1 Diferencia desde la solidaridad**

Para establecer la diferencia entre las responsabilidades, primero hay que determinar el objeto de la obligación solidaria. La obligación solidaria es aquella en la que existen varios deudores y acreedores, en la que hay por objeto una prestación que puede

exigirse por cada uno de los deudores y acreedores (Tamayo, 2007). En este punto en materia contractual no existe un principio general de solidaridad entre los deudores de obligaciones divisibles, porque puede surgir la solidaridad por disposición legal, testamento etc. Por otro lado en la responsabilidad extracontractual se establece la solidaridad en caso de que un delito o hecho culposo haya sido cometido por dos o más personas y así la víctima podrá cobrar la totalidad de indemnización a cualquiera de los responsables. (Tamayo, 2007).

Los requisitos para que se configure la solidaridad son; primero es necesario que se haya causado el mismo daño, y que los responsables lo sean por un daño en específico. No se podrá configurar la solidaridad si las personas cometen daños diferentes.

### **1.2.2 Diferencia desde la subrogación**

La ley o el contrato determinaran la cuantía de la repetición así mismo la subrogación en la responsabilidad contractual; así por ejemplo esta se determina por medio del contrato de transporte pues se autoriza al transportador contractual a delegar a otro transportador la ejecución del contrato, entonces si el transportador contractual indemniza al pasajero, este podrá repetir por la totalidad que le tocó indemnizar al transportador a quién se delegó la ejecución del contrato.

En materia extracontractual cuando la persona que es civilmente responsable indemniza a la víctima por los daños causados por una persona que está bajo su cuidado, la subrogación es por la totalidad de lo indemnizado a menos que la persona que es directamente responsable del daño demuestre que el civilmente responsable incurrió en culpa. Entonces ahí el juez establecerá un determinado valor de la cuantía de la repetición, dependiendo de la gravedad de ambas culpas.

### **1.2.3 Diferencia por la extensión del monto indemnizable**

En materia contractual y extracontractual solo hay lugar al pago de la indemnización de los perjuicios directos, pues se considera que los indirectos no fueron causados por el demandado. En la responsabilidad contractual pagan los perjuicios directos y previsibles si el deudor no actuó dolosamente, por otro lado si el deudor tuvo la intención de dañar con el incumplimiento de un contrato, se pagarán los daños previsibles e imprevisibles.

Por otro lado en la extracontractual, en virtud de cualquier culpa así sea leve o levísima, la víctima podrá solicitar o cobrar todos los daños previsibles e imprevisibles.

#### **1.2.4 Diferencia desde la jurisdicción y competencia**

Tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual, se puede someter el asunto ante el juez del domicilio del demandado, pero en materia contractual se puede también someter ante el juez del lugar del cumplimiento del contrato y en la extracontractual la acción indemnizatoria podrá ser presentada en el lugar donde ocurrió el daño. En conclusión, en ambos tipos de responsabilidad se pueden someter al juez competente del lugar del domicilio de la persona que cometió el perjuicio o daño.

#### **1.2.5 Diferencias desde el punto de vista de la culpa**

Este punto es importante pues existen grandes diferencias entre una responsabilidad y otra, pues en materia contractual la culpa es grave, leve y levísima. Por otro lado en la responsabilidad extracontractual la gravedad de las culpas no tienen ninguna importancia pues la persona que comete el daño así lo haya cometido con culpa grave, leve o levísima tendrá la obligación de indemnizar a la persona afectada. Como se trató también en el punto del monto indemnizable antes, en la responsabilidad extracontractual así se haya cometido con culpa levísima, el afectado podrá solicitar la indemnización por el daño ocasionado.

### **1.3. Requisitos para que haya responsabilidad contractual y extracontractual**

En la responsabilidad contractual es necesaria la existencia de un daño proveniente de la inejecución de un contrato celebrado entre la víctima y el demandado, y para eso es necesario que el contrato sea válido, en caso contrario, si el contrato es declarado nulo, con habrá en consecuencia responsabilidad. Entonces si no hay un contrato de por medio la responsabilidad será extracontractual.

Como segundo requisito dentro de la responsabilidad contractual está la existencia de un daño derivado de la ejecución de un contrato por ejemplo, cuando un contrato se ejecuta tardíamente o no se termina de ejecutar, y por último, que el daño sea o haya sido causado por el deudor al acreedor contractual, pues es necesaria la existencia de ambas partes para que se pueda celebrar un contrato.

Para que exista responsabilidad extracontractual, es necesario primero que el contrato sea declarado nulo, o que existan daños producidos por la nulidad del contrato, y también será extracontractual si el daño se ocasiona antes de la celebración del contrato o si se produce el daño con posterioridad a la terminación del contrato celebrado, pues en este caso ya no existiría el contrato.

Como último requisito de la responsabilidad extracontractual es la existencia de un hecho o daño que sea aparte del contrato. Por ejemplo cuando una persona roba o sustrae cosas de una casa donde presta servicios de electricidad, o cuando un busero que presta servicios de transporte, agrede o insulta a una persona causándole daño moral.

A continuación se van a analizar las teorías objetivas y subjetivas de la responsabilidad contractual. Dentro de las subjetivas se puede ver que el elemento esencial de esta es la culpa, que va a servir para poder determinar el grado de responsabilidad que tiene la persona cuando comete un hecho ilícito.

#### **1.4. Teoría subjetiva de la culpa contractual**

Esta teoría es importante porque existe una discusión en la responsabilidad contractual sobre si la culpa es fundamento indispensable de la responsabilidad. Obdulio Velásquez afirma que la culpa es determinante para que haya responsabilidad contractual y esta culpa es la inejecución de la obligación, entonces se determina que la culpa es el fundamento de toda responsabilidad contractual (Velásquez, 2013). Javier Tamayo define a la culpa contractual como la inejecución de una obligación por la existencia de elementos como el dolo, imprudencia, impericia, negligencia que le impiden al deudor cumplir correctamente con su obligación (Tamayo, 2007). Se puede ver que ambos niegan por completo la inexistencia de culpa en la responsabilidad contractual.

En la responsabilidad contractual basada en la culpa, se dice que dicha culpa debe ser demostrada por el demandante pero el deudor podrá exonerarse de la misma. Por ejemplo, cuando hay incumplimiento por parte del médico y si no se demuestra tal culpa el demandado podrá ser liberado de la misma. Se puede también presumir la culpa por la existencia del daño, pero el deudor puede desvirtuar la presunción que pesa en su

contra, demostrando ausencia de culpa o sea una actuación con el debido cuidado, o la debida diligencia.

Existen casos en las cuales el deudor contractual está obligado a probar una causa extraña para poder liberarse de la presunción de responsabilidad en su contra. Pues la ausencia de culpa y causa extraña se identifican y así se acepta la concepción que ante la exigencia de la causa extraña, también la culpa es un fundamento de la responsabilidad contractual. En conclusión, el deudor contractual solo se exonera cuando prueba una causa extraña y se considera en ciertos casos una responsabilidad objetiva y en otros casos presunción de culpa

### **1.5 Teoría contractual objetiva de la responsabilidad sin culpa**

Esta teoría se encuadra dentro de una concepción de responsabilidad objetiva pues excluye a la culpa. En este caso se establece que el deudor debe responder por los daños producidos por su incumplimiento sin necesidad que haya existido culpa, pues se determina que no toda causa extraña libera de responsabilidad al deudor por ejemplo en el transporte aéreo de pasajeros en el que la fuerza mayor no libera de responsabilidad al deudor y en cambio solo la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de terceros pueden hacer que la persona que lo cometió se libere de la responsabilidad.

Es por eso que cuando al deudor se le permite probar causa extraña y se logra exonerar, la exoneración se ocasiona porque se sabe que el daño no solo fue causado por el deudor, sino que no hubo culpa de este. En síntesis, cuando alguna de las formas de causa extraña no libera la responsabilidad como en los ejemplos anteriores, la responsabilidad es objetivo y por tanto la culpa no es el fundamento de la responsabilidad contractual del deudor.

En conclusión, aunque no haya culpa por parte del deudor o demandado igual responde, por ende la responsabilidad contractual sin culpa también es denominada como obligación de resultado

### **1.5.1.- Teoría objetiva contractual por el hecho de un tercero**

Como se determinó anteriormente, la responsabilidad puede también ser atribuida a un tercero. En primer lugar, cuando el tercero es ajeno al deudor, puede suceder que el incumplimiento material del contrato sea imputable al hecho de un tercero que no había sido encargado por el deudor para que ejecutará el contrato y que, por otro lado es totalmente ajeno a las actividades y obligaciones jurídicas de dicho deudor.

Por otro lado, es diferente cuando el deudor delega la ejecución del contrato a personas que se encuentran bajo su dependencia, pues esto sí es permitido por la ley. Henry Mazeaud (2009) dice que en este caso el deudor responde por el comportamiento de la persona que se encuentra bajo su dependencia, si se llenan los requisitos de ilicitud a quien ejecutó el contrato. Así por ejemplo cuando un transportador delega la ejecución del contrato de transporte en un conductor que está bajo su dependencia laboral, en este caso el transportador será responsable.

En el caso que el deudor mediante la subcontratación delegue en un tercero totalmente independiente la ejecución del contrato, en este caso aunque el tercero no dependa del deudor inicial, la inejecución del contrato por parte del tercero compromete la responsabilidad del deudor, pues delegar a un tercero independiente la ejecución de un contrato, no está prohibido por la ley. En conclusión, en este caso no se libera de responsabilidad el deudor principal así haya delegado a un tercero.

Los casos en los que el deudor pretenda exonerarse de la responsabilidad resultan difíciles, pues el deudor se encuentra en una situación desventajosa. Javier Tamayo (Tamayo, 2007) dice que si se trata de una obligación contractual de medios, al demandante le corresponderá demostrar la culpa de quien materialmente ejecutó el contrato, bien sea de forma independiente o dependiente del deudor. Pero si se establece la culpa de quien debía ejecutar el contrato, el deudor principal no tiene forma de exonerarse de la responsabilidad.

Por lo anterior en las obligaciones de resultado, el simple hecho del daño que deriva de la inejecución del contrato hará que se presuma la responsabilidad del deudor, quién solo podrá liberarse de la responsabilidad si logra demostrar una causa extraña. Y si no se establece una causa extraña, el deudor será el responsable (Tamayo, 2007). En

conclusión, el único medio de defensa del deudor es que suceda una causa extraña, pues la ausencia de culpa no le exonera de responsabilidad.

El único recurso que puede utilizar el deudor contra el tercero que causó el incumplimiento es la repetición del pago, que el deudor realizó al acreedor. Pero esto solo puede suceder si se comprueba que el tercero fue el principal responsable del daño, configurándose así un derecho de repetición.

### **1.5.2 Teoría objetiva de la responsabilidad extracontractual por el hecho propio**

La teoría de la responsabilidad por el hecho propio está considerada dentro de la teoría del abuso del derecho, que según Javier Tamayo es cuando el titular de un derecho realiza una acción con la intención de causarle daño a un tercero. El fundamento de la responsabilidad por el hecho propio se encuentra enmarcada en el dolo y la culpa. Mazeaud (2009) al contrario de Javier Tamayo, afirma que el daño no solo puede ser cometido con dolo sino también con culpa o imprudencia o sea sin que exista una intención de cometerlo. En conclusión, el daño puede ser cometido con la voluntad de la persona o por la falta del deber objetivo de cuidado.

La teoría del abuso del derecho según Javier Tamayo (2007) es absoluto, pues no permite la existencia de excepciones y por tanto cualquiera sea el derecho que se abuse, su titular se hace responsable por los perjuicios que con esa acción cause a terceros. Así por ejemplo si un comunero suficientemente rico, sin ningún interés serio en pedir la división de la comunidad y con la intención de causarle daño a otro comunero insiste en la división, este será responsable por abuso del derecho. Entonces así se puede explicar cómo una persona siempre tiene que ser responsable cuando tiene por objeto el perjudicar a otra y así no se pueda plantear ninguna excepción al abuso del derecho.

### **1.5.3 Teoría objetiva de la responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno**

Esta teoría se plantea en contraposición a la teoría de la responsabilidad por el hecho propio. En la presente teoría continuamente se va a hacer mención a dos tipos de responsabilidades, el primero es el directamente responsable y el civilmente responsable. Para entender mejor Edgar Cortes (2010) establece una diferencia entre ambos, y dice que el directamente responsable es la persona que estando bajo el cuidado de otra causa daño a un tercero por ejemplo el hijo de familia, el obrero o el

empleado. En cambio, el civilmente responsable es la persona que tiene a otra bajo su cuidado. Como el padre de familia, el tutor o director de una institución.

Existen ciertos casos en los cuales el civilmente responsable se le atribuye la responsabilidad, así como también al directamente responsable. Es necesario que para que se le atribuya la responsabilidad al civilmente responsable, que el directamente responsable sea una persona incapaz (Tamayo, 2007), por ejemplo el daño cometido por un menor de edad que se encuentra bajo custodia de su padre, en este caso el padre será el responsable por todo lo que cometa el hijo.

Otro presupuesto establecido es la culpa del directamente responsable sirve como presupuesto para la presunción del civilmente responsable. Es por eso que la prueba de culpa del directamente responsable es requerida para poder determinar la responsabilidad de la otra persona. Existen casos en los cuales se presume la culpabilidad del directamente responsable y el civilmente responsable, así por ejemplo en el daño causado por el directamente responsable en el ejercicio de una actividad peligrosa que se encuentra bajo la dependencia del civilmente responsable. Entonces aquí aparece la culpa de ambos por el simple hecho de ejercer una actividad peligrosa.

Por otro lado, si el daño se produce sin que el directamente responsable este ejerciendo una actividad peligrosa, entonces necesariamente su culpa deberá ser demostrada para poder presumir la culpa del civilmente responsable. También habrá que probar la culpa cuando este, en el ejercicio de sus funciones causa el daño ejerciendo una actividad peligrosa que no pertenece al civilmente responsable. Entonces en estos dos casos se tiene que demostrar la culpa primero del directamente responsable.

En conclusión, cuando el directamente responsable tiene capacidad se requiere que exista culpa de su parte para poder comprometer la responsabilidad por el hecho ajeno del civilmente responsable. Y cuando el directamente responsable es un incapaz, se presumirá que existe culpa directa por parte del civilmente responsable por ejemplo como se decía ante, en el caso que un niño cometa un daño, se le atribuirá la responsabilidad al padre por no ejercer sobre él los debidos cuidados.

#### **1.5.4 Teoría objetiva de la responsabilidad extracontractual por actividades peligrosas**

La presente teoría se aplica solamente en la responsabilidad extracontractual y no en la contractual, pues como se dijo anteriormente los dos tipos de responsabilidad no se pueden aplicar en conjunto. En la responsabilidad por actividades peligrosas, se exige a la víctima probar que el daño fue causado por una actividad peligrosa del demandado, y que este solo se libera mediante la prueba de una causa extraña excluyendo así a la culpa (Quintero, 2007).

Por otra parte, Javier Tamayo (2007) afirma que existe la discusión entre dos teorías, la responsabilidad objetiva que exige prueba de una causa extraña, y la de la culpa probada según la cual por el simple hecho de ejercer la actividad peligrosa existe una culpa. Dentro de la culpa probada se establece que ciertas conductas que crean una cierta magnitud de peligrosidad por el hecho de la gravedad del peligro, se puede establecer que se actuó de forma culposa, configurándose así dentro de la culpa probada. Pues la persona que ejerció esa actividad sabía que dicha actividad generaría un riesgo en el futuro si se la ejercía.

En este caso la culpa de la otra persona y la peligrosidad de la actividad, deberá ser demostrada por la víctima. Y el demandado podrá desvirtuar la culpa, estableciendo que actuó con el debido cuidado o diligencia.

La responsabilidad por la actividad peligrosa es acumulativa pues lo que interesa saber es sí en el momento de la actividad estaba presente la actuación de varias personas (Facio, 1991). Entonces la responsabilidad va a depender del número de personas que hayan formado parte de la actividad, configurándose así una responsabilidad de carácter solidario. Así pues la víctima debe demandar solidariamente a cada uno de los responsables y exigirles a cada uno la indemnización.

En conclusión, la actividad peligrosa se la prueba por medio de la culpa de la persona que realiza la actividad más no por la prueba de una causa extraña, y dicha culpa debe ser probada obligatoriamente por la víctima del daño. Y en el caso que haya varias personas que causen el daño, estas deberán responder solidariamente por su responsabilidad.

## 1.6 El daño

En el presente subtema se va a tratar acerca del daño en general y sus distintas características, con el fin de establecer el objetivo principal que tiene y su influencia para poder posteriormente dar un concepto sobre el daño moral. Los autores que tratan sobre el daño son; Beatriz Quintero Prieto, Adriano Jaramillo, Javier Tamayo y Carmen Aida Domínguez Hidalgo.

El daño es un elemento de la responsabilidad pues es la consecuencia del hecho culposo o doloso en el cual una persona puede sufrir un perjuicio moral o material. (Zeno, 2014) También se puede definir al daño como todo menoscabo material o formal, que sufre una persona ya sea en sus bienes naturales o en su patrimonio (Zeno, 2014), Según Zannoni (2011) el daño es apto para designar todo menoscabo patrimonial o no patrimonial, el patrimonial es una lesión al patrimonio y el extra patrimonial a los sentimientos intrínsecos de las personas. Entonces el daño puede ser configurado bajo una esfera patrimonial y extra patrimonial.

El daño es todo dolor o perjuicio que se ocasiona sobre una persona o cosa, los cuales por medio de una fuerza externa son perjudicados. Se puede utilizar el ejemplo de una cosa que se encuentra en perfecto estado y por cierta fuerza externa pierde el estatus que tenía antes. El daño puede ser en primer lugar físico, que es la afectación que se produce en el cuerpo de una persona a causa de una fuerza externa (Tamayo 2007) , también existe el daño moral, que es una afectación en los sentimientos y bienes de carácter extra patrimonial de una persona (Tamayo 2007) , el daño culposo que es un daño ocasionado por la falta del deber objetivo de cuidado (Tamayo 2007) , el daño doloso que es la afectación que se ocasiona a otra persona actuando con voluntad ( Tamayo 2007) y por último el daño civil que es la afectación que se produce a una persona y en el que es obligatorio el pago de una indemnización al afectado por el daño ocasionado (Tamayo 2007).

Establecido lo anterior, la presente investigación se centrará en el daño civil, porque debido a su amplitud es posible la explicación de todos los daños. Así el daño civil es el perjuicio que se causa sobre una persona tanto en sus derechos reales que recaen sobre cosas, como personales que afectan a una persona. Sobre los cuales se obliga al

causante a indemnizarlo. (Prieto, 2000), por lo que se llega a la conclusión de que el daño civil tiene como objetivo principal la indemnización a la persona que se le vulneraron sus derechos.

Se considera al daño como todo daño o perjuicio que se ocasiona en los bienes patrimoniales y extra patrimoniales de una persona, así como la afectación producida en los derechos reales y derechos personales los cuales deben ser obligatoriamente indemnizados (Jaramillo, 2008) , como se puede ver el también coincide en el carácter indemnizatorio como elemento principal de resarcimiento del daño

Han existido ciertos debates sobre el origen principal que posee el daño, existen autores que explican que el daño proviene principalmente de un cuasidelito, o sea que no existe voluntad para cometerlo. Sin embargo no toman en cuenta que el daño puede ser ocasionado con voluntad o por una falta del deber objetivo de cuidado, por ejemplo cuando una persona tiene la voluntad expresa de causar daño en la vivienda de otra o cuando alguien quiere dañar la honra y la buena reputación de una persona.

Existen también ciertos autores que afirman la configuración del daño, solamente cuando se trata de bienes patrimoniales de una persona. Con lo cual excluyen la posibilidad de que exista un daño extra patrimonial a un sujeto derivado de un daño al patrimonio, Por ejemplo, cuando una persona ha causado un daño en el patrimonio de otra, posteriormente la víctima del daño se ve afectada también en su moral o en su integridad psicológica como consecuencia del daño. Entonces, se puede establecer la existencia de una relación entre una lesión patrimonial y una extra patrimonial.

En conclusión, se puede observar que el daño civil es una acción u omisión que es contraria al ordenamiento jurídico, pues vulnera ciertos derechos de la persona, los cuales deben ser indemnizados por el sujeto que lo provocó. Este daño puede ser realizado con la voluntad de causar un perjuicio en la víctima, así como también por la falta de diligencia y sin la voluntad de causar el daño. Por último, este puede ser patrimonial y extra-patrimonial, es patrimonial cuando recae sobre las cosas y extra-patrimonial cuando existe una alteración psicológica hacia la persona que sufre el daño.

## 1.7 Características del daño

Como se vio anteriormente el daño es una acción u omisión que realiza una persona con el fin de lesionar un bien jurídico, este daño puede ser de carácter patrimonial y extra patrimonial. El daño también puede ser producido con voluntad de causar daño, así como también por la falta del deber objetivo de cuidado o la falta de una debida diligencia. Para poder comprender más sobre el daño, primero hay que determinar sus características.

a) El Daño debe ser Actual: es decir que esta acción no puede ser futura sino actual, ósea que la persona que la realizó 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 extra patrimonial, por lo cual el daño no se puede basar en meras amenazas, si no que este evento debe ser consumado.

b) El daño que se va a reparar debe ser cierto: Lo que quiere decir es que el daño debe existir, es decir que debe haber cierta certeza de que el daño fue creado y que por ende debe generar ciertas repercusiones, lo que trae como consecuencia una reparación por parte de la persona que vulneró el derecho. Ósea debe haber una conexión entre la acción y el daño producido.

c) Existencia de un nexo Causal: El nexo de causalidad es la conexión que debe existir entre la acción y el daño, y que la acción debe dar como resultado la lesión del bien, por lo cual se debe tener certeza de lo mismo. (Prieto, 2000) Por ejemplo, cuando una persona en virtud de su conocimiento y voluntad riega gasolina en toda la casa, con la certeza de generar un incendio, en este caso se evidencia el nexo causal entre el acto (gasolina) y el daño, esto es la destrucción de la casa. Otro ejemplo es cuando una persona realiza una actividad peligrosa dentro de una empresa con conciencia y voluntad de que va a ocasionar un daño, pese a que ya fue advertido anteriormente sobre el daño.

d) El daño debe ser cuantificable: Se debe tener certeza en cuanto a la cuantía del daño, es decir que el daño sea cuantificable, ya sea este de carácter patrimonial o extra patrimonial, (Jaramillo, 2008). En este punto se puede hablar de un juez que mediante

una sentencia determina una cierta cantidad que va a pagar la persona demandada por concepto del daño generado, entonces es cuantificable en la medida que debe poner como sanción una cantidad de dinero, que vaya acorde a la gravedad del daño causado. Así por ejemplo si el daño es más grave, se va a ordenar la indemnización con una cantidad más elevada

### **1.8 Acercamiento conceptual al daño moral**

En el presente subtema se va a tratar acerca del concepto del daño moral según el criterio de diversos autores, el tema es de suma importancia pues determinando los diversos conceptos sobre daño moral, se va a poder entender con mayor claridad el objetivo del daño moral. Así como también va a servir para el desarrollo de la presente investigación, donde se van a ver las distintas características del daño moral.

De acuerdo con Carmen Aida Domínguez Hidalgo (2000) el daño moral es definido como: “todo mal perjuicio, aflicción en los sentimientos y facultades espirituales de una persona, la moral guarda relación con los valores éticos que el ordenamiento jurídico reconoce a las personas y que son bienes jurídicos tales como el buen nombre, la honra, intimidad personal, integridad personal psicológica entre otros”. (Domínguez, 2000)

Por su parte Beatriz Quintero establece que, dentro del daño moral se encuentran integrados todos los daños que no se pueden incluir como daños patrimoniales como por ejemplo sufrimientos morales, sensaciones dolorosas, alteración en sus capacidades mentales. La autora divide el daño moral en subjetivo y objetivable, dentro del subjetivo establece que el juez es el que debe determinar un monto de dinero con el objetivo de lograr una satisfacción en la víctima, en otras palabras este tipo de daño moral se va a encargar de que el juez ponga un monto determinado de indemnización. El daño moral objetivable es aquel que es apreciable de una valoración económica (Prieto, 2000), lo que trata es de poner un valor económico al daño.

Para hacer una diferenciación sobre estos dos tipos de daño moral de una forma más concreta y entendible, el daño moral subjetivo es el precio que pone el juez al sufrimiento de la persona, y el objetivable es solamente la cantidad económica en si que se tiene que pagar a consecuencia del daño. La división determinada es muy buena porque ayuda a entender de forma más profunda el daño moral.

Jorge Pallares (2016) dice que el daño moral es todo sufrimiento dolor que se padece independientemente de cualquier repercusión de orden patrimonial y que no ha de confundirse con el perjuicio patrimonial causado por un factor moral o derivado del mal hecho a la persona o a sus derechos.

Mazeaud (2014) define al daño moral como aquel que constituye un atentado contra un derecho extra-patrimonial o sea no pecuniario, este autor lo define como un peligro ante los bienes de carácter extra-patrimonial como el honor, buen nombre etc. Como se puede ver el daño moral es visto como una lesión a los sentimientos de las personas, que son inherentes a ellos.

Alicia Pérez Duarte (2011) da un concepto negativo de daño moral, lo cual no establecieron los demás autores y dice que: el daño moral es todo perjuicio que no atenta al individuo en su fortuna o en su cuerpo. Lo que quiere decir es que no atenta contra bienes de carácter material como: un carro, dinero entre otras por lo que excluye este tipo de daño, del patrimonial.

Como se puede observar los autores mencionados coinciden en la idea de que el daño moral es de carácter no patrimonial y que vulnera los bienes de la personalidad de las personas como: sentimientos, capacidades mentales, capacidades psicológicas, los cuales son bienes que no se pueden palpar, pues no se puede tocar al dolor, lo contrario sucede con los patrimoniales que sí pueden ser percibidos por los sentidos. Pero ese tema se va a tratar después cuando se determine las diferencias entre daño moral y daño patrimonial.

### **1.9-Teorías sobre el daño moral**

A continuación, se tratan las distintas teorías que se han planteado sobre el daño moral, con el objeto de comprender y llegar directamente a un concepto preciso y completo sobre el daño moral. Los autores que hablan sobre las teorías del daño moral son: Carmen Aida Dominguez Hidalgo, Roberto Sconnomaglio.

Para poder realizar un acercamiento conceptual, primero se tienen que mencionar las teorías negativas y positivas que van a ayudar a comprender las distintas concepciones sobre cómo se ha planteado el tema de daño moral. Pues existen bastantes dificultades

para poder definir un concepto de daño moral ya que es un tema demasiado amplio dentro del Derecho (Hidalgo, 2000).

#### **a)-Teorías negativas del daño moral respecto al daño patrimonial**

Carmen Aida Domínguez en su libro “El daño Moral” explica ciertas teorías para poder definir el daño moral. Por eso se plantea teorías negativas y teorías positivas, dentro de las concepciones que niegan la autonomía del daño moral con un criterio de contraposición respecto del daño patrimonial y determinando que, el daño moral no es un daño autónomo sino uno conexo al patrimonial, tanto que en ausencia de un menoscabo de esa índole patrimonial, su resarcibilidad ha de ser descartada (Hidalgo, 2000), en otras palabras el daño moral es un daño que depende del patrimonial.

Dentro de las teorías negativas del daño moral la autora la divide en dos, primero la concepción de que el daño moral es todo perjuicio cuyo objeto no es un interés patrimonial y segundo que el daño moral es todo daño que no repercute en el patrimonio. En la primera dice que: el daño no patrimonial por su misma expresión es negativa al daño patrimonial y por ende no puede comprenderse dentro de este pues tiene un interés de carácter no patrimonial, lo que quiere decir que guarda relación solamente a un bien no patrimonial (Hidalgo, 2000), bajo esta concepción el daño moral es un daño de carácter no patrimonial que es independiente del daño patrimonial.

En la segunda concepción dentro de las teorías negativas del daño moral la autora Carmen Aida Domínguez Hidalgo establece que, la repercusión que tienen dentro del patrimonio de la víctima es muy diferente, pues si existe una disminución en el patrimonio de la víctima se estaría hablando del daño material y por el contrario si el patrimonio esta o se encuentra intacto después de la lesión las consecuencias perjudiciales para la víctima caen en el concepto amplio de perjuicios morales o extra patrimoniales (Dominguez, 2000), como se puede ver después de analizadas las teorías, estas niegan por completo una conexión del daño moral con el daño patrimonial.

#### **b)-Teorías positivas del daño moral frente al daño patrimonial**

En el presente subtema se va a tratar acerca de las teorías positivas del daño moral, con el fin de establecer las diferencias que existen entre estas teorías y las teorías negativas, pues entre estas se han generado ciertas discusiones lo cual ha permitido arribar a

ciertas conclusiones. Los autores que tratan estas teorías son Scognamaglio, Carmen Aida Domínguez Hidalgo y Zannoni.

Se plantean también concepciones que afirman una conexión del daño moral con el daño patrimonial, también conocidas como teorías positivas, existen algunos criterios dentro de estas concepciones que se desarrollaran una por una. Como primer criterio el daño moral se lo ve como un *pretium doloris* esto quiere decir que el daño moral es el dolor que se causa en los sentimientos de una persona y debe ser reparado (Scognamaglio, 1962) lo que quiere decir, es que ante el sufrimiento de la persona se la debe indemnizar. Zannoni (2014) por su parte afirma que el dolor que es consecuencia de la privación de un bien jurídico debe ser reparado, lo que quiere decir es que se resarce cuando haya existido un daño sobre los bienes inmateriales de la persona, por ejemplo, los sentimientos.

Como segundo criterio de las teorías positivas se establece al daño moral como menoscabo de los bienes de la personalidad, esta concepción según Carmen Aida Domínguez Hidalgo (2000) implica que el daño no patrimonial existe cuando se lesionan derechos de la personalidad, en esta teoría nacen los derechos de la personalidad que son los derechos subjetivos que se encargan de proteger la integridad del ser humano como (honor, intimidad, imagen, buen nombre), esto antes no se mencionaba sino solamente se les denominada “bienes no patrimoniales”, lo cual ha permitido que el concepto de daño moral se desarrolle de una forma más amplia y se la comprenda de mejor manera dentro del derecho.

Como último criterio dentro de las teorías positivas tenemos la doctrina que toma en cuenta el resultado que la acción dañosa provoca en la persona. En esta concepción se afirma que existe una relación entre la lesión y el daño resarcible o sea que el daño comprende toda lesión a un derecho o a un interés de orden patrimonial o extra patrimonial, y el concepto de daño resarcible en materia civil, alcanza únicamente a las consecuencias perjudiciales que se desprenden de esa lesión. (Dominguez, 2000)

Lo que quiere decir es que el daño moral se debe apreciar desde el resultado, o sea el daño moral se constituye por la comparación entre la situación en que se encontraba la víctima antes y después del daño. El daño moral por ende debe ser considerado por las

alteraciones en el cuerpo y personalidad que sufre la persona posterior al daño en otras palabras.

Según Carmen Aida Domínguez: La persona que se encuentra incapacitada mentalmente, no se le puede obligar a pagar una indemnización (Dominguez, 2000), aquí nace un nuevo criterio dentro del daño moral, pues anteriormente no se establecieron los distintos criterios que se deben tomar en cuenta para que una persona sea obligada a reparar el daño causado.

Explicadas claramente las teorías o concepciones positivas o negativas acerca del daño moral, se vuelve más sencillo poder dar un concepto sobre daño moral. Lo cual será explicado en el siguiente subtema.

### **1.10- Efectos del daño moral**

Una vez establecido el concepto de daño moral según los distintos doctrinarios, hay que pasar a los efectos de este para una mayor comprensión. El tratadista Jorge Pallares Rivera dice que el daño moral se caracteriza por: la disminución o privación de bienes fundamentales del ser humano como la tranquilidad, libertad, honra entre otros, genera angustia y aflicción al sujeto pasivo del acto injurioso, afecta al proceso de pensamiento de la víctima, genera seria perturbación emocional y afectiva, produce daño síquico y material, y que generalmente violentan los derechos que se encuentran consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y Cartas Constitucionales (Pallares, 2016).

En los efectos del daño moral se describen los derechos que se vulneran como la honra, la consecuencia que este daño genera en las personas así tenemos: el dolor, aflicción entre otros y los derechos que se violentan por la vulneración de estos que en este caso son los que se encuentran consagrados dentro de la Constitución y Tratados Internacionales, lo cual les dota de gran importancia dentro del mundo del derecho. Es por eso que se puede comprobar entonces que las características se encuentran ligadas al concepto de daño moral propuesto por los autores, lo cual da lógica a la investigación.

### **1.11- Resarcimiento del daño moral**

Mediante el resarcimiento lo que se busca es poder satisfacer los derechos de la víctima, en otras palabras se busca reparar los daños y restablecer las cosas al estado anterior al hecho ilícito en el caso del daño patrimonial, en el caso de daño moral no se puede hacer eso por ciertas razones las cuales se van a exponer conforme avance la investigación.

En los daños morales la reparación integral significa que deben indemnizarse todos los daños que se hayan producido por el hecho. En el caso de los daños morales, no se puede retrotraer al estado anterior de las cosas tal como si pasa con los daños patrimoniales, solo se satisface insatisfactoriamente pues no es posible poder afirmar que la cuantía indemnizatoria se ajuste al daño moral que el hecho causo. Según Alicia Elena Pérez Duarte dice que los daños morales se asemejan a finales inacabados de determinadas obras artísticas que siempre exigen particular creatividad en el intérprete para llenar espacios vacíos y que en este ámbito son forzosos a raíz de una insalvable imposibilidad para valorar económicamente los perjuicios y reponer un contexto anterior al menoscabado (Duarte A. , 2014) Con esto la autora quiere decir que el dinero no puede resarcir un cien por ciento el daño ocasionado, sino que solo es un mecanismo de satisfacción para la víctima.

Según Jorge Pallares Rivera la indemnización es una forma de resarcir el daño que se ocasiono a la víctima que sufrió en su honra, reputación, afectos o sentimientos a causa de una acción dolosa o culpable de una persona. (Pallares, 2016), él se centra más en que la indemnización es obligatoria y necesaria para satisfacer a la víctima. Y también dice que esta es una devolución y desagravio por el delito cometido por el imputado o por el negligente, ósea una subsanación económica que comprenderá la reparación psicológica a la víctima (Pallares, 2016).

Por otro lado los daños morales y materiales según Tomaseello Hart: se pueden resarcir por medio de la indemnización que va a servir como reparación de los derechos de la víctima y también infligir en el responsable un castigo con el objeto de satisfacer y compensar los daños que ha sufrido en el patrimonio y en los valores morales por el acto ilícito (Hart, 1979), el autor dice algo muy importante porque se busca la reparación en los bienes de la víctima, sino también castigar al que cometió el acto ilícito.

En conclusión, los autores coinciden en que el mecanismo del resarcimiento del daño a la víctima es la indemnización pecuniaria, pero también dicen que en el caso del daño moral no es posible satisfacer a la víctima en su cien por ciento sino que es una forma en parte insuficiente de satisfacción del derecho.

Para poder saber más a fondo sobre el resarcimiento del daño, es necesario también conocer cuáles son los requisitos que existen para poder resarcirlo. Y esto tendrá bastante importancia pues solo de esa manera se puede saber cómo se va a lograr reparar el daño, burla, o la mala intención cometido por el actor hacia la víctima.

Para que un daño sea susceptible de apreciación pecuniaria, este debe tener cierta importancia, Según Pallares: Cuando un interés no patrimonial como en el daño moral la indemnización en dinero se va a cuantificar en relación a la magnitud del interés jurídico y social del lesionado, la naturaleza de la causa que lo provoca, la posición social de la víctima entre otras (Pallares, 2016) ,este criterio tiene una importancia bárbara porque de esta manera uno se da cuenta en que se va a basar el juez para poder cuantificar el monto del daño en una sentencia, pero este tema se va a profundizar más adelante conforme se avance en la investigación.

Barragán Romero determina los presupuestos de la reparación y dice que: primero se debe ver las circunstancias del daño, una vez se haya comprobado esto, este debe ser atribuido a una persona, el hecho dañoso debe atentar contra el orden jurídico y después de todo esto si habrá un fundamento para imponer al autor el deber de indemnizar o resarcir el daño (Romero, 2014) esto tiene bastante importancia porque nos explica los requisitos que debe haber para que se le obligue a una persona la indemnización un daño, lo que se configura como varios requisitos para resarcir el daño.

Para interiorizar más a fondo el criterio de Pallares sobre la mención que hizo a los distintos factores que se deben tomar en cuenta al momento de establecer un monto para indemnizar a la persona perjudicada por el daño. A partir de aquí se van a estudiar más a fondo los criterios que utiliza el juez y entre esos tenemos los: factores psicológicos, culturales, económicos, sociales y políticos.

Dentro de los criterios psicológicos Carlos Alberto Gherzi dice que: Los estados depresivos en una persona forman parte del daño moral, el cual no solo son los dolores

o padecimientos, sino también el daño psíquico (Gherzi, 1998) con esto quiere decir que no solo los dolores en el cuerpo constituyen un daño moral, sino también los daños psíquicos en una persona entonces el daño moral va a integrar el daño psicológico. De acuerdo al daño psicológico que sufra la víctima, se va a establecer un monto de indemnización, siendo así una cuantía mayor a la víctima que haya tenido más problemas psicológicos.

Dentro de los factores económicos existen muchos desniveles en nuestra sociedad, pues hay personas o ciudadanos que tienen un nivel social más alto que otro y por ende más recursos económicos. Es por eso que en la reparación de daños se va a tener en cuenta el nivel económico que tenga la víctima, entonces el juez apegado a su sana crítica debe fijar un determinado monto apegándose primeramente al daño probado y también a la víctima.

Otro factor que incide en el monto de indemnización es el social, pues como establece Pallares la sociedad va cambiando de acuerdo al espacio y al tiempo (Pallares J. , 2016) es por eso que las leyes van cambiando y deben estar de acuerdo a las necesidades sociales, y el daño que puede ocasionar el delito y cuasidelito en la sociedad puede ser más grave, por eso es un factor va a tomar también en cuenta el juez para resarcir el daño.

El factor político está relacionado con los factores económicos, sociales y culturales pues una persona que tiene el poder y forma parte de un grupo de personas que gobiernan el país va a ser más importante o relevante que un ciudadano común. Es por eso que cuando se comete un daño moral en contra de esta persona, es más grave que el que se comete contra cualquier otra persona que no se encuentra en un cargo de gobierno.

La figura pública es más visible para los otros ciudadanos, y este criterio también debe ser considerado por el juez al momento de cuantificar el daño en su resolución.

Por último el factor cultural según Pallares el daño moral desde el punto de vista cultural, tiene una relación directamente proporcional al nivel cultural que la víctima posea dentro de su colectivo social, es por eso que si la víctima ocupa un grado relevante en el espectro cultural de su entorno social, el impacto moral será mayor que si ocupará un lugar discreto. (Pallares, 2016) Es por eso que la cuantificación del daño será mayor si se

comete contra una persona que tiene un nivel cultural superior dentro de la sociedad,  
todo esto será determinado por el Juez.

## **CAPITULO II.**

### **EL DAÑO MORAL DESDE LA PERSPECTIVA DE ECUADOR Y COLOMBIA**

#### **2.- Daño Moral desde la perspectiva de Ecuador y Colombia**

En el presente capítulo se analizará los distintos tipos de responsabilidad y la configuración del daño moral dentro de la legislación colombiana y ecuatoriana, con el objetivo de establecer semejanzas y diferencias en las dos legislaciones. Para eso se estudiará el Código Civil de ambos países, con la finalidad de poder determinar una relación de las teorías que fueron tratadas en el anterior capítulo, con los distintos artículos del Código Civil Colombiano y el ecuatoriano.

##### **2.1.- El Daño Moral en la legislación ecuatoriana**

Los daños que son susceptibles de reparación según la legislación ecuatoriana son los daños patrimoniales, dentro de los cuales se tienen en cuenta el daño emergente, el lucro cesante y los daños de carácter extra patrimonial, en los cuales existe el daño a la persona y el daño moral. Para poder adentrarse más en el tema se debe hacer énfasis en que los daños patrimoniales serán todos aquellos daños que afecten a intereses de naturaleza económica, mientras que los daños no patrimoniales serán los que no afecten a intereses de esta naturaleza, sino a derechos de carácter extra patrimonial, como el derecho a la honra, buen nombre y reputación.

El daño patrimonial no será tratado pues, el tema de investigación está relacionado con los daños de carácter extra patrimonial, y este se divide según la legislación ecuatoriana en daño a la persona; que es cuando existe un perjuicio tanto material como moral, concepto aceptado pues todo daño corporal afecta tanto al patrimonio como a los sentimientos dado que es posible que la víctima experimente un dolor físico y un sufrimiento puramente moral.

Como segunda clasificación dentro de los daños extra patrimoniales está el daño moral que es aquel daño que vulnera los derechos de la personalidad como la integridad, la imagen, las creencias, el honor, los derechos de familia, los derechos cívicos, y los derechos políticos. Este daño también es un ataque a los derechos personalísimos de un

sujeto mediante agravio a su dignidad, a su honorabilidad, a su privacidad, a sus valores, que le produce reacciones anímicas o espirituales negativas.

Jorge Pallares (2016) dice que el daño moral es todo sufrimiento o dolor que se padece independientemente de cualquier repercusión de orden patrimonial y que no ha de confundirse con el perjuicio patrimonial causado por un factor moral o derivado del mal hecho a la persona o a sus derechos. Mazeaud (2014) por su parte define al daño moral como aquel que constituye un atentado contra un derecho extra patrimonial o sea no pecuniario, pues es un peligro a los bienes de carácter extra patrimonial como el honor, buen nombre. Entonces como se puede ver según la doctrina y la legislación ecuatoriana, el daño moral debe ser visto como toda lesión a los sentimientos de las personas, que son inherentes a ellos.

En el derecho ecuatoriano se reconoce la existencia del daño moral cuando existen estos elementos; 1) daño moral es el que proviene de toda acción u omisión que lesiona los sentimientos, afecciones, las facultades espirituales o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana, 2) La acción de indemnización por daño moral es independiente y no está supeditada al previo ejercicio de la acción penal; es decir no existe esta prejudicialidad, 3) El daño moral no tiene una manifestación externa y por ello no se requiere una prueba directa de la existencia del daño moral, sino que es suficiente la valoración objetiva de la acción u omisión antijurídica que lo provoca, 4) El daño moral se ubica en el campo de la responsabilidad civil, 5) La acción civil por daño moral es contenciosa y declarativa; se debe sustanciar por la vía ordinaria, 6) La acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal.

En el Ecuador estos elementos del daño moral se deben respetar, pues están basados en los principios de legalidad y seguridad jurídica consagrados en el artículo 82 de la Constitución de la República en concordancia con los artículos 3 numeral 3, 16 numeral m, 17, 18 y 23. Esto concuerda con la doctrina pues la doctrina establece elementos que se evidencian en este artículo

### **2.1.1 La responsabilidad extracontractual en la legislación ecuatoriana**

La responsabilidad civil extracontractual está basada en el art. 2184 del Código Civil que establece que son las obligaciones que son contraídas sin un contrato o convención,

sino que pueden nacer por la voluntad de las partes o por la ley. Las que nacen de la ley se expresan en ella, si el hecho es ilícito y tiene el objeto de causar daño se constituye un delito y no existe la voluntad de causar daño y es lícito puede ser un cuasicontrato (Nacional A. , 2013). En conclusión la responsabilidad extracontractual tiene su origen en una ley o por voluntad de las partes más no por un contrato determinado.

Es así que en la legislación ecuatoriana a través del Código Civil reconoce cuatro formas de obligarse, y pues dentro de las fuentes de las obligaciones establecidas en el artículo 1453 determina que las obligaciones nacen por la voluntad de dos o más personas, por medio de la ley y por un contrato. En este caso las principales fuentes de obligación son la voluntad de las personas y la ley pues son los fundamentos principales para cumplir una obligación en la responsabilidad extracontractual.

#### **a) Tipos de responsabilidad civil extracontractual en la Legislación Ecuatoriana.**

##### **Responsabilidad por actividades peligrosas**

El artículo 2217 del Código civil ecuatoriano establece que si un delito ha sido cometido dos o más personas, estas serán responsables solidariamente por los perjuicios o daños ocasionados (Nacional A. , 2013). Este artículo está relacionado con la teoría objetiva por actividades peligrosas, pues en esta teoría se establece que la responsabilidad de las personas es acumulativa porque lo que interesa saber es si en el momento de la actividad estaba presente la actuación de varios individuos configurándose así una responsabilidad de carácter solidario.

Por su Javier Tamayo (2007) afirma que la responsabilidad por la actividad peligrosa, es acumulativa pues lo que interesa saber es si en el momento de la actividad, estaba presente la actuación de varias personas. Entonces la responsabilidad va a depender del número de personas que hayan formado parte de la actividad, configurándose así una responsabilidad de carácter solidario, así pues la víctima debe demandar solidariamente a cada uno de los responsables y exigirles a cada una la indemnización.

Entonces como se puede ver tanto en la doctrina como en la legislación ecuatoriana se afirma que la responsabilidad extracontractual objetiva por actividades peligrosas, es de carácter acumulativa pues la importancia radica en saber si al momento en el que se

realizaba la actividad, se la estaba haciendo en presencia de varios individuos con el fin de que se pueda determinar una responsabilidad de carácter solidaria.

### **Responsabilidad objetiva por el hecho propio**

La responsabilidad objetiva por el hecho propio, se encuentra relacionada con los artículos 2218 y 2223 del Código Civil ecuatoriano. El artículo 2218 estipula que la persona que se encuentra en estado de ebriedad será responsable por todos los daños ocasionados y el artículo 2223 establece que el dueño es directamente responsable de los daños que ocasiona un edificio que se encuentra en ruina (Nacional A. , 2013). Entonces una vez visto ambos artículos se llega a la conclusión de que en ambas existe una responsabilidad por el hecho propio pues en los enunciados no se menciona la responsabilidad de otras personas, sino la responsabilidad directa de la persona que se encuentra en estado de ebriedad y la persona dueña de un edificio que se encuentra en ruina.

Javier Tamayo (2007) dice que la responsabilidad por el hecho propio, está considerada dentro de la teoría del abuso del derecho, pues su fundamento se encuentra enmarcado en el dolo y la culpa. Entonces existe una relación entre la doctrina con la legislación ecuatoriana pues tal como establece el Código Civil la persona en estado de ebriedad haya o no haya cometido el daño con dolo, será responsable por los daños que ocasionados. Configurándose así el requisito de dolo o culpa para que se sancione a la persona.

### **Responsabilidad objetiva por el hecho ajeno**

La teoría objetiva extracontractual por el hecho ajeno abarca varios artículos del Código civil ecuatoriano entre los cuales se encuentran el 2216, 2219, 2220, 2221, 2222 y 2226. Primero para que no existan confusiones se va a hacer mención a cada uno de los artículos para después explicados estos, se haga una relación con la teoría de la responsabilidad objetiva por el hecho ajeno.

El artículo 2216 determina que están obligados a indemnizar por el daño, la persona que lo cometió directamente y sus herederos en este caso pueden ser los hijos (Nacional, 2013). El artículo 2219 establece que no son capaces de cometer un delito o cuasidelito, los menores de edad por lo que por ellos responderán las personas que estén a cargo

de ellos El artículo 2220 tiene bastante relación con el artículo 2219 del Código Civil pues establece que toda persona aparte de ser responsable de sus propias acciones, es responsable de todas las personas que estén bajo su cargo (Nacional A. , 2013). En este artículo dan ciertos ejemplos como el padre responsable por las acciones de sus hijos, el tutor que es responsable por la conducta de su pupilo, los directos de escuela que son responsables por los alumnos que se encuentren bajo su cuidado, entre otros.

El artículo 2221 establece que los padres son responsables por la actuación de sus hijos que provengan de la mala educación, entre otros malos hábitos (Nacional A. , 2013). El artículo 2222 tiene otro enfoque pues no trata sobre la responsabilidad de los padres sobre los hijos, sino de los empleadores con sus trabajadores y estipula que los empleadores tienen que responder por la conducta de sus empleados en el ejercicio de sus respectivas funciones, también habrá casos en los que el responsable es el trabajador, si se llegare a probar que este actuó con voluntad de causar daño.

Y por último el artículo 2226 que determina que la persona que esté a cargo de un animal o sea dueño de este, será responsable de los daños que este cause, aunque no se encuentre junto al dueño en ese momento (Nacional A. , 2013). En conclusión, como se vio en los artículos mencionados se puede establecer la relación existente entre los enunciados normativos con la teoría objetiva extracontractual por el hecho ajeno, pues tanto el padre que está a cargo de su hijo, el dueño de un animal, el tutor y el empleador, no son directamente responsables del daño ocasionado pues ellos no lo hicieron, pero responden igualmente por el daño debido a la responsabilidad por el hecho ajeno.

Edgar Cortes (2010) dice que el directamente responsable es la persona que estando bajo el cuidado de otra, causa daño a un tercero por ejemplo el hijo de familia. Y el civilmente responsable es la persona que tiene a otra bajo su cuidado, como el padre de familia. Entonces se puede ver que en la responsabilidad por hecho ajeno tanto la doctrina como la legislación ecuatoriana, reconocen las figuras del directamente responsable y el civilmente responsable, estableciendo que si el directamente responsable comete un daño, el civilmente responsable responderá por el daño ocasionado.

En conclusión, los artículos del Código civil ecuatoriano tienen relación con las teorías establecidas en el marco teórico entre las cuales se encuentran; las teorías objetivas por el hecho ajeno y propio, la teoría por actividades peligrosas y la teoría subjetiva extracontractual de la culpa.

#### **b) El daño moral y su forma de reparación en la Legislación Ecuatoriana**

En el presente subtema hay que relacionar lo que establece la legislación ecuatoriana sobre la forma de reparación del daño moral, para esto se han citado varios artículos del Código Civil con el objetivo de determinar de forma clara los criterios por los cuales se protege el daño moral, las personas obligadas a indemnizar, las personas obligadas a reclamar la indemnización, así como también los distintos criterios en los que se basa el juez para determinar el monto en una decisión judicial.

En el Código Civil Ecuatoriano se regula el daño moral y su reparación en el artículo 2232 se establece que puede demandar la indemnización pecuniaria, la persona que haya sufrido el daño moral, y también que la corresponde la obligación de reparar a la persona que cause el daño de carácter moral o psicológico a la víctima.(Nacional A. , 2013) Y corresponderá al juez determinar el monto de indemnización que deberá pagar la persona que cometió el daño y el monto indemnizatorio dependerá también de ciertos factores como la gravedad del daño que se causó.

El artículo 2214 del Código Civil establece que la persona que ha cometido un delito o cuasidelito causando un daño a otro, está obligado a indemnizar sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito (Nacional A. , 2013). Lo que significa que todo tipo de delito y o cuasidelito pueden constituir daño, el cual puede ser reclamado y por ende obligatoriamente indemnizado por el que ocasionó el daño.

Por su parte el artículo 2215 del Código Civil, estipula que puede también solicitar la indemnización la persona que no ha sido directamente afectada por el daño, pero que ha sufrido también por las consecuencias del daño ocasionado a la víctima directa (Nacional A. , 2013). Así por ejemplo los familiares de una persona a la cual se le vulneraron sus derechos al honor y reputación.

El artículo 2216 establece que están obligados a indemnizar la persona que cometió directamente el daño y también sus herederos. Por ejemplo, cuando el padre que

cometió el daño está muerto y por eso les toca indemnizar a sus herederos que en este caso serían los hijos, pues es imposible que el padre repare el daño.

La indemnización es una forma de resarcir el daño que se ocasionó a la víctima que sufrió en su honra, reputación, afectos o sentimientos a causa de una acción dolosa o culpable de una persona con el fin de satisfacer los derechos de la víctima (Pallares, 2016). Entonces lo que el resarcimiento busca es una indemnización obligatoria y necesaria para poder satisfacer a la víctima.

Como se puede ver en los presentes artículos y en la doctrina, existen fundamentos para que una persona que haya sido víctima de un daño inmaterial, exija su reparación lo cual es correcto pues eso va a ayudar primero a satisfacer la dignidad de la víctima, como también porque la persona que cometió el daño, no vuelva a hacerlo. Así como la relación existente entre el artículo y el marco teórico, en cuanto se establece que los factores que van a incidir en el monto indemnizatorio serán; los económicos, sociales, culturales y políticos. Criterios que servirán para determinar la gravedad del daño causado.

Una vez confirmado o comprobado la existencia de un daño producido por un delito o cuasidelito en materia extracontractual, se puede ejercer la acción por daño moral que según el artículo 2233 del Código Civil Ecuatoriano establece que la acción por daño moral corresponde a la víctima y en el caso que esta tenga una imposibilidad física, podrá ejercerla su representante legal, o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad (Nacional A. , 2013).

Entonces como se puede ver los presentes artículos explican primero la obligación de reparar por parte de la persona que cometió el daño, así como también la facultad que tiene la víctima para poder ejercer la acción por daño moral. Y por último una vez establecido estos dos presupuestos, el juez puede determinar un monto de indemnización basado en distintos criterios como; los morales, sociales, económicos culturales y políticos, que van a servir para lograr identificar la gravedad del daño ocasionado. Entonces el juez basado en esos criterios podrá determinar un monto más elevado o un monto más bajo.

## **2.2.- La responsabilidad en la legislación Colombiana**

En la legislación Colombiana se establece de forma más clara y concreta la responsabilidad extracontractual, pues dentro de su legislación el Código Civil de ese país determina ciertos tipos de responsabilidad extracontractual como: la responsabilidad por malicia o negligencia, responsabilidad solidaria, responsabilidad por el hecho propio, responsabilidad por el hecho ajeno, responsabilidad de los trabajadores, responsabilidad de los padres por daños causados por los hijos entre otros. A continuación se va a realizar un análisis de cada uno de los artículos del Código Civil Colombiano, para poder así relacionarlos con cada una de las teorías establecidas en el capítulo anterior.

### **2.2.1.- La responsabilidad extracontractual y su clasificación en la legislación Colombiana**

Se puede entender por responsabilidad extracontractual según el artículo 2341 del Código Civil Colombiano, que esta responsabilidad se refiere a la obligación de indemnización que tiene la persona por haber inferido en un daño a otra (Colombiana, 2012). Entonces el fin principal de la responsabilidad extracontractual es la reparación del daño por medio de la indemnización por la culpa o por el delito cometido.

Esta indemnización puede ser solicitada no solo por la persona que ha sufrido directamente el daño, sino también por las personas que se han visto afectadas indirectamente. Así por ejemplo los familiares cercanos de una persona a la que se le vulnero el derecho al honor, o al buen nombre. Así también la obligación de indemnizar, no solo puede corresponder a la persona que cometió directamente el daño, sino también sus herederos.

#### **Teoría subjetiva extracontractual por culpa**

El único artículo relacionado con las teorías subjetivas de la responsabilidad extracontractual es el 2356 del Código Civil Colombiano que establece que la responsabilidad por malicia o negligencia es la obligación que tiene toda persona que ha actuado con malicia o negligencia de reparar el daño ocasionado (República, 2012), así por ejemplo el que dispara de forma imprudente con un arma de fuego, o la persona que obligada a remover una cañería sin la precaución necesaria puede causar un daño a

otras, como se puede ver este artículo tiene relación con la Teoría subjetiva de la culpa pues esta establece que la culpa es el requisito determinante para que exista una responsabilidad de carácter subjetivo, y como se dijo anteriormente la culpa puede traducirse en una impericia, imprudencia o negligencia que son presupuestos necesarios para que exista responsabilidad por malicia. Entonces analizado el artículo, se puede determinar que no se toma en cuenta el resultado.

Obdulio Velásquez (2013) afirma que, dentro de la presente teoría, la culpa es fundamento indispensable de la responsabilidad, pues la culpa es determinante para que exista responsabilidad extracontractual cuando no se cumple una obligación por la existencia de elementos como el dolo, imprudencia, impericia, negligencia etc. Se puede ver así que tanto la doctrina como la legislación colombiana afirman que la culpa es el fundamento principal de la responsabilidad.

Una vez ya establecida la responsabilidad por malicia o negligencia se puede ahora sí determinar la diferencia que existe entre el artículo antes mencionado, con los demás artículos que se van a mencionar a continuación. Y también poder hacer la misma relación que se hizo con el artículo 2536 con las teorías de la responsabilidad extracontractual objetivas.

### **Teorías objetivas de la responsabilidad extracontractual**

Dentro de las teorías objetivas, se determinan tres tipos principalmente, primero la teoría de la responsabilidad extracontractual por el hecho propio, segundo la teoría de la responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno y la teoría extracontractual por las actividades peligrosas, a continuación, se van a clasificar a agrupar los distintos artículos, con la finalidad de determinar la relación que tienen con las teorías anteriormente mencionadas.

#### **Teoría objetiva por el hecho propio**

La teoría objetiva por el hecho propio se encuentra relacionada con los artículos 2345 y 2350 del Código Civil Colombiano el primer artículo se refiere a la responsabilidad por ebriedad y establece que el ebrio es responsable del daño causado por su delito o culpa y el artículo 2350 determina que el dueño es el directamente responsable de los daños ocasionados por un edificio que se encuentre en ruina así como también tendrá que

pagar el valor total de la indemnización hacia las víctimas por los daños ocasionados (República, 2012) estos enunciados encuentran su relación con la teoría objetiva por el hecho propio porqué tal y como lo establece, el hecho tiene que haber sido cometido con dolo o con culpa para que pueda ser sancionado.

Beatriz Quintero Prieto (2000) dice que la teoría por el hecho propio se configura cuando recae la responsabilidad sobre la persona que cometió directamente el daño, sin poder atribuírsele la responsabilidad a un tercero. Así por ejemplo el dueño de una propiedad que se encuentra en malas condiciones o una persona que cometa un daño en estado de ebriedad, exista o no exista voluntad de por medio.

Como se puede observar tanto la legislación Colombiana como la doctrina coinciden en que una persona que se encuentra en estado de ebriedad no va a cometer un daño con conciencia o voluntad de hacerlo, sino por la falta del deber de cuidado por lo que también se le debe sancionar, o sea que no van a responder terceros por el hecho cometido por la persona que cometió el daño por encontrarse en un estado de ebriedad, así también se asemeja el caso del señor dueño del edificio porque este señor es el directamente responsable por los daños ocasionados por su edificio que se encuentra en ruina.

### **Teoría objetiva por el hecho ajeno.**

Los artículos 2346, 2347, 2348 y 2349 determinan que existe una persona que es responsable por el daño ocasionado así no lo haya cometido directamente, a este individuo se le denomina civilmente responsable. El artículo 2346 establece que las personas que son menores diez años y los dementes, no son capaces de cometer un delito o culpa, por lo que las personas que estén a cargo de ellos, serán responsables por el hecho cometido por los dementes y menores de 10 años (República, 2012). El artículo 2347 tiene semejanza con el artículo 2346 pues dice que toda persona no solamente es responsable por sus acciones, sino también por las acciones de los que estuvieren bajo su cuidado, así por ejemplo los padres que son responsables solidarios por el hecho de sus hijos, por el hecho de que se encuentran en una relación de dependencia.

El artículo 2348 sobre la responsabilidad de los padres por los daños ocasionados por sus hijos, establece que estos siempre serán responsables por los delitos cometidos por sus hijos, y por último el artículo 2349 que tiene un enfoque diferente, pues en este artículo no se menciona la responsabilidad de los padres frente a los hijos, sino sobre los daños ocasionados por los trabajadores en los cuales será también responsables los empleadores y establece que los empleadores responderán por el daño causado por las personas que trabajan bajo su dependencia, por un servicio ocasional prestado, pero también podrán responder los trabajadores si se logra probar que estos se han comportado de modo impropio (República, 2012).

Javier Tamayo (2007) afirma que la culpa del directamente responsable sirve como presupuesto para la presunción del civilmente responsable, es por eso que la prueba de culpa del directamente responsable es requerida para poder determinar la responsabilidad de la otra persona, por ejemplo en el daño causado por el hijo menor de edad que se encuentra bajo cuidado y responsabilidad de su padre, o el daño causado por el directamente responsable en el ejercicio de una actividad peligrosa que se encuentra bajo la dependencia del civilmente responsable.

Como se puede ver los cuatro artículos del Código Civil Colombiano y la doctrina tienen relación con la responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno, pues los tres primeros artículos mencionaban acerca de la responsabilidad del padre por los daños ocasionados por las acciones de las personas que se encuentran bajo su cuidado, y también el artículo 2349 que menciona la responsabilidad de los empleadores respecto de las acciones de sus trabajadores por lo que se llega a la conclusión que tanto los empleadores como los padres o tutores de un menor de edad son responsables por el hecho ajeno, configurándose así la responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno.

### **Teoría objetiva por actividades peligrosas**

Por último el artículo 2344 del Código Civil Colombiano tiene relación con la teoría objetiva por actividades peligrosas pues este determina que si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de estas tendrá que responder por su acción ósea se configura una responsabilidad solidaria (República, 2012). Como se puede ver en la teoría por actividades peligrosas, la responsabilidad es acumulativa o solidaria pues

se les atribuye el cometimiento del daño a todas las personas que participaron en la actividad, así como también la obligación que, de cada uno de estos, de responder por el daño causado, entonces es demasiado clara la relación del presente artículo con la teoría anteriormente mencionada.

La responsabilidad por la actividad peligrosa, es acumulativa pues lo que interesa saber es sí en el momento de la actividad estaba presente la actuación de varias personas (Facio, 1991) entonces la responsabilidad va a depender del número de personas que formen parte de la actividad configurándose de esta forma una responsabilidad de carácter solidario.

En conclusión, como se puede ver en Colombia tanto la doctrina como los artículos se encuentran relacionados con todas las teorías descritas en el marco teórico de la presente investigación. Lo cual da la certeza de que existe una conexión entre la legislación colombiana y las teorías practicadas en el primer capítulo así como también una relación entre el código civil ecuatoriano y el código civil colombiano.

## **CAPITULO III**

### **ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DE PRIMERA INSTANCIA, SEGUNDA INSTANCIA Y CORTE NACIONAL DEL CASO RAFAEL CORREA VS BANCO PICHINCHA**

#### **3-Análisis de las sentencias de primera instancia, segunda instancia y Corte Nacional del caso Rafael Correa vs Banco del Pichincha**

Se escogió el caso Rafael Correa vs Banco Pichincha, pues en primer lugar se pudo ver cómo puede alegar una persona la demanda por daño moral por injurias o acusaciones falsas, que en este caso fueron por parte del Banco del Pichincha, y por otra, cómo varía el monto de indemnización a favor de Rafael Correa, tanto en primera instancia como en la Corte Nacional; es por eso que se debe preguntar, ¿Cuáles son los distintos criterios tomados por el juez para poder determinar un monto de indemnización por concepto de daño moral? y ¿cómo se aplicaron estos en el caso bajo estudio?.

Así que en el presente capítulo se va a hacer primero un recuento de los hechos sucedidos en el caso Rafael Correa vs Banco del Pichincha, dentro del cual se verán el origen del caso, los argumentos de cada una de las partes del juicio, las decisiones de cada instancia y por último la sentencia final junto con el monto indemnizatorio que fue dispuesto por el juez en el caso.

Posteriormente se va a realizar un análisis del caso con base en las teorías expuestas para comprobar si existe una relación entre la teoría y cada uno de los argumentos presentados tanto por la parte actora, como por la parte demandada. Como último punto se estudiará que criterios tomó en cuenta el juez para determinar el monto de indemnización, así como también observar si fue correcta o no su decisión.

#### **3.1-Hechos del caso Rafael Correa vs Banco Pichincha**

El ex presidente de la República del Ecuador Rafael Correa presentó una demanda en contra del Banco del Pichincha por daños y perjuicios, en la cual exigió una indemnización de 5 millones de dólares. La demanda fue planteada por Rafael Correa cuatro días antes de asumir la presidencia el caso fue resuelto por el Juzgado Primero de la Civil de Pichincha.

El juicio tuvo como antecedente que en el año 2002 cuando Rafael Correa regresó de sus estudios en los Estados Unidos, se enteró de que por una deuda de 136 dólares constaba en la Central de Riesgos de la Superintendencia de Bancos, en calidad de moroso incobrable durante 10 años sin que Correa tuviera ninguna deuda con el Banco. Por esto solicitó al Banco Pichincha que se le entregara los estados de cuenta para determinar el origen de la obligación y no recibió respuesta alguna, por lo que volvió a realizar la solicitud.

Después de que solicitó los estados de cuenta al Banco del Pichincha para poder saber si tenía la obligación, su solicitud no fue contestada, posteriormente realizó un reclamo a la Central de Riesgos a fin de que lo eliminaran de esta base de datos y solicitó nuevamente que se le entregara la información, sin embargo, esta solicitud tampoco fue contestada.

El extinto Banco la Previsora, que originalmente era el acreedor de Correa, interpuso una demanda ante el Juez Sexto de lo Civil de Pichincha, quien rechazó las pretensiones, porque cuando se realizó el consumo, es decir en los meses de agosto de 1997 y agosto de 2002, Correa se encontraba fuera del Ecuador por lo que no era posible que los realizara, por esto el Juez consideró que la obligación era inexistente.

Con todo esto Correa alegó que el Banco sabiendo que incurrió en un error, lo siguió manteniendo como deudor moroso, lo que le afectó por más de 5 años en los que Correa no pudo acceder a ningún crédito y también perjudicó en su imagen pues en ese tiempo era Ministro de Economía.

Es por eso que demanda al Banco del Pichincha para que se le obligue a pagar la indemnización por daños y perjuicios y por los daños morales ocasionados por una cantidad de cinco millones de dólares.

El Juez Primero de lo Civil de Pichincha aceptó la demanda y fijó en cinco millones la indemnización por daño moral, en la cual obligo al Banco Pichincha a pagar a favor de Rafael Correa.

El Banco del Pichincha presentó recurso de apelación en contra de la resolución de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. La Corte Provincial consideró que el daño sí existió y que debido a todas las veces que el demandante tuvo que acudir ante el Banco a

solicitar información, junto con el proceso que tuvo que llevar a cabo para que se reconociera que la obligación si existía, se causó la angustia que daba origen al daño moral; por eso la Corte Provincial le condenó a pagar al Banco la cantidad de 300.000 dólares.

Por último, Rafael Correa presentó recurso de casación ante la Corte Nacional de Justicia, el cual se admitió a trámite y en la resolución se decidió duplicar el valor establecido por la Corte Provincial de Justicia, por lo que el Banco del Pichincha tuvo que indemnizar la cantidad de 600,000 dólares al señor Rafael Correa.

### **3.2-Análisis de las decisiones judiciales del caso Rafael Correa vs Banco Pichincha en base a la doctrina**

Lo que se va a realizar es un recuento de los fundamentos de derecho utilizados por ambas partes dentro del proceso, así como también un análisis de las decisiones de los jueces de instancia, jueces de Corte Provincial y jueces de Corte Nacional. Para así poder determinar si fueron o no motivadas las decisiones con las que se resolvió el caso Rafael Correa vs Banco Pichincha, y establecer si fue justa o no la cantidad de dinero que se le obligó a indemnizar al Banco del Pichincha por daño moral.

#### **3.2.1- Análisis de la sentencia del Juzgado Primero de lo Civil de Pichincha**

El juez de primera instancia determinó que la demanda cumplió con las solemnidades de ley requeridas, así como también que las partes, según los artículos 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil, deben producir prueba suficiente a fin de robustecer sus requerimientos, excepción hecha de aquellas que por ley se presumen. Con base en esto estableció que si se comprende al daño moral como “la lesión que sufre una persona en su honor o sentimientos por acción culposa o dolosa de otro, está claro que al registrar en la Central de Riesgos al actor y mantener el registro a pesar de no tener documentos, constituye daño y un acto antijurídico que produce un estrago al afectado, más aún cuando la información se ha difundido por parte de los medios de comunicación mancillando el honor, derecho al buen nombre, en fin desprestigiando al actor” (Sconomaggio, 1990), considerando además que este ha recurrido por distintos medios, tanto a la entidad que mantiene el registro, cuanto al organismo de control sin que se le

haya atendido su pedido, esto es la demostración de la obligación, y de no existir aquella el retiro del registro de la central de riesgos.

El juez de esta instancia citó fallos de la Corte Suprema y al tratadista Daniel Pizarro y determinó que el daño tiene un carácter resarcitorio, lo cual se perfecciona con la indemnización del daño moral. Pues es una solución equitativa y justa pues toma en cuenta la situación de la víctima. Entonces el dinero tiene la función de satisfacer a la víctima. Las razones determinadas anteriormente fueron en las que el Juez se basó para determinar un monto de 5 millones de dólares para que el Banco indemnizara a Rafael Correa por daño moral.

En la sentencia de primera instancia no se motiva la razón por la cual se determina el monto de indemnización de cinco millones de dólares, pues solo se establece que al registrar a Rafael Correa en la Central de Riesgos y mantenerlo dentro del registro sin documento alguno, constituye una vulneración a sus derechos al honor y buen nombre. Pero en si no prueba realmente la existencia de daño moral pues la Sala de primera instancia no toma en cuenta los medios probatorios; tal y como lo establece Beatriz Quintero, “ los medios probatorios que permiten acreditar un daño extra patrimonial son la prueba documental, prueba testimonial y prueba pericial y la principal de todas es la pericial pues las pericias de carácter psicológicas sirven para acreditar la intensidad del daño y es la herramienta más importante para valorar el daño moral”. (Quintero, 2008).

Entonces no hubo una experticia médica que determine que Rafael Correa tenía una alteración psicológica por el hecho de mantenerlo dentro del registro de la Central de Riesgos, entonces no se puede entender bajo qué criterio se basa la Sala de Primera Instancia para determinar cierta cantidad de indemnización, cuando ni si quiera ha podido demostrar la existencia de un daño psicológico. Por lo que la sentencia no está motivada pues solo explica que se ha vulnerado su derecho al honor sin sustento alguno, tampoco establece si prescribió o no el derecho de Rafael Correa para exigir una indemnización obligatoria por lo que en la presente sentencia existen varias falencias. Quizás una vez analizado esto, se puede llegar a la conclusión de que si la Sala de Primera Instancia falló a favor de Rafael Correa es porque el desempeñaba para la época un

cargo político, este aspecto se va a analizar más adelante pues es de vital importancia para la resolución del presente caso.

### **3.2.2- Análisis de la sentencia de la Corte Provincial.**

En esta sentencia se analizó, a diferencia del anterior fallo, la existencia de la excepción de prescripción. Se citó el artículo 2235 del Código Civil que señala que las acciones que se cometen por daño o dolo prescriben en cuatro años contados desde que se cometió el acto; además el Código Civil establece que los actos ilícitos, sean estos delitos o cuasidelitos, son fuentes de obligaciones que se extinguen por medio de la prescripción.

Es por eso que la ley permite ejercitar la acción para reclamar una indemnización dentro de los cuatro años siguientes al momento de la perpetración del acto. Consideró la Corte Provincial que por lo tanto, cuando se cometió o consumó el hecho que originó el daño moral, coincide con cada una de las fechas de registros mensuales, realizadas en la base de información proporcionada por la institución demandada, y la última tuvo lugar el 30 de noviembre del 2005. Entonces desde la última fecha hasta la presentación de la demanda no ha transcurrido el tiempo previsto en la ley para que opere la prescripción.

Es por eso que la Sala de segunda instancia consideró que se encuentra acreditado el daño moral y no se halló prescrito el derecho para poder reclamarlo, entonces se atribuyeron la competencia de cuantificar la indemnización. Para ello citaron a Jorge Facio que sostenía “que el juzgador no podrá imponer la suma a libre albedrío sino que debe ser una suma que sea acorde a las circunstancias particulares del caso, siempre que la cantidad de dinero sea proporcionada a la gravedad del daño causado”. (Facio, 1991).

Se considera que puede servir tanto el periodo de tiempo que el Banco Pichincha mantuvo al actor en la mencionada central de riesgos, así como el texto de Mandato Constituyente que se refiere a la remuneración máxima en el sector público, que asciende a cinco mil dólares mensuales indemnización que como indica la doctrina cumple con una función satisfactoria que la persona que cometió el daño debe abonar a la víctima del agravio moral. Y dicha función satisfactoria ascendería a doscientos cincuenta mil dólares.

La Corte también considera que a esa cantidad se le debe añadir, las erogaciones o pagos que debió realizar por la defensa del juicio en su contra y las molestias ocasionadas durante el tiempo empleado infructuosamente para lograr del Banco la entrega de la documentación que sirviera de soporte para haberlo reportado en la central de riesgos. Por eso se admite el recurso de apelación y se fija la cantidad de 300.000 dólares.

En la sentencia dictada por la Corte Provincial, a diferencia de la decisión de primera instancia, se toma en cuenta la excepción de prescripción, y esto es de suma importancia pues las actuaciones que se hayan cometido por daño o dolo prescribirán en cuatro años contados desde que se cometió el acto. Entonces la Sala de primera instancia cometió un error al no haber tomado en cuenta los períodos de prescripción del acto, porque el acto consumado pudo haber sido muchos años antes del 30 de noviembre del 2005, entonces en ese caso no hubiera sido válido el derecho para poder ejercer una demanda por concepto de daño moral. Por lo que en este aspecto, la Corte Provincial a diferencia de la Sala de Primera Instancia fue acertada.

En cuanto a los criterios para fijar la indemnización se debe resaltar que también fue un acierto sostener que el juzgador no podrá determinar un monto de indemnización a su libre albedrío, sino que debe ser una suma que sea acorde a las circunstancias particulares del caso, siempre que la cantidad de dinero sea proporcionada a la gravedad del daño causado. Pero ¿cómo se prueba la gravedad del daño causado a una persona?, ¿qué se debe tomar en cuenta para poder sostener que en sí la persona ha sufrido una alteración psicológica más o menos grave?. Hay que preguntarse si la Corte Provincial tomó en cuenta las pruebas documental, testimonial y la más importante la prueba pericial.

Una vez dicho esto se puede establecer que la Corte al momento de tomar su decisión tuvo en cuenta la prueba documental presentada por Rafael Correa que determinaba que estaba dentro de la Central de Riesgos en calidad de deudor moroso. Pero al igual, como se estableció en la crítica a la sentencia de primera instancia, ninguna de las sentencias tomó en cuenta la prueba pericial, que es la idónea para determinar si existió un daño moral hacia Rafael Correa o no, entonces cómo se puede comprobar que el daño psicológico que se le ocasionó a Rafael Correa fue grave, sin una experticia médica.

Aparte la Corte a diferencia del Juzgado de primera instancia considera que se debe tomar en cuenta la remuneración máxima que recibe un servidor público que es de cincuenta mil dólares, y que se debe indemnizar basado en este salario una cantidad de 250.000 dólares, así como también se deben tomar en cuenta los pagos que se realizaron y las molestias que se ocasionaron a Rafael Correa por haberlo reportado en la Central de Riesgos.

Una vez dicho esto se puede establecer que el juez de la Corte no motivó la sentencia porque primero el juzgador no toma en cuenta la prueba pericial y segundo porque aparte de no probar la existencia de daño moral a Rafael Correa, el Juez sin sustento alguno establece ciertas cantidades de dinero como el salario de un servidor público para determinar la suma de dinero.

Como establece Luis Pásara, el juez debe ser imparcial e independiente, se entiende por independencia “la ausencia de presiones indebidas provenientes desde afuera o desde dentro del sistema judicial sobre los actos de decisorios del juez los cuales deben responder a su propio y profesional entendimiento de la ley e imparcialidad es el estudio objetivo que debe realizar el juez en la aplicación de normar” (Pasara, 2009), entonces una vez vista la sentencia se llega a la conclusión que el juez en este caso pudo no ser imparcial por la presión del cargo político del demandante.

### **3.2.3- Análisis de la sentencia de la Corte Nacional.**

La Sala de la Corte Nacional también analizó la prescripción y determinó que el art.2235 del Código Civil señala que las acciones que concede el Título por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto. La prescripción no corre en obligaciones que no son exigibles, en las obligaciones que dependen del cumplimiento de una condición y en los derechos eventuales, en cambio en las obligaciones que nacen de actos o hechos sucesivos o periódicos, la prescripción se cuenta siguiendo la regla general pero tomando como referencia cada acto.

El acto ilícito en este caso se originó en la información periódica que el Banco proporcionó a la Central de Riesgos, la última de las cuales ocurrió el 30 de noviembre del 2005. Desde esta fecha hasta la presentación de la demanda (10 de enero de 2007) no había transcurrido el tiempo previsto en la ley para que opere la prescripción.

Determinó de igual forma que el padecimiento se tiene por supuesto y es suficiente la valoración objetiva, razón por la cual procede la reparación porque el actor, ha sufrido daño moral que debe ser indemnizado por quien lo causó.

Sobre el monto de indemnización la Sala determinó que “es obvio que por no tratarse de daños y perjuicios materiales, la cuantificación del daño moral y la equivalencia entre el daño y la reparación, tienen una especificidad propia y resulta difícil encontrar reparación adecuada al agravio moral” (Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 2006). “Entonces la indemnización en dinero con que se consuma la reparación, no conforma como equivalente del sufrimiento moral pero la imposibilidad de lograr una reparación perfecta, no justifica que no se acuerde ninguna, por lo que se tiene que acordar una cantidad determinada” (Grijalva, 2006).

Aunque incompleta y relativa, la resarcibilidad es siempre reparadora y en estas condiciones preferible al desconocimiento del derecho. Por último, el legislador cita el art 2232 del Código Civil, “que reconoce la reparación en dinero, dejando a la prudencia del juzgador la determinación de su valor. Según los criterios de templanza, cautela, moderación, sensatez y buen juicio” (Código Civil, 2006). Es por eso que se fija la indemnización pecuniaria a título de reparación en seiscientos mil dólares.

En la sentencia de la Corte Nacional, al igual que la de Corte Provincial, se analizó la excepción de prescripción, y a diferencia de la anterior instancia toman en cuenta que la prescripción no se aplica en las obligaciones que no son exigibles, o las que tienen que cumplir una condición, sino en las obligaciones que nacen de actos sucesivos. Entonces considero que la sentencia acierta en este aspecto porque de hecho en este caso se trata de un acto periódico que ocurrió desde agosto del 2002 hasta el 30 de noviembre de 2005.

Al igual que las anteriores sentencias, la Corte Nacional no tomó en cuenta en su resolución la prueba pericial por lo que también la resolución emitida no es motivada. Pues al final determina una indemnización de seiscientos mil dólares, sin una motivación suficiente. Pues como se estableció anteriormente la Corte basada en el artículo 2232 del Código civil, que “primero reconoce la reparación en dinero y también y dejando a prudencia del juez la determinación de su valor, según criterios de templanza, cautela,

moderación, sensatez y buen juicio” (Código Civil, 2006), es por esa razón por la cual se fija una indemnización pecuniaria a título de reparación de seiscientos mil dólares.

En conclusión como se puede observar, tal y como dice Agustín Grijalva “muchos jueces lo que buscan específicamente es beneficiar a una persona que tiene un cargo político importante que al ciudadano común y corriente” (Grijalva, 2006). Entonces tiene sentido que como Rafael Correa presentó la demanda el 10 de enero de 2007, fecha en la que ya había sido elegido como Presidente de la República del Ecuador, las decisiones estaban encaminadas a beneficiar a la persona que en esa fecha tenía un cargo político importante que en este caso es Correa. Por lo que, de ninguna manera, así no hubiera las pruebas suficientes, Rafael Correa podría perder el caso.

Por lo tanto, como Correa es una figura pública su honra va a ser más valorada que la honra de una persona común y corriente, pero esto no tiene fundamento lógico pues en las sentencias no se exponen las razones por las cuales los derechos de Correa pesan más, sino que solo se da una decisión sin motivación alguna.

#### **4.-Conclusiones generales.**

Una vez analizadas las sentencias del caso Rafael Correa y el caso en general, se llegó a las siguientes conclusiones.

-El daño moral constituye un atentado contra los derechos extra-patrimoniales tales como el honor, integridad y bien nombre, ósea es la lesión que se produce a los sentimientos de las personas, que son inherentes a ellos. Y los jueces toman en cuenta para poder establecer un monto de indemnización de daño moral factores tales como: psicológicos, culturales, económicos, sociales y políticos.

-En la sentencia de primera instancia no se tomaron en cuenta los términos de prescripción, al contrario de las resoluciones de segunda instancia y Corte Nacional. Y era importancia que el Juzgado de primera instancia incluya la prescripción para poder determinar si el juicio carece o no de nulidad.

-Se puede resaltar que en segunda instancia y en Corte Nacional los jueces sí toman en cuenta los términos de prescripción. Y llegan a la conclusión de que los actos no prescriben porque no han sobrepasado los cuatro años que determina la ley para que opere la prescripción. Por eso considero que tanto la Corte Provincial como la Corte Nacional hicieron bien en tomar en cuenta la prescripción, pues hubiera sido un error continuar con el juicio en el caso de que el acto hubiera prescrito, lo cual también daría como consecuencia la nulidad de la sentencia.

-La Corte Nacional a diferencia de la Corte Provincial establece que la prescripción se debe tomar en cuenta en los actos que son de carácter sucesivo o periódico. Entonces el acto ilícito en este caso se originó en la información periódica que el Banco proporcionó a la Central de Riesgos, la última de las cuales ocurrió el 30 de noviembre del 2005 hasta la presentación de la demanda que fue el 10 de enero de 2007.

-En ninguna instancia se tomó en cuenta la prueba pericial que es la más importante para poder determinar si o no existió daño psicológico en una persona, pues como se puede observar, solo se toma en cuenta la prueba documental en la que se establecen las fechas en las que Rafael Correa fue reportado en la Central de Riesgos, pero no se tienen más pruebas en cuenta. Pues la prueba pericial es necesaria para cuantificar la indemnización porque por medio de esta se puede verificar si el daño fue o no fue grave.

-Analizando la doctrina de Agustín Grijalva se puede pensar que los jueces no aplicaron el criterio de imparcialidad, porque solo beneficiaron a una parte en el juicio, dándole la razón en todas las instancias del proceso. “Y por el hecho de que hoy en día los jueces hacen valer más los derechos de una persona que ocupa un cargo político en un país que una persona o grupo de personas naturales o jurídicas que no tienen relevancia” (Grijalva, 2006). Así se observa al haber basado los fallos solo en una prueba, la documental.

-Además a la fecha de la presentación de la demanda, el 10 de enero de 2007, Rafael Correa ya había sido elegido como Presidente de la República del Ecuador razón por la cual de ninguna forma podía perder el proceso contra el Banco del Pichincha.

-En ninguna de las instancias existió motivación suficiente pues es cierto que en segunda instancia y en Corte Nacional se tomaron en cuenta los períodos de prescripción y se analizó más a fondo la doctrina, pero no se ordenó ni siquiera la prueba pericial para poder determinar si hubo daño psicológico en la persona. Pues solo se tomaron en cuenta ciertos criterios doctrinarios como la prudencia del juez para determinar el monto de indemnización, o el salario de un servidor público, pero no se cumplió con los criterios de lógica, comprensibilidad y razonabilidad.

## **BIBLIOGRAFÍA.**

- Código Civil*. (2006). Quito: Ediciones Legales.
- Colombiana, L. (2012). *Código Civil Colombiano artículo 2341*. Bogotá: Editorial Legis.
- Dominguez, A. (2000). *El Daño Moral*. Santiago : ISBN.
- Duarte, A. (2014). *EL DAÑO MORAL*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones .
- Facio, J. (1991). *Elementos de la responsabilidad civil*. Bogotá: Temis.
- Facio, J. (1991). *Responsabilidad extracontractual*. Bogotá: Editorial Temis Librería.
- Facio, J. (1991). *Responsabilidad Extracontractual*. Bogotá: Editorial Temis.
- Gherzi, C. A. (1998). Cuantificación económica del daño . En C. A. Gherzi. Buenos Aires : Editorial Astrea .
- Grijalva, A. (2006). *Independencia Judicial y Derechos en Ecuador*. Quito: Editorial Caap. .
- Hart, T. (1979). *El daño moral en la responsabilidad contractual*. Santiago .
- Hidalgo, C. A. (2000). *El daño moral*. Chile :Editorial Legis.
- Jaramillo, J. T. (2008). *Tratado de Responsabilidad Civil Tomo II*. Colombia: Editorial Legis.
- Justicia, C. N. (2006). *Código Civil*. Quito: Ediciones Legales.
- Justicia, C. N. (2006). *Cuantificación del daño moral*. . Quito: Ediciones Legales.
- Nacional, A. (2013). *Código Civil Ecuatoriano*. Quito: Ediciones Legales.
- Nacional, L. (2013). *Código Civil Ecuatoriano artículo 2216*. Quito : Ediciones Legales .
- Pallares, J. (2016), *El daño moral y sus factores de valoración en el ámbito civil*. Quito: Ci
- Pallares, J. (2016). *El daño moral y y sus factores de valoración en el ámbito civil*. Quito: Coboscreative.
- Pallares, J. (2016). *Elementos del daño moral*. Quito: Coboscreative .
- Pasara, L. (2009). *La producción judicial cifras y calidad*. Lima: Editorial Justicia Viva .
- Prieto, B. Q. (2000). *Teoría Basica de la Indemnizacion*. Bogota: Editorial Leyer.
- Prieto, B. Q. (2000). *Teoría Básica de la Indmemnización*. Bogota: Editorial Leyer.
- Quintero, B. (2007). *Teoría básica de la indemnización*. . Quito: Editorial Temis .
- Quintero, B. (2008). *Teoría Básica de la Indemnización*. Bogotá: Editorial Leyer .
- República, C. d. (2012). *Código Civil Colombiano*. Bogotá: Editorial Legis.
- Romero, G. B. (2014). *Teoría de la responsabilidad civil*. Quito: Editorial Temis.
- Scognamiglio, R. (1962). *El daño Moral. Contribución a la Teoría Extracontractual*. Bogota:Editorial Temis.
- Sconomaggio, R. (1990). *Responsabilidad Extracontractual*. Bogotá: EditorialTemis .

Tamayo, J. (2007). *Tratado de responsabilidad civil*. Bogotá: Legis.

Velásquez, O. (2013). *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Bogotá: Editorial Temis .

Zeno, S. (2014). *El daño*. Quito: Ediciones Legales .