



# **UNIVERSIDAD DE CUENCA**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y  
SOCIALES**

**ESCUELA DE DERECHO**

**LAS PERSONAS JURÍDICAS COMO VÍCTIMAS Y CAUSANTES  
DEL DAÑO MORAL SEGÚN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA**

Trabajo de grado previo a la obtención del  
título de Abogado de los Tribunales de  
Justicia de la República del Ecuador y  
Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales.

**Autor:**

Milton Geovanny Zhingri Yunga

**Director:**

Dr. Edgar Geovanni Sacasari Aucapiña

Cuenca –Ecuador

2015 – 2016



## RESUMEN

La responsabilidad de las personas jurídicas como causantes de daño moral y como víctimas de la misma, ha sido un tema tan complejo y debatido. Hoy en nuestros días existen tendencias a establecer que las personas jurídicas son causantes de daño moral, toda vez que tienen capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, pero sobre todo capacidad de obrar, en el sentido de que cuando actúan sus representantes legales, gerentes, administradores y socios, se entienden que son actos realizados por la sociedad. Sin embargo existe otra tendencia que afirma que las personas jurídicas no pueden causar daño moral toda vez que son entes ficticios que carecen de la capacidad de obrar y querer. De la misma manera en el presente trabajo se abordara el tema de las personas jurídicas como víctimas de daño moral con una tendencia a confirmar que las personas jurídicas sufren este daño en tanto se afecte a su buen nombre, honor, reputación y por otro lado la que manifiesta lo contrario, es decir, que carecen de tales derechos.

**PALABRAS CLAVES:** Las personas jurídicas como víctimas y causantes del daño moral según la legislación Ecuatoriana; persona jurídica, víctima de daño moral, causante de daño moral, constitución de la empresa, daño moral, representante legal, gerente, extralimitación, atribuciones, daño, responsabilidad.



## ABSTRACT

Responsibility of legal entities as causatives of moral damages or as victims of the same is and has been a complex and debated topic. Nowadays, there is a trend to state that legal entities can be perpetrators of moral damage, since they have capacity to acquire rights and contract obligations, but above all have the capacity to proceed and act as a legal representative being a manager, administrative or associated, it is understood as these acts were performed by the society. However, there is also another trend that establishes a legal entity cannot produce moral damage since this is just a fictional entity and lacks capacity to proceed and want. The same way, in this project the subject of legal entities as victims of moral damage will be analyzed in order to confirm that legal entities suffer from his damage when their names, honor and reputation get affected or to confirm if they lack those rights.

**KEY WORDS:** Legal entities as victims or perpetrators of moral damage according to Ecuadorian Legislation; legal entity; legal person; juridical person, victim of moral damage, causer of moral damage, company regulations, moral damage, legal representative, manager, overreach, duties, damage, responsibility.

Marco Astudillo Jarrín  
EFL & On Line Tutor  
University Institute of Languages  
University of Cuenca  
0999739257



## ÍNDICE

RESUMEN .....	2
<b>PALABRAS CLAVES:</b> .....	2
ABSTRACT .....	3
<b>KEY WORDS:</b> .....	3
DEDICATORIA.....	8
AGRADECIMIENTO.....	9
INTRODUCCIÓN .....	10
Capítulo 1.- Del daño en general.....	12
1.1.- Definición de daño .....	12
1.2.- Clasificación del daño.....	14
1.3.- Fuentes y requisitos para que el daño sea resarcible .....	16
1.3.1 Fuentes del daño.....	16
1.3.2.- Requisitos para que el daño sea resarcible .....	18
1.4.- Diferencia entre daño patrimonial y extrapatrimonial.....	19
Capítulo 2. Del daño moral .....	21
2.1. Generalidades.....	21
2.2.- Definición de daño moral .....	21
2.3.- Naturaleza jurídica de daño moral.....	24
2.4.- Elementos que constituyen el daño moral.....	24
2.5.- Titular de la acción por daño moral .....	25
2.6.- Independencia de la indemnización por daño moral.....	28
2.7.- A quien corresponde indemnizar el daño causado .....	29
Capítulo 3.- De las personas jurídicas .....	31
3.1.- Que es una persona jurídica .....	31
3.1.1.- ¿Qué es una persona jurídica?.....	31
3.2.- Como se constituye una persona jurídica y sus clases .....	34
3.2.1.- Generalidades.....	34
3.2.2.- Definición de sociedad.....	34
3.2.3.-Constitución de compañía de Responsabilidad Limitada.....	35
3.2.4.- Sociedad Anónima y Constitución .....	37
3.3.- Que es un representante legal y sus atribuciones.....	38
3.3.1.- ¿Que es un representante legal? .....	38
3.3.1.1.- ¿Quién es representante legal?.....	40
3.3.2.- Atribuciones del Representante Legal .....	41
3.4.- Extralimitación de facultades del representante legal y Responsabilidad de la persona jurídica .....	42
3.4.1.- Extralimitación de las facultades del representante legal.....	42



3.4.2.- Responsabilidad de la persona jurídica .....	43
3.5.- Quien ejerce la acción por daño moral en las personas jurídicas.....	44
3.5.1.- ¿Quién ejerce la acción por daño moral en las personas jurídicas? .....	44
Capítulo 4.- Perspectivas y Análisis de fallos .....	46
4.1.- Perspectivas referentes.- Las personas jurídicas son sujetos causantes de daño moral .....	46
4.2.- Perspectivas vertidas.- Las personas jurídicas no son causantes de daño moral .....	50
4.3.- Perspectivas referentes.- Las personas jurídicas son víctimas de daño moral ....	54
4.4.- Apreciaciones referentes.- Las personas jurídicas no son víctimas de daño moral .....	60
4.5.- Análisis y comentario de fallos ecuatorianos y fallos extranjeros .....	65
4.5.1.- Análisis y comentario de Fallos Ecuatorianos .....	65
4.5.2.-Análisis y comentario de Fallos Extranjeros .....	69
4.6.- Prescripción de la acción por daño moral .....	71
Conclusiones:.....	73
Recomendaciones .....	76
Bibliografía .....	77
Anexos .....	81
Anexo 1.....	82
Caso ecuatoriano: Señor Rafael Correa Delgado contra Banco Pichincha C.A.....	82
Anexo 2.....	103
Caso ecuatoriano: Irina Alekseevna Xomchuk contra CONECEL S.A .....	103
Anexo 3.....	118
Caso Ecuatoriano: Freddy Romero Romoleroux contra Banco Centro Mundo S.A.	118
Anexo 4.....	123
Revista De Jurisprudencia Argentina Por Graciela Medina.....	123
Anexo 5.....	125
Sentencia de la Sala primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica .....	125
Anexo 6.....	128
Revista chilena.....	128



Universidad de Cuenca

Cláusula de derechos de autor

Milton Geovanny Zhingri Yunga, autor de la tesis “**Las personas jurídicas como víctimas y causantes del daño moral según la legislación Ecuatoriana**”, reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al Art. 5 literal c) de su Reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para la obtención de mi título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales . El uso que la Universidad de Cuenca hiciera de este trabajo, no implicará afección alguna de mis derechos morales o patrimoniales como autor.

Cuenca, enero de 2016

Milton Geovanny Zhingri Yunga

C.I: 0105506828



Universidad de Cuenca

Cláusula de propiedad intelectual

Milton Geovanny Zhingri Yunga autor de la tesis "**Las personas jurídicas como víctimas y causantes del daño moral según la legislación Ecuatoriana**", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor.

Cuenca, enero de 2016

Milton Geovanny Zhingri Yunga

C.I: 0105506828



## **DEDICATORIA**

A mi madre, por su apoyo incondicional a lo largo de este camino, enseñándome con su ejemplo, el respeto, la humildad y trabajo, y haciendo de mi todo cuanto soy.

A mis dos hermanas, quienes me han apoyado para culminar cada uno de mis propósitos, de manera especial a mi hermana Isabel por su afecto y comprensión.



## **AGRADECIMIENTO**

A Dios, por estar constantemente conmigo en el transcurso de mi vida, por su apoyo, bondad y por brindarme cada día mayor conocimiento.

A mi madre por su apoyo incondicional, esfuerzo, sacrificio, para permitirme cada día llegar a mis metas propuestas.

Al Dr. Geovanni Sacasari Aucapiña, por ser un gran profesor, amigo, y persona, a quien además agradezco por haberme brindado todo su apoyo y conocimiento para la elaboración del presente trabajo.

A todos mis amigos y compañeros, quienes de una u otra manera me brindaron su apoyo durante mi vida universitaria e hicieron de ella una etapa inolvidable.



## INTRODUCCIÓN

Antes de iniciar nuestro análisis y desarrollo del tema, debemos hacer alusión que hoy en día existen tendencias a afirmar que las personas jurídicas son causantes y víctimas de daño moral dentro de la legislación ecuatoriana, tal y como se desprende del título del presente trabajo. En épocas anteriores únicamente las personas naturales eran imputables de los daños causados a otras personas. En la actualidad la tendencia a fortalecer la protección a la gama de derecho principalmente contemplados en la constitución de la república tales como la honra, dignidad, buen nombre, reputación, honor hacen que nuestros jueces se vuelvan garantistas de tales derechos y, por esta razón, tiendan a brindarles efectiva protección, de tal manera que no quede solo en teoría la mentada tutela judicial efectiva de los derechos. Nuestros tribunales de justicia y tribunales extranjeros han emitido diferentes, sentencias, fallos, dentro de los cuales existen apegos a defender que las personas jurídicas pueden causar daño moral o no y de la misma manera que puedan ser víctimas de daño moral o no.

De tal manera que en el presente trabajo se abordaran los siguientes temas:

En el primer capítulo, trataremos de encontrar una adecuada definición de daño, entendido como “el detrimento, lesiones, menoscabo en el honor, sentimientos”. Así mismo se hablara de las clases de daño comprendido dentro de ella un daño patrimonial y extra patrimonial, haciendo alusión a cuáles son sus fuentes y requisitos para que el daño sea resarcible, es decir, que sea “cierto, afecte a un interés legítimo, relación causa efecto etc.” Y tocaremos brevemente las diferencias preponderantes entre daño patrimonial y extra patrimonial.

En el segundo capítulo, nosotros abordaremos el tema de daño, en el sentido estrictamente moral, es decir, lo que se entiende por daño moral, cuales son los elementos del daño moral y, quien está legitimado para demandar estos daños dentro de la legislación ecuatoriana, entendiendo que la indemnización por daño moral es totalmente independiente de las otras indemnizaciones previstas en las demás leyes.

En el tercer capítulo, hablaremos sobre el concepto de persona jurídica entendida como “ente ficticio capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones y, de ser representada judicial y extra judicialmente”, de igual manera abordaremos el tema de cómo se constituyen las mismas con una referencia especial a la Compañía de Responsabilidad Limitada y Sociedad Anónima, sin que por ello se deje de lado las compañías civiles. De igual manera se hablara sobre quien es representante legal y sus atribuciones determinando las consecuencias de la extralimitación en sus facultades y cuando debe responder la persona jurídica. Por ultimo determinaremos quién es la persona física que ejerce la acción por daño moral en las personas jurídicas, es decir, quien está legitimado para iniciar la acción por este daño.



En el cuarto capítulo, nosotros observaremos cuales son las perspectivas que defienden la tesis de las personas jurídicas como causantes de daño moral y las teorías que admiten lo contrario. Así mismo revisaremos cuales son las tendencias que admiten que las personas jurídicas son víctimas de daño moral y quien niegan aquello. Dentro de este capítulo además analizaremos fallos de nuestra Corte Nacional de Justicia del Ecuador y fallos extranjeros que sigan las cuatro líneas antes mentadas y por ultimo hablaremos del tiempo en el cual prescribe la acción por daño moral.

Tratando de esta manera esclarecer el presente tema, lo que para nuestros operadores de justicia se vuelve en un trabajo arduo, duro, complejo, a la hora de administrar justicia.



## Capítulo 1.- Del daño en general

### 1.1.- Definición de daño

En tema de daños hay dos cosas trascendentales: el tema patrimonial y el tema personal (moral). En base a esto se tiene que reparar.

La Real Academia de la Lengua lo define como efecto de dañar, y si nosotros vamos al termino dañar entonces significa: Causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia (Real Academia de La lengua Española, 2014).

Sebastián Brito citando a Guillermo Cabanellas define al daño como todo detrimento, perjuicio, menoscabo, que por acción de otro se recibe en la persona o en los bienes. El daño puede provenir del dolo, de la culpa, o del caso fortuito, según el grado de malicia, de negligencia o casualidad entre el autor y el efecto. En principio el daño doloso obliga al resarcimiento y acarrea una sanción penal, el culposo suele llevar consigo solo la indemnización; y el fortuito exime en la generalidad de los casos, dentro de la complejidad de esta materia (González, 2013).

Ramiro García Falconí define al daño material como aquel que recae sobre el patrimonio, sea, directamente en los bienes o propiedades que lo componen o ya sea indirectamente como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona misma, en sus derechos o facultades; por ejemplo los gastos realizados para su curación por las lesiones corporales, o las ganancias que deje de percibir (González, 2013).

Para Martín A. Frúgoli, El daño es un concepto unitario que abarca la lesión o lesiones y la resarcibilidad de la proyección o (como generalmente ocurre) proyecciones del menoscabo en la persona, producida/s por el hecho causante de la obligación (Martín, 2015).

El daño, en sentido jurídico, constituye todo menoscabo, pérdida o detrimento de la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de la persona (damnificado), el cual provoca la privación de un bien jurídico, respecto del cual era objetivamente esperable su conservación de no haber acaecido el hecho dañoso.

Por otra parte, sólo es daño indemnizable el que se llega a probar (realidad o existencia), siendo ello una cuestión de hecho reservada al prudente arbitrio del



juzgador. En suma, el daño constituye la brecha perjudicial para la víctima, resultante de confrontar la situación anterior al hecho ilícito con la posterior al mismo.... El daño constituye la pérdida irrogada al damnificado (damnum emergens) (Jurisprudencia de la sala primera de la Corte Suprema de Justicia, 2000-2008).

Rafael Piña Varo, en su Diccionario de Derecho, define el daño como la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación (Art. 2108 del Código Civil del Derecho Federal). Esta definición se debe entender en el sentido de daño material. El daño también puede ser moral (Biella, 2005).

Nuestro código civil ecuatoriano reconoce cuatro formas de obligarse, conocido como fuente de las obligaciones, decimos que son cuatro porque así lo establece el artículo 1453:

*“Art. 1453.- Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o **daño a otra persona**, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”.*

En nuestro código civil no hay definición de daño, y esto viene ser una ventaja porque la norma es abierta, permitiendo de esta forma que todo daño sea resarcible siempre que pueda imputarse a la malicia o negligencia de otra persona, así lo establece el artículo 2229:

***Art. 2229.-** Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta.*

De esto se concluye que el daño es todo detrimento, todo perjuicio, lesión, misma que produce efectos en la persona o en los bienes, pudiendo ser doloso (implica reparación y sanción penal), culposo (lleva consigo la reparación) o fortuito, pero el daño para que sea resarcible o reparable debe afectar, atacar o recaer sobre un bien jurídicamente relevante que amerite reparación. También de acuerdo con nuestro código civil ecuatoriano forma parte de las cuatro formas de obligarse, es decir, de la fuente de las obligaciones según el artículo 1453 del C.C.



## 1.2.- Clasificación del daño

Según el Doctor Carlos Fernández Sessarego hasta el siglo XX, la visión era más al tema patrimonial, al tema de propiedad, olvidándose de esta manera del ser humano, hoy con las nuevas visiones el tema es más complejo hoy se habla del daño subjetivo, el daño al ser humano en sus dos fases; el psicosomático y el de la libertad, hoy se habla de una afección al bienestar de la persona. Hoy le damos preminencia a la víctima del daño para que se le repare debidamente y luego buscamos al agente del daño, al responsable civil.

Hoy la división del daño contractual y extracontractual carece de sentido en la reparación a la víctima, porque lo que interesa no es de donde proviene sino la reparación a la víctima (Sessarego, 2015).

Según Arturo Valencia Zea hay dos clases de daño:

- 1) Daño patrimonial o material; en el cual se afecta a los bienes, es un daño de índole material de tal manera que se produce una lesión, menoscabo, detrimento, a los derechos patrimoniales de las personas, pudiendo ser de dos maneras de forma directa o indirecta.
- 2) Daño inmaterial, extrapatrimonial o daño subjetivo; es aquel en el cual se afecta o se produce una lesión afectiva, en los sentimientos de la vida, o de terceras personas (Valencia Zea, Arturo, 1984).

### El daño material

Consiste en el menoscabo del patrimonio en sí mismo y puede dividirse en dos:

- a) Daño emergente; es la pérdida de valores económicos existentes, es decir, un empobrecimiento del patrimonio, es un monto o valor económico que hemos perdido como consecuencia del daño sufrido (siempre se debe pedir).
- b) Lucro cesante; es una frustración de ventajas económicas esperadas, de un enriquecimiento previsto, es decir, es lo que dejamos de percibir a consecuencia así mismo del daño sufrido y a veces es difícil de cuantificar y en otros casos no.



Los derechos patrimoniales ameritan valoración económica, y por lo tanto son transferibles (traspaso), prescriptibles (extinguen en el tiempo) y renunciabiles (desistir).

### **Daño extrapatrimonial o Moral**

Adriano de Cupis define al daño extrapatrimonial como “todo daño privado que no puede comprenderse en daño patrimonial, por tener como objeto un interés no patrimonial” (Brito M. , El daño moral Y los criterios para la determinación de su indemnización, 2013).

Abarca, García y Zanoni consideran que los derechos patrimoniales es un conjunto de bienes jurídicos que carecen de apreciación económica, son valores de naturaleza subjetiva, que tienen como principal peculiaridad la carencia de valoración económica, pero pese a ello poseen una gran trascendencia moral, cultural y social (Brito M. , El daño moral Y los criterios para la determinación de su indemnización, 2013).

De esta manera existen dos clases de daño; el daño patrimonial y el daño moral, conforme lo establece nuestro código civil en sus normas pertinentes, comprendiendo de esta forma el daño material un daño al patrimonio, susceptible de valoración económica y dentro de este; está el lucro cesante y daño emergente. En tanto que; el daño extrapatrimonial o moral comprende una afección psicológica, afectiva, subjetiva en algunos casos de difícil cuantificación.

Sin embargo cabe mentar que actualmente se observa día a día hablar de supuestos “nuevos daños”. Así, se habla del daño a la persona, del daño psicológico, del daño al proyecto de vida, del daño estético, del daño a la vida de relación, del daño psicofísico, del daño por incapacidad, del daño biológico, del daño por pérdida de chance, del daño a la intimidad, del daño a los derechos de la personalidad, del daño a la salud, del daño sexual, del daño al dolor, del daño a la lactancia, del daño a la calidad de vida, del daño existencial, del daño genético, del daño al honor, del daño emocional, daño energético, etc. (Martín, 2015).



### 1.3.- Fuentes y requisitos para que el daño sea resarcible

#### 1.3.1 Fuentes del daño

Cuando nosotros nos referimos a las fuentes del daño nos vamos referir de manera particular a dos:

- 1.- La responsabilidad contractual.
- 2.- La responsabilidad extracontractual.

#### Responsabilidad contractual.

El incumplimiento de una obligación nacida de un contrato se denomina responsabilidad contractual. En la responsabilidad contractual basta demostrar el incumplimiento para que se presuma la culpa. El daño cuyo resarcimiento se persigue, tiene como origen el incumplimiento del deber de cuidado atribuible al que se imputa como responsable, con motivo de la relación contractual por la cual su contraparte se compromete a hacer o dar, a cambio del pago de un precio determinado (Castellanos, 2005).

Se entenderá por responsabilidad civil contractual en el que necesariamente hay daño, ya que entendemos que no cualquier incumplimiento del deudor basta para que le sea imputada una responsabilidad. El deudor puede ser responsable por el mero incumplimiento, pero no ser civilmente responsable si no ha causado ningún daño o perjuicio con dicho incumplimiento. El incumplimiento del deudor se genera por mora o por contravención de la obligación asumida. Esta última agrupa a su vez la inexecución total de la conducta, la ejecución parcial, inexacta o defectuosa, la ejecución que lesiona un interés contractual del acreedor diferente del deber de prestación (interés de indemnidad). Este último se refiere a que en cumplimiento de las prestaciones principales se cause daños a otros bienes o intereses como la salud, lesiones corporales, patrimoniales a otros bienes diferentes de los del contrato. Ello implica que la responsabilidad contractual no deriva únicamente del incumplimiento de la prestación principal del contrato (Posada, 2012).

En la responsabilidad contractual, las personas jurídicas responden por las obligaciones contraídas por sus representantes legales, cuando actúan dentro de los límites establecidos en los estatutos, pero si lo hacen fuera de esos límites que le otorgan los estatutos, la persona jurídica tiene derecho a repetir contra el representante legal.



### Responsabilidad extracontractual.

En la responsabilidad extracontractual le compete al damnificado demostrar la culpabilidad del autor del acto lícito. La responsabilidad civil extracontractual subjetiva, establecida desde los tiempos de la antigua Roma, en la que la Ley de las XII Tablas autorizaba a los acreedores a conducir después de sesenta días de prisionero al deudor para venderlo como esclavo, fue desarrollada por obra de los juristas medievales en relación al daño, a nivel federal se vincula a la necesidad de demostrar la culpa (negligencia, imprudencia o impericia), o el dolo, en los cuales se sustenta la responsabilidad del agente dañoso (Castellanos, 2005).

En la responsabilidad extra contractual, las personas jurídicas responden por los delitos y cuasidelitos civiles (hechos dolosos o culposos que causen daño a terceras personas).

En nuestro caso ecuatoriano y en la doctrina se toma como origen de la responsabilidad extracontractual al artículo 2214 del código civil:

*Art. 2214.- El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.*

A su vez se toma en consideración el artículo 2229 del código civil:

*Art. 2229.- Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta.*

El fundamento de la responsabilidad extracontractual está en la culpa del autor. La responsabilidad requiere que el daño sea imputable. Por ende, si hay culpabilidad, hay responsabilidad. Se trata, como vemos, de una responsabilidad subjetiva (Extracontractual, 2014).

Nuestra legislación habla de la responsabilidad contractual y extracontractual, pero la doctrina también recoge otro tipo de responsabilidad la “pre-contractual”. La precontractual la tenemos como la extracontractual en nuestra legislación.

Responsabilidad precontractual:

*Está en las doctrinas peruanas, argentina, responsabilidad, que se genera debido al daño ocasionado a una de las partes en la etapa previa al contrato. El*



periodo precontractual comienza en el momento que una de las partes trata de ponerse de acuerdo con la otra para negociar, a pesar de ser preliminar las partes pueden incurrir en ciertos gastos y al producirse el rompimiento de ese trato, la víctima debe ser indemnizada en ese daño causado.

De esta manera existe responsabilidad contractual cuando hay un contrato que se incumple y que ha generado daño donde se exige reparación. ¿Por qué se llama responsabilidad contractual? Porque en forma previa ha existido un acuerdo de voluntades sobre ciertos particulares que normalmente están materializados como obligaciones y que han sido irrespetadas por una de las parte y eso amerita resarcimiento. En cambio, la responsabilidad extracontractual permite que sin que exista previo convenio o acuerdo entre las partes, por acción u omisión de una persona concreta y determinada se han generado inconvenientes, dificultades que merecen reparación.

Criterios estos muy importantes que no podemos desatenderlo, más aun cuando está regulado en la Constitución de la Republica la Responsabilidad del Estado. ¿En dónde está la responsabilidad del Estado? está en el tema extracontractual cuando por acción u omisión surge cierto particular, porque solo cuando hay contratación podríamos decir que efectivamente hay una responsabilidad contractual y que está particularizado el tema.

### 1.3.2.- Requisitos para que el daño sea resarcible

Bustamante Alsina enseña que para que el daño sea resarcible debe ser cierto, subsistente, personal del reclamante y afectar un interés legítimo del damnificado.

**a) Subsistente:** la existencia del daño se evalúa al momento de dictar sentencia, salvo algunas excepciones, por lo que el daño resarcible debe permanecer en dicho momento.

**b) Personal:** se enuncia este requisito diciendo que el daño debe ser propio de quien lo reclama, porque nadie puede pretender ser indemnizado de un daño sufrido por otro. El autor **Orgaz**, aclara que este requisito no implica que en ciertos casos el daño de terceros no pueda ser invocado como elemento de la propia indemnización de quien reclama. Dice el distinguido autor que a veces el daño, aunque de terceros, constituye a la vez un perjuicio del accionante en razón de una obligación legal o convencional preexistente, y da el ejemplo de la persona que a raíz de un accidente ve disminuida su capacidad laboral, pudiendo reclamar el importe de los alimentos que debe a su familia durante el tiempo que dure la curación. Asimismo, agrega que el requisito tampoco impide la cesión a terceros del derecho a reclamar la indemnización del daño patrimonial.



**e) Interés legítimo:** aquí utilizamos el adjetivo "legítimo" como contrario a "ilegítimo". Es decir que el daño no será resarcible cuando provenga del menoscabo a un interés repudiado expresa o implícitamente por el ordenamiento jurídico considerado en su conjunto.

**d) Cierto:** este requisito es el más importante para determinar qué daño es resarcible y qué daño no lo es. Se contrapone al daño meramente eventual, conjetural o hipotético, del que no hay ninguna seguridad de que pueda ocurrir o no, no resultando por eso resarcible (Saltos, 2015).

*Nosotros compartimos el criterio de varios doctrinarios y el de la primera sala de la Corte Suprema de Justicia cuando dicen que los requisitos del daño resarcible son:*

**1. Real, cierto y efectivo:** el daño debe ser verificable, debe existir el daño. Hay que justificar: por ejemplo en el tema de la responsabilidad contractual tiene que haber incumplimiento del contrato. En la responsabilidad extracontractual tiene que haber un daño ocasionado por acción u omisión de las personas.

**2. Debe existir la lesión de un interés jurídicamente relevante:** es importante que la lesión a un interés patrimonial o extramatrimonial esté protegido por la ley. La legislación del mundo no deja que se indemnice cualquier daño, este siendo real tiene que estar jurídicamente protegido. Esto implica que la legislación tiene que estar necesariamente respaldando el hecho de la reparación, es decir detallar estos daños reparo y estos otros no, porque puede haber daños que no sean susceptibles de reparación.

**3. Causado por un tercero y permanecer subsistente:** la característica del daño apunta a que aparte de estar jurídicamente protegido tiene que haber sido causado por alguien, y este alguien tiene que ser quien responda. Por ello no solo es determinante precisar que existe el daño sino también el responsable.

Mientras no prescribala acción se puede reclamar el daño, pero se tiene que justificar.

En tema de reparación de daños no se gradúa la culpa, todo daño es reparable.

**4. Debe existir relación entre el hecho ilícito y el daño causado:** para el tema de la responsabilidad.

#### **1.4.- Diferencia entre daño patrimonial y extrapatrimonial**

a) Daño patrimonial es toda lesión a un interés económico, mientras que daño extrapatrimonial es toda lesión a un interés no económico (Espanés, 2008).



Sin embargo como bien manifiesta Zannoni no debe tomarse de una forma tan simplista que el daño patrimonial está vinculado a lo económico y el extrapatrimonial a lo no económico, porque el daño extrapatrimonial bien podría producir un daño económico ejemplo el robo de una joya familiar (causo sufrimiento, angustia y afección económica a la vez).

b) La Responsabilidad Contractual como su nombre lo indica, se da cuando se transgrede un deber impuesto en un contrato. Por el contrario, la Responsabilidad Extracontractual se genera con el daño a un tercero como consecuencia de actividades que crean riesgos a personas ajenas a la misma (por ejemplo la conducción de un automóvil o el desarrollo de una actividad industrial) (Activo legal, 2013).

c) El daño patrimonial por regla general es fácil de cuantificación en tanto que el daño extrapatrimonial o moral es complicada la cuantificación pues en nuestro caso ecuatoriano se deja a la sana crítica del juez, pero evitando que a pretexto de indemnizar se cause un enriquecimiento injustificado a la víctima.

d) Cuando se presenta la responsabilidad contractual, el acreedor dispone de una pretensión que solo puede oponerse en tanto derecho a la prestación, al deudor. Distinto es el trato en la responsabilidad extracontractual, pues la tutela resarcitoria de esta responsabilidad es oponible a todos.

e) En la responsabilidad extracontractual se regula la doctrina de la reparación integral del daño que existe, en este campo se indemnizan todos los daños causados a la víctima; mientras que en el ámbito contractual no se reparan todos los daños, solamente se reparan aquellos que sean consecuencia directa del incumplimiento del deudor;

f) El monto indemnizatorio en el campo extracontractual no depende de la culpabilidad del autor del acto, mientras que en el campo contractual el monto depende del daño y la culpabilidad del deudor, será mayor si es producto de culpa grave o dolo, y será menor si es producto de culpa leve.

i) En la responsabilidad derivada por incumplimiento contractual se resarcen los daños previsibles al momento del surgimiento de la relación obligacional; en cambio en la responsabilidad extracontractual por no existir una prestación debida, no hay como desarrollar de antemano un juicio de previsibilidad.

j) El plazo perentorio de la acción de responsabilidad civil, de la acción para demandar los daños y perjuicios, para responsabilidad civil extracontractual será de cuatro años, mientras que para la responsabilidad civil contractual, el plazo será de 10 años (Melo, 2015).



## Capítulo 2. Del daño moral

### 2.1. Generalidades

La figura jurídica de “daño moral” tiene su origen en la doctrina francesa y apareció bajo la denominación de “domages morales”. Hoy en día, jurisprudencia y doctrina, tienden a definirlo por exclusión, resultando así que el daño moral queda integrado por todas aquellas manifestaciones psicológicas, afectivas, emocionales o íntimas que sufre un perjudicado por el acaecimiento de una conducta ilícita, y que no son constatables, de forma directa, en el ámbito económico del perjudicado. El daño moral se viene a traducir en el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual y los padecimientos provocados a la víctima por un evento dañoso. Sería una modificación en el desarrollo de su capacidad de entender, querer o sentir que, anímicamente, actúa como un perjuicio, desequilibrio o pérdida de aptitudes o expectativas de la persona perjudicada (Ramón, 2009).

### 2.2.- Definición de daño moral

En México, el artículo 1.916 del Código Civil indica que por daño moral se entiende “la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma se tienen los demás”.

Según **Carbonnier** “es el que no produce detrimento patrimonial alguno” (Carbonnier, 2015).

Por otra parte **Von Thur** define al daño moral como los quebrantos y dolores físicos o de orden moral que se le produce al hombre cuando ilícitamente se atenta contra su persona o se invade la esfera de sus intereses personales (Thur, 2015).

**Salazar, Gonzales** cita a **Ortiz Ricol** quien sostiene que: “toda lesión producida en los sentimientos del hombre que por su espiritualidad no son susceptibles de una valoración económica, constituyen un daño moral” (Brito S. , 2013).

**El doctor José García Falconi**, (1995, pág. 61-63) en su obra “Parte Práctica del Juicio por Acción de Daño Moral y Forma de Cuantificar su Reparación”, se basa en los siguientes autores para definir el Daño Moral:



**Jorge Joaquín Lambias** expresa “El daño moral es una lesión en los sentimientos por el sufrimiento o dolor que padece una persona que no es susceptible de apreciación económica.

**Alfredo Orgaz** dice “Cuando la acción antijurídica hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley, hay daño moral y no patrimonial” (Brito S. , 2013).

**Diez Picazo** define al daño moral como “la afectación de la esfera sicofísica que es consecuencia de la lesión de un derecho o bien de la personalidad” criterio amplio ya que puede abarcar no solo los sentimientos, el dolor, sino incluso la afección al buen nombre, a la buena reputación, al prestigio.

**Graciela Medina** manifiesta que “El daño moral es la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre como son la paz, la libertad, la tranquilidad, el honor y los más sagrados afectos” (Santas, 2015).

De todos los anteriores conceptos para nosotros el daño moral es la lesión, detrimento, menoscabo, perjuicio, que produce una persona natural o jurídica a otra que puede ser persona natural o jurídica, en sus intereses morales, en su libertad, tranquilidad, honor, sentimientos, buen nombre, reputación, prestigio que no son susceptibles de apreciación económica.

Según el doctor Geovanni Sacasari algunos creen que la reparación desde la óptica del Código Civil ecuatoriano es estrictamente patrimonial por los daños materiales que se pueden presentar y resulta que no es así, porque podemos finalmente reclamar por cualquier cosa que nos afecte personalmente, y que no deje huella de ninguna manera en el tema material sino, fundamentalmente en la esfera, interna, psicológica, imperceptible de cualquier persona.

Desde la óptica de la doctrina la indemnización por daño moral existe porque lo que se busca es el restablecimiento de la situación particular, personal de la víctima hacia lo que ella era antes de que hay sufrido el agravio por parte del sujeto activo.

En el tema del daño moral mucho juega la conducta, la personalidad, el estatus, la formación, la edad, el sexo, etc., porque lo que para unos resulta un agravio, un insulto para otros puede no serlo.



Nuestro código civil Ecuatoriano en lo referente al daño moral establece en su artículo 2231:

**Art. 2231.-** *Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral.*

Solo las imputaciones que tienen la característica de ser injuriosas contra la honra y el crédito de las personas, es abierto y uno no puede andar diciendo cualquier cosa de las personas.

Veamos lo que dice la Real Academia de la Lengua Española al definir a la honra y al crédito:

Honra: Buena opinión y fama, adquirida por la virtud y el mérito.

Crédito: Reputación, autoridad.

La Real Academia toma a la honra y al crédito como sinónimos, entre sí, a su vez nuestro código civil en su artículo 2232 permite demandar más ampliamente:

**Art. 2232.-** *En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.*

*Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes.*

*La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo.*

Esta norma hace referencia a daños meramente morales (nada de daños materiales) y hay que justificar solamente la gravedad del perjuicio sufrido y de la falta, pero la gravedad depende de las personas porque lo que para una persona puede ser grave, en tanto que para la otra puede no serlo.



Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito. La norma dice “Manchen la reputación ajena”, no dice poco o bastante, es general.

Cabe al menos mentar que la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en sentencia número 14 de la primera sala, manifiesta que este tipo de menoscabo “no repercute en el patrimonio. Supone una perturbación injusta de las condiciones anímicas, la cual se traduce en disgusto, desánimo, angustia, padecimiento emocional o psicológico, etc.” y aunque puede tener consecuencias patrimoniales, no puede subsumirse en ellas.

### **2.3.- Naturaleza jurídica de daño moral**

En cuanto a la naturaleza jurídica del daño moral, es considerado de índole fundamentalmente subjetiva, es decir, que depende del grado de reacción que ocasione efectivamente a un determinado sujeto, en relación a la alteración del estado psicológico del mismo, con origen en un evento externo. (Ramón, 2009).

La jurisprudencia Francesa dice que el daño moral es “el dolor sufrido por una persona producido por un hecho ilícito, ocasionando de esta manera una reducción en sus atributos o facultades morales”.

De otro lado, la Jurisprudencia Argentina señala que el daño moral “es la privación o disminución de bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre que son la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual, se relacionan con sus más gratos afectos”. La jurisprudencia sostiene que el daño moral es aquello que afecta a la personalidad moral del damnificado.

### **2.4.- Elementos que constituyen el daño moral**

No contamos con bases de datos estadísticos, baremos o tablas destinadas a prestar información al juez, sin embargo nosotros podemos señalar los siguientes elementos que constituyen el daño moral:

- 1.- El impacto moral del hecho sobre el agraviado.
- 2.- Las consecuencias exteriorizables de la lesión física o psíquica, permanentes o temporales, parciales o totales.



- 3.- Las condiciones personales de la víctima, en especial sus facultades de recuperación.
- 4.- El tiempo de postración, incapacidad o convalecencia.
- 5.- El dolor físico cargado por el acto ilícito.

Bernardo Barraza en su obra “daño moral y su cuantificación” señala que debe haber tres elementos constitutivos daño moral (Barraza Bernardo Alonso, 2015).

- 1.-Que la víctima sufra un daño o afección en sus derechos inherentes a su personalidad.
- 2.-Que se realice un hecho ilícito, es decir, que exista violación a una norma jurídica que produce un daño a una persona, y la esfera jurídica que protege ese derecho subjetivo está siendo vulnerada, menoscabada, lesionada.
- 3.- Relación directa e inmediata entre el hecho ilícito realizado en la producción del daño, es decir, tiene que haber relación directa e inmediata entre el hecho ilícito y el daño causado como lo establece nuestro código civil en su artículo 2232, último inciso.

*La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo.*

## 2.5.- Titular de la acción por daño moral

En México, quienes están facultados o tienen el derecho para demandar indemnización por daño moral únicamente son: la víctima y sus herederos, una novedad grande es que antes el cuerpo normativo decía la **víctima y su familia**, hoy no, hoy únicamente los herederos pueden hacerlo siempre y cuando la víctima haya iniciado esta acción en vida caso contrario no. Lo antes mentado ha sido criticado por muchos tratadistas, doctrinarios ya que se considera que no se debería limitar de esta manera, debido a que puede haber terceros que hayan sufrido afección y sin embargo no puedan ser resarcidos por el perjuicio causado. Sin embargo debe ser el juzgador el que determine si existe o no daño moral en cada caso concreto, tomando en cuenta los requisitos de daño moral y las razones expuestas por el actor.



Antes de mentar quienes son titulares de la acción por daño moral en la legislación ecuatoriana, hagamos alusión a algunas tesis que defienden la transmisibilidad y otras que la niegan:

Tesis de transmisibilidad absoluta:

Doctrinarios que defienden esta tesis, sostienen que la acción por daño moral es trasmisible de manera absoluta sea que la víctima haya muerto posterior al hecho dañoso o haya muerto instantáneamente por el hecho productor. Sobre todo en el segundo caso que es muy cuestionado por varios doctrinarios en el sentido de que con la muerte se extingue el derecho de reparación, sin embargo al ser la vida el mayor bien que tiene la persona es un daño reparable.

La doctrina francés sostiene que si bien el sufrimiento es personal, la reparación por el daño causado se constituye en un verdadero crédito de indemnización, que forma parte del patrimonio de la víctima como cualquier otro crédito y que solo cabría la excepción a la no reparación por daño moral cuando hay renuncia expresa que no admita dudas.

Tesis de la responsabilidad atenuada:

Esta tesis sostiene que solo habría transmisibilidad cuando la muerte se haya producido posterior al daño causado, y no de manera instantánea, toda vez, que con aquella se extingue el derecho, debido a que la víctima no sufre daño físico y que como consecuencia de este se produzca daño moral, toda vez que está muerta. En tanto que otros alegan la pérdida de la personalidad producida con la muerte.

La transmisibilidad en el derecho chileno:

El derecho chileno no ha estudiado este tema a profundidad, razón por la cual se apegan a la tesis de Alessandri en el sentido que solo hay transmisibilidad cuando la muerte no ha sido instantánea al hecho productor, porque de ser así no habría sufrimiento. Otros doctrinarios siguen la misma línea que Alessandri pero sosteniendo que si hubiera derecho a reparación con la muerte instantánea se produciría un enriquecimiento injusto a los herederos.

Tesis de la intrasmisibilidad:

Tomando en consideración lo que manifiesta Domínguez Ramón en la revista chilena vol. 31 número 3, en cuanto sostiene que la reparación de daños



morales es aceptable en los países con mayor riqueza más no en los países con menor riqueza, quedando de esta manera negada la reparación de daños morales. Sin embargo algunos doctrinarios sostienen que el daño moral vuelve al mundo más humanista, hoy en día se habla de una frecuente patrimonialización de los daños morales.

En nuestra legislación civil ecuatoriana son titulares de la acción por daño moral:

*Art. 2233.- La acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal. Mas, en caso de imposibilidad física de aquella, podrán ejercitarla su representante legal, cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad. De haber producido el hecho ilícito la muerte de la víctima, podrán intentarla sus derechos habientes, conforme a las normas de este Código.*

Lo lógico es que quien recibe el daño es quien tiene derecho a reclamar, si nosotros vamos al campo penal observamos que no solo la víctima tiene derecho a accionar sino también un acusador particular por ejemplo. En civil de igual manera no solo la víctima puede accionar para reclamar indemnización por daños morales sino todos aquellos que contempla este articulado.

*Cuando el daño moral afecte a las instituciones o personas jurídicas, la citada acción corresponderá a sus representantes.*

Los que opinan que una persona jurídica no puede sufrir daño moral alegan que la persona jurídica no puede sufrir angustia o stress. Sin embargo cuando se difama a una institución está en juego su prestigio, buen nombre, crédito, tema que será de posterior análisis de manera pormenorizada.

La disposición no distingue entre personas jurídicas públicas o privadas, nacionales o extranjeras entonces todas si pueden reclamar.

De esto se concluye que son titulares de la acción por daño moral los siguientes:

1.- La víctima misma o representante legal.

En caso de imposibilidad física de la víctima:

2.-Representante legal.

3.- Su cónyuge.

4.-Sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad.

En caso de muerte de la víctima como consecuencia del hecho ilícito:



5.- Sus derecho habientes.

Cuando el ilícito afecte a las instituciones o personas jurídicas:

6.- Sus representantes.

## 2.6.- Independencia de la indemnización por daño moral

La jurisprudencia mexicana considera que se debe tomar en consideración los elementos imprescindibles para la reparación de daño moral como base de la independencia:

- 1.- Existencia de un hecho u omisión ilícita de una persona.
- 2.- Que se produzca una lesión a la persona en cualquiera de los bienes tutelados por la ley. Artículo (1916 del código civil federal).
- 3.- Relación causa - efecto entre el daño causado y la acción u omisión ilícita.

De tal manera que este último elemento determina la autonomía de indemnización por daño moral, mientras que el segundo elemento determina la responsabilidad civil objetiva, debiendo partir en este último caso de aquella para demandar luego reparación por daño moral alegando que se vulneraron cualquiera de los bienes jurídicos contemplados en el artículo 1916 (Fuentes, 2006).

En nuestro caso ecuatoriano la indemnización por daño moral tiene total independencia de otras indemnizaciones, nuestra legislación civil de manera categórica dice:

**Art. 2234 Independencia de las indemnizaciones.-** *Las indemnizaciones por daño moral son independientes por su naturaleza, de las que, en los casos de muerte, de incapacidad para el trabajo u otros semejantes, regulan otras leyes.*

Determinamos entonces que la indemnización por daño moral es independiente de las otras por ejemplo en un accidente de trabajo muere un trabajador, ¿tengo o no posibilidad de demandar daños y perjuicios? Si puedo demandar independiente de las demás indemnizaciones previstas en otras leyes.

Es preciso resolver algunas interrogantes:



¿Se puede demandar daño por hacer bullying? A criterio del Doctor Giovanni Sacasari, Si se puede. Es un delito pero igual en materia civil se puede pedir reparación.

¿En el daño moral puede calcularse lucro cesante? Si el daño es tal que le produjo sufrimiento y depresión que le impida laborar también hay que cuantificarle el daño en esas condiciones. Si se puede porque la disposición es abierta.

Criterio de independencia sostenido por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en varias sentencias, por mentar la comprendida en la Gaceta Judicial. Año CX. Serie XVIII, pág. 2735, sentencia que confirma que en la indemnización por daño moral no se encuentra comprendida la reparación patrimonial, que la suerte de una no influye en la otra, que aun cuando haya reparación patrimonial se puede plantear reparación por daño moral, igual criterio es sostenido por la Sentencia de Recurso de Casación, 2001, en la cual se desecha la demanda precisamente porque la acción por daño moral es independiente de la patrimonial.

A criterio de Manopanta María, la independencia de daño moral se vuelve peligrosa al no existir prejudicialidad, toda vez que permite demandar todo tipo de daño. (Pilicita, 2014).

## **2.7.- A quien corresponde indemnizar el daño causado**

Referente a este tema es preciso citar el artículo 2229 del código civil ecuatoriano, toda vez que sostiene un sentido general de la expresión daño:

*Art. 2229.- Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta.*

*Están especialmente obligados a esta reparación:*

- 1.- El que provoca explosiones o combustión en forma imprudente;*
- 2.- El que dispara imprudentemente un arma de fuego;*
- 3.- El que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche;*
- 4.- El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por él; y,*



5.- *El que fabricare y pusiere en circulación productos, objetos o artefactos que, por defectos de elaboración o de construcción, causaren accidentes, responderá de los respectivos daños y perjuicios.*

Estos cinco numerales arriba contenidos son simplemente ejemplificativos debido a que la norma es abierta al decir Todo daño ya que permite comprender dentro de ella la indemnización por daño moral, así lo han hecho nuestros tribunales de justicia ordenando en varias sentencias las indemnizaciones por daño moral.

En virtud del mandato del artículo 2329 del Código Civil, ordena que todo daño sea indemnizado, la jurisprudencia nacional a comienzos del siglo XX empieza a pronunciarse en sentencias que acogen la reparación del daño moral. Así, en virtud de esta disposición, se crea y desarrolla toda una doctrina en atención a su concepto, reparación y extensión. Este proceso evolutivo ha sido constante durante los últimos años (Dudalegal, 2007-2015).

A su vez el artículo 2232 del código civil, en su segundo párrafo establece:

*Están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes.*

Es decir todo aquel que cause daños físicos o psíquicos como la angustia, humillaciones u ofensas está obligado a reparar.

No olvidemos que la construcción del concepto y extensión del daño moral, ha sido destinada a la doctrina y jurisprudencia.



## Capítulo 3.- De las personas jurídicas

### 3.1.- Que es una persona jurídica

#### 3.1.1.- ¿Qué es una persona jurídica?

**Aulo Guellio** manifiesta que persona deriva de personare, entre los latinos significa *mascara* que cubría la cara del actor al momento de una escena. De esta manera persona viene a ser el personaje que es llevado a la escena.

A su vez los **autores argentinos** reconsideran en el concepto de persona en general, es decir, tanto física como jurídica, se está frente a un producto del orden jurídico como cualidad jurídica que se otorga a una organización compleja de hombres y de bienes con un fin propio (Salmoran, 2015).

**Para Orgaz**, persona es quien tiene capacidad para ser titular de derechos y deberes (Junyent, 2015).

Al momento de definir a la persona jurídica, debemos mentar que ha sido producto de una larga evolución a través del tiempo. Esto es, pasando desde el concepto de persona moral hasta la formación de varias teorías por lo que es necesario mentar algunas de ellas:

#### **Teoría de la ficción:**

Para Savigny las personas jurídicas son seres ficticios y con capacidad artificial admitiendo dos clases: una con existencia necesaria, como las ciudades y el Estado, y otras, como las corporaciones y las fundaciones que requerían de la autorización estatal (Junyent, 2015).

#### **Teoría de la negación:**

Representada por R. Von Ihering, quien considera que la persona jurídica es una construcción jurídica con fines prácticos, ya que un colectivo puede también tener intereses que el derecho debe reconocer y proteger.



### Teoría de la realidad:

Defendida por Guierke y Jellinek quienes consideran que la persona jurídica es una realidad concreta preexistente de la voluntad humana es decir tienen estructura real y propia.

### Teoría organicista:

Esta teoría considera que las personas jurídicas no son entes ficticios creados por el estado sino realidades vivas, que surge de la asociación de personas físicas.

### Teoría de la institución:

La teoría de la institución de M. Hauriou mantiene que la persona jurídica es una institución que constituye una unidad de fines o actividades en torno a la cual se reúnen un grupo de hombres interesados en su concreción. Así mismo considera a la persona jurídica como una empresa, en donde lo que importa no son sus órganos, sino, si cumple o no con sus fines (Jaramillo Villegas, 2010).

El hombre es el único sujeto de derecho, por lo que la persona jurídica no tiene existencia real, sino que se trata de una ficción creada y utilizada por el Derecho para resolver la necesidad práctica de que las colectividades actúen en el tráfico jurídico.

La Corte Constitucional de Colombia en su **Sentencia No. T-396/93** sostiene que la persona jurídica es apta para la titularidad de derechos y deberes por su racionalidad y por su autonomía. La aptitud es la adecuada disposición para dar o recibir, para hacer o soportar algo, y la persona jurídica *puede* (tiene la dimensión jurídica de la facultad) y también *debe* (soporta el deber frente a sus miembros y frente a otras personas jurídicas o naturales); por tanto tiene adecuada disposición para que se le otorguen o reconozcan derechos y deberes (Colombia, Corte Costitucional de, 1993).

La legislación colombiana, conceptúa a la persona jurídica como persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representadas judicialmente y extrajudicialmente. A su vez la Corte Constitucional de Colombia permite diferenciar entre persona natural y persona jurídica, diferenciando que la persona natural puede actuar por sí misma en tanto que la persona jurídica no.



Nuestro Código Civil al definir a las personas jurídicas acoge la teoría de la ficción defendida por Savigny “no existe en la realidad”, sino que se trata de una creación jurídica ideada por el legislador para satisfacer las necesidades de los seres humanos en el mundo de los negocios”. Von Savigny la extrajo de los glosadores y Don Andrés Bello acogió esta teoría en la definición del Código Chileno que posteriormente copia el legislador ecuatoriano, por lo que el actual Art. 564 establece: “Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

Las personas jurídicas de derecho privado son de dos especies: corporaciones, y fundaciones de beneficencia pública (hoy debe ser entendido como personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro porque las públicas son reguladas por leyes especiales). La persona jurídica es un incapaz relativo y como tal, los actos celebrados sin la actuación de su representante legal se encuentran viciados de nulidad relativa (Consejo de la Judicatura, Escuela de la Funcion Judicial, 2015).

Existen dos clases de personas jurídicas:

**1.- Personas jurídicas de derecho público.-** aquellas que representan a la autoridad en sus funciones administrativas. “Estado y Municipalidades”.

**2.- Personas jurídicas de derecho privado.-** son aquellas que dependen de la iniciativa de manera particular siendo esta de 2 tipos:

**a) Corporaciones.-** son las aquellas que persiguen fines de lucros, a su vez se las conoce como también sociedades mercantiles.

**b) Fundaciones.-** son organismos con fondos propios destinados a cumplir una obra de interés social, y a diferencia de las corporaciones estas no persiguen ganancias.

En conclusión, la persona jurídica viene a ser una persona ficticia, con capacidad artificial, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, la misma que requiere de una persona natural para obrar por ella, de tal manera que sin esta no puede actuar por sí misma, de ahí la característica de ser representada judicial y extrajudicialmente, y estas personas jurídicas se dividen en corporaciones (tienen fines de lucro como las compañías) y por otro lado las fundaciones que (no persiguen ganancias).



### 3.2.- Como se constituye una persona jurídica y sus clases

#### 3.2.1.- Generalidades

Al hablar de la constitución de las personas jurídicas nosotros nos vamos a referir de manera singularizada a las corporaciones, de tal manera que nos tenemos que remitir a las clases de sociedades y compañías que contempla nuestra ley de compañías, pero antes de ello es necesario establecer una diferencia entre sociedades de hecho y sociedades de derecho:

Entre sus principales diferencias están:

1.- En cuanto a la capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, esto es para adquirir personalidad jurídica.

En las sociedades de hecho al momento de celebrar los contratos el que se obliga es el socio o los socios y no la sociedad como tal, y de esta manera no adquiere personalidad jurídica, a quien se demanda en esta clase de sociedades es a los socios y no a la sociedad.

La sociedad de derecho si adquiere personalidad jurídica, es decir, hay un representante legal, y se debe demandar a la compañía, es un ente independiente creado por los socios.

2.-En cuanto a la tipificación legal.

Las sociedades de derecho se encuentran contempladas en nuestro ordenamiento jurídico en tanto que las de hecho no, es por eso que las sociedades de derecho las contempla nuestra ley de compañías y entre ellas tenemos:

- a) Compañías de responsabilidad limitada.
- b) Compañías en nombre colectivo.
- c) Compañías en comandita simple y dividida por acciones.
- d) Compañía anónima.
- e) Compañía en cuentas de participación.
- f) Los grupos empresariales o holding.

#### 3.2.2.- Definición de sociedad



Si nosotros partimos de la norma general, que es nuestro código civil, la definición de compañía sería:

*Es un contrato en el que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan. La sociedad forma una persona jurídica distinta a la de los socios individualmente considerados.*

El artículo antes mentado es norma general que contempla elementos en común con la ley especial que es la ley de compañías, la misma que dice que contrato de compañía es:

*Es aquel por el cual dos o más personas unen sus capitales e industria para emprender operaciones mercantiles y participar de sus utilidades.*

Sus elementos comunes serían **1) se trata de un contrato** en ambos casos, esto es, es un acuerdo de voluntades, no existe contraprestación alguna ni respecto de los socios, ni de la compañía, es decir, es un ente independiente creado por los socios, se pone algo en común pero no implica devolver aquello. Contrato con implicaciones, esto es, no se puede constituir una compañía con cualquier persona por ejemplo entre los cónyuges solo podrían celebrar contrato de mandato, capitulaciones matrimoniales y administración de la sociedad conyugal. **2) Existe una asociación de personas** por ejemplo en el caso de las compañías de responsabilidad limitada mínimo 2 socios y máximo 15 socios. Los socios deben ser capaces y el objeto de la compañía lícito. **3) Se realizan aportes**, es decir, los socios deben poner algo en común (dinero, bienes, industrias) sin lo cual no hay sociedad. **4) Persigue fines de lucro** toda compañía busca obtener ganancias. **5) Tipicidad** en caso de las sociedades mercantiles está tipificado en la ley de compañías.

Vamos a referirnos a la forma de constitución de las compañías más comunes, más utilizadas en la práctica diaria.

### 3.2.3.-Constitución de compañía de Responsabilidad Limitada

El artículo 92 de la ley de compañías señala:

*La compañía de responsabilidad limitada es la que se contrae entre dos o más personas, que solamente responden por las obligaciones sociales hasta el monto de sus aportaciones individuales y hacen el comercio bajo una razón social o denominación objetiva, a la que se añadirá, en todo caso, las palabras "Compañía Limitada" o su correspondiente abreviatura.*



De esto se desprende que la compañía de responsabilidad limitada se constituye con un número mínimo de 2 socios y máximo de 15 socios, así lo establece artículo 95 de la ley de compañías. La compañía de responsabilidad limitada tiene como objeto actos de comercio pero el artículo 94 amplía esta facultad a actos civiles, de comercio, operaciones mercantiles con la excepción de operaciones de banco, seguros, capitalización y ahorro.

Los socios en la compañía de responsabilidad limitada van a responder solo hasta el monto de sus aportes en la constitución o aumento de capital. La suscripción pública del capital está prohibida no se puede afectar a la confianza entre los socios. Además si se utiliza el nombre de la compañía sin estar constituida será sancionado con 12 salarios básicos unificados. Su capital está dividido en participaciones no negociables libremente (requiere de consentimiento unánime).

Adquiere personería jurídica al momento de su inscripción en el registro mercantil. La capacidad para intervenir en la constitución de la compañía de responsabilidad limitada es la capacidad civil (capacidad de ejercicio), el menor emancipado autorizado para comerciar no requiere autorización especial debido a su responsabilidad limitada. Si pueden intervenir personas jurídicas pero excepto los bancos, las compañías de seguro, las compañías de capitalización y ahorro, y las compañías extranjeras.

No pueden constituir compañías de responsabilidad limitada entre padres e hijos no emancipados, ni entre cónyuges.

### **Requisitos de forma:**

La escritura de constitución puede ser otorgada por los socios que van a constituir la compañía o por un apoderado con poder suficiente y amplio, y dentro de esta escritura estará el convenio de constitución y el estatuto social en el cual no es obligado que conste el nombre de los socios porque pueden variar por cesión, venta, mas no así en la escritura de constitución porque sirve de garantía y seguridad.

Requisitos de la escritura pública de constitución:

#### En cuanto a la identidad de la compañía:

- a) El nombre de la compañía puede ser denominación objetiva o razón social puede ser ficticia, debe constar en el estatuto social.
- b) El plazo de duración debe constar en el estatuto social, no existe límite.
- c) El domicilio debe constar en el estatuto social para las sesiones, se debe señalar la ciudad en la que va a funcionar.



En cuanto a la identidad de los socios:

- 1.-Nombre y apellidos de los socios, las personas naturales su nacionalidad, domicilio y estado civil.
- 2.-Personas jurídicas razón social o denominación objetiva, domicilio y nacionalidad, con las limitaciones antes mentadas.

Las personas jurídicas extranjeras deben cumplir los siguientes requisitos:

- a.- Certificado de existencia emitido en el lugar de funcionamiento.
- b.- Identificar a los socios (lista de socios).
- c.-Todos los documentos certificados por autoridad competente del país en el que funciona.
- d.- Documentos apostillados por el cónsul ecuatoriano.

**Requisitos reales:**

1.-En cuanto al objeto social: debe ser amplio para que cada vez no implique reformas, pero debe ser concreto por ejemplo la compañía se va a dedicar a la importación de carros, requisito que debe constar en el estatuto social.

2.-El capital social de la compañía: debe expresar el número de participaciones en la que está dividida y el valor nominal de cada una de ellas, requisito que debe constar en el estatuto social.

3.-Se debe hacer constar las participaciones que cada socio suscriba y pague en numerario, en especie, el valor atribuido a estas y la parte del capital no pagado, la forma y el plazo para integrarlo(convenio de constitución).

4.-En cuanto al aspecto de funcionalidad: lo que hace referencia a la organización de administración y fiscalización de la junta general de socios.

5.-Los demás pactos lícitos y condiciones especiales que los socios juzguen conveniente establecer, siempre que no sea contrario a la ley.

**3.2.4.- Sociedad Anónima y Constitución**

Definición de la compañía anónima conforme el artículo 143 de la ley de compañías:

*La compañía anónima es una sociedad cuyo capital, dividido en acciones negociables, está formado por la aportación de los accionistas que responden únicamente por el monto de sus acciones. Las*



*sociedades o compañías civiles anónimas están sujetas a todas las reglas de las sociedades o compañías mercantiles anónimas.*

### Constitución de la Compañía Anónima:

Esta compañía se diferencia de la compañía de responsabilidad limitada ya que sus formas de constitución son dos:

- 1.-La constitución simultánea, y
- 2.-La constitución sucesiva.

La constitución simultánea que es la que se realiza en un solo acto, y es la que más se utiliza en la vida práctica diaria.

La constitución sucesiva que es realizada mediante la suscripción pública de acciones.

### **3.3.- Que es un representante legal y sus atribuciones**

#### **3.3.1.- ¿Que es un representante legal?**

El Doctor Pablo Guevara mentando la norma laboral dice que “El representante legal de una sociedad no es trabajador bajo relación de dependencia de su representada al indicar que quien cuenta con un “... poder general para representar y obligar a la empresa, será mandatario y no empleado, y sus relaciones con el mandante se reglarán por el derecho común” (Guevara, 2013).

El Doctor René García mentando la Doctrina No. 72 de la Superintendencia de Compañías, aspectos jurídicos 1977, páginas 248 a 250, señala el siguiente párrafo:

*"Las personas jurídicas son relativamente incapaces (Art. 1490 C.C.) pues si, como lo dice el Artículo 1488 C.C., la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra, la naturaleza misma de una persona ficticia, ideal o abstracta, determina que no puede formar ni declarar su voluntad sino sirviéndose de la persona natural, dotada de inteligencia y voluntad, que puede expresarla a nombre de la persona jurídica -ente ficticio- surtiendo los actos de aquella respecto de la persona jurídica los mismos efectos que si ésta los hubiese ejecutado (Art. 1491 C.C.) De esta manera, la persona jurídica sólo puede obrar mediante el ministerio de su representante.*



De tal manera que el representante legal viene a suplir la falta de capacidad, de declaración de voluntad de la persona jurídica, convirtiéndose los actos por él ejecutados, en propios de la compañía.

Continúa diciendo el doctor René García que “Las personas llamadas por la ley a suplir la incapacidad de las personas que no pueden ejercer los derechos civiles, se llaman representantes legales; porque la Ley misma les atribuye el ejercer los derechos de otras personas a quienes, según los casos, representan o autorizan”.

Por su parte Pérez Guerrero, de quien se encuentra oportuno transcribir estos pensamientos: "La representación legal supone la incapacidad de obrar en el representado; mientras que el mandato implica precisamente lo contrario, esto es, que el mandato es un contrato (2047) y el que lo otorga ha de tener la capacidad suficiente para este efecto". (Fundamentos del Derecho Civil Ecuatoriano, Casa de la Cultura Ecuatoriana 1953)".

Pérez guerrero hace una diferencia entre representación legal y mandato, en razón de que la representación legal implica una falta de capacidad y mandato es un contrato y quien lo otorgue debe tener suficiente capacidad para ello.

Por su parte Gabino Pinzón expresa lo siguiente: "La representación de la sociedad por parte de los gerentes es de carácter legal y no simplemente convencional". Porque la Ley misma, que ha elevado la sociedad a la condición de persona jurídica distinta de los socios, individualmente considerados, ha provisto a la representación de todas las personas jurídicas, en general. Ese nuevo sujeto de derechos y obligaciones, por ser ficticio, según la misma Ley, esto es, por ser apenas un recurso o medio técnico de separar jurídicamente la empresa y el patrimonio individual de los socios, no puede entrar en relación con terceros sino por medio de personas naturales. Y es que en la actividad de la persona jurídica están especialmente comprometidos los intereses de los terceros que contratan con ella y es necesario que haya siempre una persona que la represente y que la obligue válidamente, especialmente porque las personas jurídicas han sido asimiladas legalmente a los menores adultos. De manera, pues, que la representación legal y no simplemente convencional de las personas jurídicas es apenas un desarrollo o consecuencia del sistema legal vigente, en el que éstas se asimilan a las personas relativamente incapaces. Es por eso que en el Código Civil se dice expresamente quiénes son los "representantes legales" de las personas jurídicas y por lo que en la legislación comercial se califica también expresamente de "legales" a los representantes de la sociedad anónima. (García, 2014)



El Doctor Ramiro Arias Barriga dice que El representante legal tiene capacidad para obligarse a determinados actos jurídicos que requieren de su aceptación voluntaria y esta presupone una posición de mando, generalmente el representante legal es elegido por los socios y esta elección o nombramiento tiene que ser inscrita en el Registro Mercantil para que tenga validez jurídica. El Código del Trabajo en el artículo 308, establece expresamente que: “cuando una persona tenga poder general para representar y obligar a una empresa será mandatario y no empleado, y sus relaciones con el mandante se reglarán por el derecho común” (Barriga, 2015)

Observamos de esta manera la diferencia clara que existe entre empleado y mandatario, recayendo en este último el representante legal ya que el mismo no percibe un sueldo, un salario sino más bien un pago por honorarios profesionales. Otro fundamento certero lo encontramos en el artículo 2020 del código civil el mismo que define al mandato como:

*Un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra; la persona que confiere el encargo se llama mandante y el que lo acepta mandatario.*

De esto concluimos que el representante legal viene a ser una persona natural, la misma que es nombrada o elegida por los socios de una compañía para que la represente judicial y extrajudicialmente debido a la incapacidad relativa de la persona jurídica, al ser un ente ficticio que carece de voluntad. Representante legal que a su vez es mandatario y no trabajador en razón de lo contemplado en el código de trabajo y el artículo 2020 del código civil.

### 3.3.1.1.- ¿Quién es representante legal?

En compañías nosotros debemos tener en cuenta que no todo administrador es representante legal, la representación legal en algunas compañías es otorgada mediante resoluciones de la junta general de socios o en los estatutos. Sin embargo nuestra ley de compañías deja abierta la posibilidad de que los administradores o gerentes sean representantes legales al decir:

*Art. 123.- Los administradores o gerentes se sujetarán en su gestión a las facultades que les otorgue el contrato social y, en caso de no señalárseles, a las resoluciones de los socios tomadas en junta general. A falta de estipulación contractual o de resolución de la junta general, se entenderá que se hallan facultados para representar a la compañía judicial y extrajudicialmente y para realizar toda clase de gestiones, actos y contratos, con excepción de aquellos que fueren extraños al contrato social, de aquellos que pudieren impedir que posteriormente la*



*compañía cumpla sus fines y de todo lo que implique reforma del contrato social.*

*Art. 137.-La escritura de constitución será otorgada por todos los socios, por si o por medio de apoderado. En la escritura se expresará:*

*8. La forma en que se organizará la administración y fiscalización de la compañía, si se hubiere acordado el establecimiento de un órgano de fiscalización, y la indicación de los funcionarios que tengan la representación legal;*

Observamos entonces que los administradores y gerentes pueden ejercer la representación judicial y extrajudicial de la compañía y pueden realizar toda clase de gestión, actos y contratos con algunas limitaciones. Representación que puede constar en las resoluciones de la junta general de socios o en los propios estatutos.

#### Forma de designación de administradores:

Esta es una facultad privativa de los socios quienes lo designaran mediante junta general y esta podrá hacerse en dos momentos:

- 1.- Al momento de la constitución de la compañía.
- 2.- A través de una junta general de socios legalmente constituida.

#### Duración del nombramiento del administrador y quien no puede ser administrador:

Duran cinco años y pueden ser reelegidos indefinidamente.

*No pueden ser administradores:*

- 1.- Banqueros, constructores o suministradores de materiales.
- 2.- Los que carecen de capacidad legal para comerciar.
- 3.- Las corporaciones eclesiásticas o clérigos, religiosos, los funcionarios públicos bajo prohibición de ley, los quebrados sin proceso de rehabilitación.

### **3.3.2.- Atribuciones del Representante Legal**

Cuando nosotros nos referimos a las atribuciones del representante legal, administradores y gerentes todo el marco de competencias lo vamos a encontrar en el contrato social – estatutos y en las resoluciones de la junta



general de socios, cuando esta limita la disposición del gerente para celebrar actos y contratos.

En caso de que no conste una estipulación contractual en la que consten las atribuciones del administrador o gerente, estos ejercerán la representación judicial y extrajudicial de la compañía, algo imposible porque al constituir la compañía se establece que se nombre un representante legal.

Sin embargo los administradores no pueden realizar:

- a) Actos extraños al objeto social.
- b) Actos que puedan impedir que la compañía cumpla con sus fines.
- c) Reforma al contrato social, salvo el establecimiento de sucursales.
- d) Lo asignado a otro órgano colegiado.

### **3.4.- Extralimitación de facultades del representante legal y Responsabilidad de la persona jurídica**

#### **3.4.1.- Extralimitación de las facultades del representante legal**

Algunas de las extralimitaciones lo contemplamos en los siguientes artículos:

*Art. 12.- Será ineficaz contra terceros cualquiera limitación de las facultades representativas de los administradores o gerentes que se estipulare en el contrato social o en sus reformas.*

En este caso por ejemplo el administrador este facultado para vender bienes de la compañía hasta un monto de 100.000 dólares americanos y vende 300.000 dólares americanos, no se puede reclamar al tercero de buena fe, entonces el administrador debe responder civilmente por aquello, que incluso podría llevar a responsabilidad penal.

El artículo 267 de la ley de compañías establece:

*Salvo disposición en contrario, Cuando haya dos administradores que deban obrar de consuno, la oposición de uno de ellos impedirá la consumación de los actos o contratos proyectados por el otro.*

*Si los administradores conjuntos fueren tres o más, deberán obrar de acuerdo con el voto de la mayoría y abstenerse de llevar a cabo los actos o contratos que no lo obtuvieren.*

De igual manera el artículo 268 de la ley de la materia establece:



*Si se ejecutare el acto o contrato contraviniendo lo dispuesto en el artículo anterior, éste surtirá efecto respecto de terceros de buena fe; y los administradores que lo hubieren celebrado responderán a la compañía por los perjuicios que a ésta se siguieren.*

En igual sentido el artículo Art. 125 establece:

*Los administradores o gerentes, estarán obligados a proceder con la diligencia que exige una administración mercantil ordinaria y prudente.*

*Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, solidariamente si fueren varios, ante la compañía y terceros por el perjuicio causado.*

Entonces, si en compañías hay varios administradores son solidariamente responsables por el perjuicio causado a terceros o a la compañía.

De los casos antes mentados se puede observar la sanción correspondiente por extralimitación de atribuciones.

### **3.4.2.- Responsabilidad de la persona jurídica**

Observemos lo que dice nuestro código civil respecto a la responsabilidad de la persona jurídica:

*Art. 571 CC.- Los actos del representante de la corporación, en cuanto no excedan de los límites del ministerio que se le ha confiado, son actos de la corporación. En cuanto excedan de estos límites, sólo obligan personalmente al representante.*

Las personas jurídicas responden por las obligaciones contraídas por sus representantes legales cuando actúan **dentro de los límites de los estatutos**. Pero si lo hacen fuera de los límites y atribuciones que le otorgan los estatutos, y, si la persona jurídica responde tiene derecho a repetir contra el representante legal.

A su vez nuestra ley de compañías establece en su artículo 128:

*Sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar, los administradores o gerentes responderán especialmente ante la compañía por los daños y perjuicios causados por dolo, abuso de facultades, negligencia grave o incumplimiento de la ley o del contrato social. Igualmente responderán frente a los acreedores de la compañía y*



*a los socios de ésta, cuando hubieren lesionado directamente los intereses de cualquiera de ellos.*

Existen determinados numerales en los cuales los administradores podrán hacer cesar su responsabilidad y únicamente responderá la compañía:

*Art. 264.- La responsabilidad de los administradores por actos u omisiones no se extiende a aquellos que, estando exentos de culpa, hubieren hecho constar su inconformidad, en el plazo de diez días a contarse de la fecha en que conocieron de la resolución y dieron noticia inmediata a los comisarios.*

*Art. 265.- La responsabilidad de los administradores frente a la compañía quedará extinguida: 1. Por aprobación del balance y sus anexos, excepto cuando: a) Se lo hubiere aprobado en virtud de datos no verídicos; y, b) Si hubiere acuerdo expreso de reservar o ejercer la acción de responsabilidad; 2. Cuando hubieren procedido en cumplimiento de acuerdos de la junta general, a menos que tales acuerdos fueren notoriamente ilegales; 3. Por aprobación de la gestión, o por renuncia expresa a la acción, o por transacción acordada por la junta general; y, 4. Cuando hubieren dejado constancia de su oposición conforme a lo indicado en el artículo anterior*

De lo antes mentado se desprende que el representante legal va a ser responsable civil y penalmente por los perjuicios causados a la compañía, por dolo, por abuso de facultades, es decir, la compañía va ejercer su derecho de repetición similar a lo contemplado en civil como ya lo analizamos más arriba. Salvo las excepciones contempladas en el artículo 264 y 265 de la ley de compañías, casos en los cuales se extingue la responsabilidad del representante legal y en cuyo caso debe responder la compañía solamente.

### **3.5.- Quien ejerce la acción por daño moral en las personas jurídicas**

#### **3.5.1.- ¿Quién ejerce la acción por daño moral en las personas jurídicas?**

Nuestra ley de compañías establece que en el caso de no estar designadas las funciones específicas de los administradores o gerentes, estos van a ejercer la representación judicial y extrajudicial de la compañía y están autorizados para realizar toda clase de actos o contratos.

*Art. 123 A falta de estipulación contractual o de resolución de la junta general, se entenderá que se hallan facultados para representar a la*



compañía judicial y extrajudicialmente y para realizar toda clase de gestiones, actos y contratos, con excepción de aquellos que fueren extraños al contrato social, de aquellos que pudieren impedir que posteriormente la compañía cumpla sus fines y de todo lo que implique reforma del contrato social.

Si nosotros sabemos que representante legal; es aquel que va actuar a nombre del ente ficticio y de que todos los actos que él ejecute dentro de las facultades concedidas por la compañía se miraran como actos realizados por la misma. Entonces es obvio que quien va ejercer la acción por daño moral va a ser el representante legal.

Toda vez, que la persona jurídica va a carecer de expresión de voluntad, de sentimientos, de inteligencia, sin embargo aquello será suplido mediante un representante legal.

Esta representación también se extiende de acuerdo a la Ley de Compañías a todos los asuntos relacionados con el giro del negocio o tráfico de la empresa en operaciones tanto civiles como comerciales.

Nuestro código civil al hablar del representante legal establece:

***Art. 2233 Titular del Derecho a la acción por daño moral.- La acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal. Mas, en caso de imposibilidad física de aquella, podrán ejercitarla su representante legal, cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad. De haber producido el hecho ilícito la muerte de la víctima, podrán intentarla sus derechos habientes, conforme a las normas de este Código.***

***(...) Cuando el daño moral afecte a las instituciones o personas jurídicas, la citada acción corresponderá a sus representantes.***

De tal manera, que la acción por daño moral debe ser ejercida por el representante legal, así lo establece el artículo 2233 del código civil ecuatoriano, de manera particular en su segundo inciso cuando dice “Cuando el daño moral afecte a las instituciones o personas jurídicas, la citada acción corresponderá a sus representantes”.



## Capítulo 4.- Perspectivas y Análisis de fallos

### 4.1.- Perspectivas referentes.- Las personas jurídicas son sujetos causantes de daño moral

Para abordar el tema vamos a referirnos a algunas teorías en las cuales se establece que las personas jurídicas tienen existencia real, tienen voluntad, capacidad y a través de ello son causantes y responsables de daño moral.

La teoría de la realidad:

Surgió en el siglo XIX y XX, como reacción a la teoría de la Ficción, entre sus principales expositores debemos citar a los alemanes Gierke y Jellinek. Esta teoría parte de la idea de que una persona jurídica es una realidad concreta preexistente a la voluntad de las personas físicas. Se basa en el sustrato material que conforma a una persona jurídica, es de carácter objetivo. La figura legal de "Persona Jurídica" existe con anterioridad a la idea de la "Persona Física", estas últimas toman o dejan esta figura. Son un medio jurídico para facilitar y regular las tareas entre asociaciones o sociedades y existen por sí mismas, por ende son sujeto de derecho y adquieren una capacidad independiente a la de las personas físicas que la componen. En esta se ven dos subclases (Velasquez, 2013):

a).-Teoría organicista:

Para esta teoría, las personas jurídicas no son entes artificiales creados por el Estado sino, por el contrario, realidades vivas. Los entes colectivos son organismos sociales dotados tanto como el ser humano de una potestad propia de querer y por ello, capaces naturalmente de ser sujetos de derecho (Gierke). (Velasquez, 2013).

Esta teoría dice que los individuos tienen una personalidad individual porque forman un organismo dotado de estructura física y psíquica a quien el orden jurídico le reconoce voluntad para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones y deberes. (Machicado, 2013).

La teoría organicista considera que la persona jurídica es la que actúa directamente a través de sus órganos, es decir, por medio de ellos ejerce su voluntad, capacidad de obrar y querer, y que por lo tanto existe responsabilidad



extracontractual directa, siempre que el órgano este constituido, organizado, con apego a la ley y siempre que obre dentro de sus atribuciones, sin extralimitarse de las funciones o atribuciones a él encomendadas.

b).-Teoría de la institución:

Esta teoría tiene su punto de partida en la observación de la realidad social que demostraría que una de las tendencias más firmes en las sociedades contemporáneas es el desarrollo de la vida colectiva, de la vida social. La institución se define como un organismo que tiene fines de vida y medios superiores en poder y en duración a los individuos que la componen. Comprende a la persona jurídica bajo la idea de "empresa" (Velasquez, 2013).

Las teorías realistas consideran que la persona jurídica tiene capacidad de obrar, de querer dota a sí misma, análoga a la de una persona natural, es decir se trata de una realidad orgánica, psicológica y biológica, en definitiva la persona jurídica tiene una voluntad personal, de ahí que es responsable por ilícitos, y , a consecuencia tiene responsabilidad civil.

Teoría De La Realidad Técnica:

Jellinek dice que las personas colectivas son una realidad ostensible y tangible, necesaria en la vida del ser humano, pues negarlas sería negarse a sí mismo porque todo ser humano vive en una sociedad jurídica y políticamente organizada, y esa sociedad se llama Estado que es una persona de Derecho público superior a la persona individual, establecida para protegerlo y para que el ser humano se desarrolle en él. Lo mismo ocurrirá con los municipios, las universidades, las asociaciones anónimas, civiles etc., inclusive las agrupaciones y movimientos sociales en los que el ser humano individual se desarrolla. Entonces las personas colectivas son una realidad tangible (Machicado, 2013).

Para esta teoría la persona jurídica es en realidad un ente capaz de expresar una voluntad colectiva pero además que tiene reconocimiento legal.

Para esta teoría los actos cometidos por los representantes, dependientes, de las personas jurídicas se miran ante la ley como cometidos por ella misma.

La Teoría Formalista:



Nicola Ferrara dice así como el Estado le reconoce personalidad a un ser humano así también le reconoce personalidad a un conjunto de seres humanos asociados que afectan bienes a un fin común. Mientras no haya tal reconocimiento formal no existen las personas (Machicado, 2013).

Para Ferrara la persona jurídica colectiva “es una traducción jurídica de una realidad social que expresa en términos jurídicos algo ya elaborado en la sociedad” (Velasquez, 2013).

Ferrara considera la posibilidad de que una persona jurídica cometa o no un ilícito no es algo extraño, dada la posibilidad de su obrar bien o mal. De aquello ferrara acepta la responsabilidad indirecta del ente jurídico.

Teoría de la realidad jurídica o de la personalidad y el substrato:

Esta teoría se basa en afirmar que las personas morales se forman por la unión de dos elementos fundamentales y estos son; la personalidad y el substrato. Entonces para estos la personalidad no es innato en el ser humano, como critica de las otras teorías. La personalidad es una herramienta del sistema jurídico para enmarcar o delimitar los elementos “sujetos” (etimológicamente entendido) a este sistema y que deben regirse por sus normas. De esta manera le dan a la personalidad un sentido unitario, independiente de sobre quien recaiga, una connotación diferente al substrato sobre el cual si va a recaer la personalidad.

Al respeto de este substrato esta teoría dice que para darle a algo el titulo declarativo de persona es necesario que este ente cumpla una característica como mínimo y fundamental, esta es la de ser capaz de tener voluntad y por consiguiente, ser capaz de expresarla. Entonces estos tratadistas aclaran que la voluntad de estas personas se realiza por medio de órganos, dispuestos en los estatutos y otorgadas sus potestades para manifestar dicha voluntad, es por esto que también se menciona que dicha voluntad es de carácter artificial. Se ejemplifica claramente diciendo que él representate legal son las manos de dichas personas y su órgano máximo de dirección su cabeza (uovirtual, 2015).

Para Rivera, el fundamento de la responsabilidad no reside en una presunta culpa *in eligendo* o *in vigilando* de la persona jurídica, con respecto a los representantes, por cuanto "la negligencia de la persona jurídica en la elección o en la vigilancia de sus órganos no es más que la negligencia de algunas personas físicas, en el desempeño de sus atribuciones institucionales”.

El autor Juan Alejandro Espinoza: habla de la responsabilidad con carácter objetivo, que las personas jurídicas asumen sus propios riesgos al escoger a determinada persona como su representante legal. Además hace diferencia



entre autoría y responsabilidad: si bien la autoría no es de la persona jurídica, la responsabilidad si lo es.

Teoría del Riesgo creado:

Esta teoría alemana según la cual si la persona jurídica se beneficia por las gestiones del representante legal deben asumir todos los daños ocasionados por la gestión.

Ahora en el Derecho peruano: Se habla de responsabilidad Vicaria (que tenga a otro bajo sus órdenes y que el daño se produzca en el ejercicio de su cumplimiento) responde la persona jurídica porque sin ser autor directo responde objetivamente por el daño. Ambos tanto representante y persona jurídica tienen relación de dependencia.

En el derecho romano: Quien se beneficia de una actividad responde por los daños que causa.

En nuestro ordenamiento jurídico el artículo 571 del código civil dice:

**Art. 571 CC.-** *Los actos del representante de la corporación, en cuanto no excedan de los límites del ministerio que se le ha confiado, son actos de la corporación. En cuanto excedan de estos límites, sólo obligan personalmente al representante.*

En conclusión, esta parte de la doctrina plantea que las personas jurídicas si son responsables de daño moral, toda vez, que estas teorías consideran que las personas jurídicas en realidad existen, que son una realidad viva, que expresan su voluntad, su querer a través de sus órganos, estableciendo que “los actos realizados por los representantes se miran como ejecutados por las personas jurídicas mismas” en nuestro caso cuando no “excedan de los límites”. Considerando de esta manera que si se encuentran, constituidas, conformadas, como manda la ley entonces sí existen, tienen capacidad y voluntad que se encuentra expresada a través de sus órganos, y por lo tanto se les otorga personalidad jurídica convirtiéndose de esta forma en sujetos capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Además, si las personas jurídicas son responsables en el ámbito penal como lo determina el código orgánico integral penal es lógico que también lo sean en



el ámbito civil, sobre todo si se le otorga la capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones.

#### **4.2.- Perspectivas vertidas.- Las personas jurídicas no son causantes de daño moral**

Estas teorías niegan la personalidad jurídica de las personas jurídicas, por lo tanto su capacidad y como consecuencia de aquello no podrían causar daño moral, y por ello estas teorías dicen que las personas jurídicas son entes ficticios creados por las personas físicas, y son seres incapaces, y que en suma son creados por voluntad de sus socios, que buscan fines de lucro, una ganancia o utilidad.

Teoría de la ficción:

Esta teoría considera a la persona jurídica como una ficción, Savigny, Puchta, Laurent, Esmein sostienen: “Sólo son personas, los seres dotados de una voluntad; la persona jurídica o persona moral, es sólo una creación del Derecho, por medio de la cual se finge la existencia de una persona allí donde no existe, afín de hacerlas capaces de tener un patrimonio y de ser sujetos de derechos y obligaciones”. Los bienes no pertenecen sino a una persona ficticia, es decir, no pertenecen a nadie (Benítez, 2015).

Savigny, sostiene que las únicas personas que realmente existen son las personas físicas (porque Savigny considera que el derecho subjetivo era un poder atribuido a una voluntad; por tanto, sólo las personas humanas podían ser personas, ya que sólo ellas estaban dotadas de voluntad) (Benítez, 2015).

Solo las personas físicas tienen voluntad y de acuerdo con lo manifestado por Savigny “las personas jurídicas carecen de aquello” toda vez que son ficciones creadas por el legislador, a los cuales se les otorga capacidad para adquirir derechos o contraer obligaciones, por razones de interés práctico, social y económico” (Benítez, 2015).

Sin embargo la doctrina tradicional es superficial y no ahonda la investigación de la realidad que se esconde detrás de la persona jurídica; la tarea del jurista consiste en desentrañar la realidad (Velasquez, 2013).



De tal manera que para la teoría de la ficción legal, el que debería responder sería el que cometió el hecho ilícito (persona física).

Teoría de la desestimación de la personalidad jurídica:

Desde otro punto de vista tenemos la llamada desestimación de la personalidad jurídica, Esta doctrina ha sido una creación jurisprudencial de los tribunales de equidad en EEUU. A su vez esta doctrina es aplicada en Colombia, la misma que trata de excluir a la persona jurídica para que respondan los socios, o el beneficiario cuando el socio este abusando del derecho, amparándose en una persona jurídica para causar fraude a la ley o perjuicio a un tercero, de esta manera Colombia tiene algunas leyes que permiten utilizar esta figura por ejemplo:

En la Ley 222 de 1995: *El Artículo 71.*

*Establece dentro de la regulación de la empresa unipersonal, que cuando esta sea utilizada para defraudar la ley o perjudicar a terceros, el titular de las cuotas sociales y los administradores que hubieran participado o permitido dicho fraude responden solidariamente por dichos actos y los perjuicios que hayan ocasionado (Herrera, 2011).-*

*Ley 190 de 1995:*

*por medio de la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública; la cual establece en su artículo 44 que los jueces pueden levantar el velo corporativo de las personas jurídicas para determinar quién es el verdadero beneficiario de las actuaciones realizadas por ella. Es de anotar que esta norma no circunscribe el levantamiento del velo corporativo a las sociedades, sino que deja abierta la posibilidad de aplicarla a cualquier persona jurídica con el fin de verificar quien es el verdadero beneficiario de las actividades que ella realice (Herrera, 2011).-*

Sin embargo a pesar del avance legal de Colombia en lo referente al tema, todavía existe un vacío jurisprudencial referente así las personas jurídicas son o no causantes de daño moral.

Teoría negativa de la persona moral:



Esta teoría sostenida por Planiol, afirma que la persona moral respecto a la personalidad jurídica, es una propiedad colectiva; una comunidad de bienes con un administrador único.

Para algunos como Brinz, Becker, las personas jurídicas no son otra cosa que patrimonios afectados al cumplimiento de ciertos fines. Ihering, por su parte, pensaba que los verdaderos sujetos de derechos de una persona jurídica son sus miembros, puesto que ellos son los beneficiarios y destinatarios de la utilidad que el patrimonio puede rendir. La persona jurídica sería un sujeto aparente que oculta a los verdaderos (Velasquez, 2013).

Becker niega la responsabilidad de las personas jurídicas, razón esta, porque las personas jurídicas no existen, y siendo así no podrían responder.

Teoría de Vareilles Somniers:

Sostiene que la persona moral o persona jurídica colectiva es el efecto de un contrato o de una declaración unilateral de la voluntad, según se trate de asociaciones o sociedades de fundaciones respectivamente (Velasquez, 2013).

Tesis de la función social de la propiedad:

León Duguit dice que el ser humano no es un sujeto de derechos sino solo es titular de deberes. La sociedad le impone al ser humano una conducta que observar para conservar la paz y convivencia con sus congéneres. Entonces si el ser humano es una persona que no tiene derechos, peor este ente colectivo que es ideal.

Planiol dice que existen dos formas de propiedad, que solo hay dos formas de dominio sobre los bienes. Existe un patrimonio individual destinado a satisfacer las necesidades individuales y por otra parte existe un conjunto de bienes que no pertenece a uno sino a varios. Lo que existe en realidad es una forma de copropiedad. Pluralidad de titulares y obviamente cada titular obtiene beneficio: el porcentaje. En forma engañosa sin observar la profundidad de la realidad concreta han querido darle personalidad a algo que no existe, han confundido los términos. Por eso es que tenemos que acabar con esa ficción de reconocerle personalidad a algo que realmente no existe. Lo que existe son



dos formas de propiedades claramente definidas, una propiedad individual y una propiedad colectiva y nada más (Machicado, 2013).

Esta teoría busca mantener a los seres humanos como titulares de derecho, evitando así reconocer la existencia de persona jurídica, es decir, existen dos clases de personas; unas que están relacionadas con la propiedad individual y otra con la propiedad colectiva.

#### Teoría Del Patrimonio de Destino:

Windscheid dice que una persona colectiva no es una creación absurda, sino una creación útil del legislador. ¿Porque? Porque el ser humano no puede alcanzar determinado fin solo. Determinados fines trascienden su capacidad física, intelectual y económica, es por eso que se asocia entre ellos y afecta parte de su patrimonio a una persona colectiva. Una persona colectiva le es útil al ser humano para obtener beneficios económicos, aunque sea solo "ficto" (Machicado, 2013).

Para estas teorías la persona jurídica jamás podría responder por ningún ilícito, razón esta, porque carece de voluntad propia y de capacidad de obrar, de tal manera que para estas teorías esto se vuelve imposible. Sobre todo bajo la expresión de Becker quien sostiene que al no existir la persona jurídica es imposible que esta pueda tener responsabilidad civil. Lo mismo ocurre al no concederle la calidad persona jurídica sino como propiedad individual y propiedad colectiva, y, sí la persona jurídica existirá, esta sería creada para un fin determinado, y que todo lo ajeno a aquel fin sería inimputable o ajeno a aquella persona jurídica.

Considerando lo que manifiesta León Duguit cuando dice *"el ser humano no es un sujeto de derechos sino solo es titular de deberes, y por lo tanto, sí ni el ser humano es sujeto de derechos peor la persona jurídica"* entonces a criterio de Duguit se vuelve imposible que la persona jurídica tenga capacidad.

Algo cuestionable a esas teorías es el propio hecho que se le reconoce la responsabilidad contractual, por acciones u omisiones de carácter doloso o culposo, cuando estas provoquen el enriquecimiento del representante de aquella persona jurídica.



### **4.3.- Perspectivas referentes.- Las personas jurídicas son víctimas de daño moral**

Esta corriente considera que las personas jurídicas son víctimas de daño moral, y consecuentemente podrían ejercer acción para reclamar tal daño, dentro de esta teoría se habla de una concepción objetiva, es decir las personas jurídicas si son titulares del derecho de personalidad.

Los defensores de esta teoría consideran que el sentido de daño moral, no solo implica afección a los sentimientos o producir dolor, sino que el daño moral también comprende una afección a un interés sin causar daño patrimonial, una afección al buen nombre, al prestigio profesional que tenga aquella persona.

El derecho de honor en su sentido amplio, sostenido por el tribunal supremo de España en su sentencia del 4 de junio de 1962 en cuanto sostiene que “el artículo 1902 del Código Civil comprende como indemnizables los daños inferidos por lesiones al honor de una persona en toda la gama en que pueda ser estimado y la STS de 7 de febrero de 1962, que incluye todas las manifestaciones del sentimiento de estimación de una persona, honor civil, comercial, científico, literario, (Casado, 2015)

Es decir, ellos consideran que las personas jurídicas si tienen derecho al honor comprendido aquello como el derecho al buen nombre, a la buena reputación. Cabe indicar que el daño al buen nombre podría producir a consecuencia de aquellos daños patrimoniales, entonces la acción por daño moral podría ser ejercida a título de reparación de aquel menoscabo.

Este criterio ha sido sostenido por algunas sentencias de tribunal supremo de España en sentencias tales como STS de 31 de marzo de 1930, en la cual se resuelve la reparación por daño moral causado a la persona jurídica al presentar varios anuncios en los periódicos bilbaínos apoyándose en el valor moral y material que representa el crédito y la buena fama para los comerciantes. (Tecnos, 1990)

Cabe al menos señalar que el Tribunal Constitucional ha reconocido el derecho al honor a una sociedad mercantil a través de su sentencia STC 26.9.1995 (RTC 1995, 139, MP: Jiménez de Parga) señalando que una persona jurídica es titular de este derecho en su faceta objetiva, en cuanto a su reputación, pero no en su faceta subjetiva (como sentimiento de la propia estimación).



## STC 139/1995

*El derecho al honor, si bien no es estrictamente necesario para el cumplimiento de los fines de la persona jurídica, no obstante protege su existencia y su identidad como ente (si una fundación pierde reputación no recibirá donaciones, por ejemplo) (con mayor amplitud FERRER RIBA [1996], pp. 149-157). El criterio de los fines debe subordinarse al de la naturaleza, de manera que para el TC la persona jurídica ostenta la titularidad del derecho al honor en su faceta objetiva en cuanto fama, reputación, pero no en su faceta subjetiva en cuanto autoestima (es imposible que tenga sentimiento de la propia dignidad al carecer de capacidad de sufrimiento) (Gutián, 2006).*

Blanca Casado, sostiene que las personas jurídicas son víctimas de daño moral, y que por lo tanto tienen derecho a ser indemnizados por este daño, sostiene que el pensar en un concepto de daño moral únicamente referente a los sentimientos, dolor, no tiene asidero o sustento, hoy en día se debe comprender dentro de este concepto el derecho al buen nombre, buena reputación, al prestigio y fama.

Eduardo Zannoni considera que las personas jurídicas son víctimas de daño moral, toda vez que estas tienen el derecho al buen nombre, a la buena reputación, a la fama, y una consideración social, entonces estas también tienen derecho a demandar reparación por daño moral, sostiene además que si bien el buen nombre, la probidad, la reputación están al servicio de sus fines, no siempre van a ser patrimoniales (Brito M. , El daño moral y los criterios para la determinación de su indemnización, 2013).

La doctrina y la legislación argentina en cambio hace una diferenciación entre daño moral objetivo y subjetivo, estableciendo que el primero comprende la consideración social que se tiene. En cambio la segunda comprende todo el aspecto de sufrimientos, dolor, llanto, padecimientos. Los primeros afectan al buen nombre, a la reputación de la persona en tanto que los segundos pueden ser las heridas, ofensas. Es por eso que cierta corriente niega la reparación de los sufrimientos, dolores, al carecer de aquellos la persona jurídica. (Gobetti, 2015).

De tal manera que en Argentina queda abierta la posibilidad que se pueda indemnizar o resarcir el daño moral afectivo pero también la lesión al buen nombre o a la buena reputación.



La jurisprudencia peruana, se ha inclinado en el sentido que solo las personas naturales pueden sufrir daño moral, sin embargo hoy con el fallo emitido por la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lima emitido el 21 de enero de 1999, recaído sobre el Expediente N° 3132-98, referente a un incumplimiento de contrato por parte del constructor de la obra qué; ha causado daños a la parte actora de proceso en razón de que la empresa debió culminar la obra, además del desprestigio, descredito que se le causo a la empresa ante la empresa contratante. La Corte considero que a más del monto que debieron pagar los demandados por el incumplimiento de aquella obra, también debían pagar otro monto, por el desprestigio y descredito causado a la compañía demandante, en este sentido la Corte peruana está en miras a entender que las personas jurídicas también son víctimas de daño moral.

Henri y Léon Mazeaud y André Tunc, consideran que una agrupación, al igual que una persona física, posee un patrimonio extra pecuniario que puede ser lesionado. En consecuencia, esta entidad “es capaz de sufrir un perjuicio moral, con exclusión tan sólo de una ofensa a los sentimientos afectivos. Si una persona moral no tiene corazón, posee un honor y una consideración. Si éstos reciben un ultraje, la agrupación sufre un perjuicio moral” (González, 2015).

A su vez, René Savatier en posición que comparten Díez-Picazo y Gullón-estima que “todas las personas morales poseen de una parte, un patrimonio, y de otra parte derechos morales propios de su naturaleza. Los atentados contra cualquiera de ellos justifican una acción de indemnización”. En la misma línea de argumentación, señala que las sociedades y las asociaciones pueden obtener reparación del daño infringido a los derechos morales que éstas poseen por su calidad de tal, como por ejemplo su nombre, su reputación y su honor. A título de ejemplo, el autor cita a las asociaciones profesionales, los sindicatos, el Estado, las asociaciones de pesca y de caza, y en general a toda persona moral (González, 2015).

En igual sentido, Henri Lalou, destacado jurista francés, afirma que un daño se infringe necesariamente a un derecho, respecto del cual señala que así como pueden existir derechos patrimoniales, también existen derechos extrapatrimoniales, como los derechos políticos y los derechos inherentes a la personalidad (derecho a la vida, honor, libertad de opinión, etc.). Esta gran división de derechos determina la distinción entre el daño patrimonial y el daño moral, entendido este último como el atentado a los derechos extrapatrimoniales (González, 2015).

Por su parte, Roberto Brebbia, distinguido profesor argentino, siguiendo a la doctrina francesa señala que “las personas morales pueden constituirse en sujetos pasivos de un agravio extrapatrimonial siempre que el ataque que origine el daño sea dirigido contra bienes o presupuestos personales de las



mismas, de acuerdo a la particular naturaleza del ente colectivo que sirve de sustrato a su personalidad” (González, 2015).

Dentro de la legislación comparada, el Código Civil Ruso de 1964 admite de manera expresa, en su artículo 7°, la posibilidad de que una asociación pueda accionar en defensa de su honor y de su dignidad (González, 2015).

Así lo entiende Savatier, quien señala que “es posible sancionar todo atentado ilícito contra el honor y la reputación de la víctima... éstos pueden deberse al perjuicio causado por una injuria o difamación, a las informaciones imprecisas proporcionadas de manera maliciosa, al abuso de la libertad de prensa de un periodista, o a un comentario adverso no justificado (González, 2015).

Esta forma de daño moral ha sido consagrada legislativamente por el artículo 11° del TUO del Decreto Ley 26122 (Ley sobre Represión de la Competencia Desleal), el cual considera actos de denigración, la propagación de noticias o difusión de información sobre la actividad, producto o establecimiento de un tercero, cuando esta información pueda menoscabar el crédito de la empresa en el mercado (González, 2015).

Por otro lado, es pertinente incluir dentro de esta categoría de derechos extrapatrimoniales, el derecho de las personas jurídicas a que se respete su imagen, entendida como la reputación, línea de comportamiento o prestigio que tiene en el mercado. En este sentido, la Corte de Casación Francesa es explícita en señalar que el logotipo, símbolo, emblema, sigla o distintivo de la empresa son susceptibles de ser agraviados cuando éstos sean publicitados o empleados sin la autorización de su titular o en sentido distinto al autorizado (González, 2015).

Sobre este aspecto, el artículo 19° de la Ley sobre Represión a la Competencia Desleal prohíbe la fabricación, importación y venta de productos que constituyan copia o reproducción no autorizada de bienes de terceros protegidos por la legislación de Propiedad Industrial o de Derechos de Autor (González, 2015).

Citemos algunos derechos inherentes a la persona jurídica, los cuales constan en el artículo diseñado por el doctor Alfonso Rebaza González, quien hace algunas consideraciones de manera detallada (González, 2015).

#### 1.-Derecho al nombre y a la identidad.

Savatier también considera que se debe proteger el nombre de las personas jurídicas, estableciendo la responsabilidad de quienes lo usurpan o lo emplean de manera indebida. Asimismo, dicho autor señala que si bien el



nombre ha llegado a detentar la calidad de un bien patrimonial de la persona jurídica, ello no es óbice para que su agravio pueda ser considerado como un atentado contra los derechos extrapatrimoniales que de él derivan (prestigio, fama, confianza en el consumidor).

En este sentido se pronuncian Ripert y Boulanger, quienes afirman que el nombre es atribuido a la persona por el acto creador. Además, esta atribución cumple con la exigencia de dar a publicidad la creación de una nueva persona jurídica para revelar su existencia a terceros. Esto implica que el nombre de las personas jurídicas debe estar protegido en la misma medida que el de las personas físicas, puesto que para las sociedades comerciales constituye un elemento del fondo de comercio.

Este derecho ha sido consagrado legislativamente por los artículos 13° y 14° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, los que prohíben la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un tercero, así como el aprovechamiento indebido de la reputación comercial, industrial o profesional adquirida por un tercero. Dichas normas prescriben, por tanto, que se reputa desleal el empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el uso de etiquetas, envases, recipientes y otros medios de identificación que en el mercado se asocian a un tercero (González, 2015)..

## 2.-Derecho a la privacidad.

Este derecho protege el círculo interno de la vida de las personas. Aun cuando las personas jurídicas no tengan una esfera de privacidad tan amplia como las personas individuales, esto no impide que puedan desarrollar actividades de carácter reservado inherentes a su fuero interno, las cuales deben quedar exentas de intrusiones de terceros.

Entre los aspectos que deben protegerse tenemos el derecho al secreto e inviolabilidad de la correspondencia y de los documentos de carácter confidencial o privado, el derecho al secreto profesional, el derecho a que no se divulgue información que es manejada dentro de la empresa con carácter de reservado, el derecho a que las demás empresas no se entrometan en la vida privada de sus similares, etc.

En tal virtud, puede afirmarse que las personas jurídicas deben ser tuteladas en su vida privada de modo que la correspondencia, las deliberaciones y decisiones adoptadas por los órganos directivos de la empresa, así como algunas relaciones con personas jurídicas o con seres humanos, queden protegidas. Todo ello, a tenor de las técnicas de espionaje industrial que podrían afectar gravemente el prestigio de las empresas, razón por la cual “resulta insuficiente concebir la intimidad como un derecho garantista (status negativo) de defensa frente a cualquier invasión indebida de



la esfera privada, sin contemplarla, al propio tiempo, como un derecho activo de control (status positivo) sobre el flujo de informaciones que afectan a cada sujeto”.

En Perú, el artículo 15° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal establece; el deber de no divulgar las informaciones, ni las ideas de propiedad de un tercero, así como la reserva cuando se haya tenido acceso legítimo a la privacidad de la empresa (González, 2015).

### 3.-Derecho moral del autor sobre su obra.

Existe consenso en que la persona jurídica puede ser titular de una obra científica (marcas, patentes, know-how, etc.), literaria o artística. Así lo admite expresamente el Decreto Legislativo N° 823 (Ley de Propiedad Industrial), el cual establece los lineamientos generales que deberán respetarse en el uso y disfrute de estos derechos. En esos supuestos, “la persona jurídica conserva el derecho moral del autor sobre su obra, que consiste en el derecho a exigir la fidelidad de su texto y de su título, en las impresiones, copias y reproducciones, como asimismo la mención de su nombre o seudónimo como autor”. La violación de estos derechos de carácter extrapatrimonial, importará el resarcimiento del daño moral sufrido por la víctima.

En este mismo línea se pronuncia la Corte de Casación Francesa, la cual consagra el derecho al respeto de la obra como derecho moral de las personas jurídicas, reprimiéndose toda alteración o modificación que pueda ocasionarse en la reproducción de la obra del autor, por mínima que fuera su importancia.

Roberto Brebbia, por su parte, considera que el derecho moral del autor consiste en que se le reconozca como creador de la obra con las atribuciones de que ésta permanezca inédita, y que se la pueda publicar bajo nombre propio o seudónimo. Asimismo, se reconoce el derecho a continuar y terminar la obra y, finalmente, el derecho a que se mantenga su integridad, su título y a impedir la publicación o reproducción imperfecta de la misma (González, 2015)

Al respecto existe jurisprudencia de Costa Rica que defiende este criterio o posición en sentencia de la primera Sala de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se manifiesta que el daño debe ser entendido de manera global, en sus diferentes manifestaciones, y, pone un ejemplo del desprestigio de una marca en el pensamiento del consumidor.

*Que “VI.-... El artículo 41 constitucional no distingue en cuanto a personas – físicas o jurídicas- como posibles víctimas de daños, en cualquiera de sus diferentes calificaciones. Esto supone que, aun cuando no es pacífico en la doctrina, desde la perspectiva constitucional*

*es plausible que personas jurídicas puedan verse afectadas por padecimientos de orden moral, -sin que sea necesario, para el sub-lite, deslindar si ello ocurre sólo en supuestos de responsabilidad contractual, extracontractual, o en ambos-, claro está, aun cuando esos no necesariamente guardan consonancia con ciertas afectaciones extrapatrimoniales de las personas físicas. Así, el sufrimiento, el estrés, la angustia, o la depresión, entre otros, sólo pueden experimentarlos estas últimas, pero ello no mengua que ciertas afectaciones a personas otrora denominadas morales, que no califican ni como daño emergente, ni lucro cesante, puedan llegar a tener cabida bajo el cariz del daño moral. Puede pensarse, verbigracia, en el desprestigio de una marca en la percepción del consumidor, que sea imputable a un sujeto distinto a su titular. Sin embargo, la indemnización prevista por el legislador en la ley de comentario, cubre las diferentes modalidades de daños que puedan aquejar a los representantes, distribuidores y fabricantes nacionales y no se cuenta con permiso legal para Conceder sumas adicionales, porque –se reitera- el canon 2 habla de indemnización. Esto supone que han de entenderse incluidos los daños -en sus diversas manifestaciones- y perjuicios causados, ergo, nociones tales como daño emergente, lucro cesante, daño patrimonial y daño moral, en sus dos vertientes, son los componentes de esa “indemnización” plenaria y global, no particular a un tipo de menoscabo (Poder Judicial , 2000-2008).*

Si nosotros tomamos todas estas consideraciones y sumamos al criterio que mantiene el Tribunal Supremo de España al considerar que las personas jurídicas si tienen derecho al honor, en el sentido que se afecta a su buen nombre, prestigio, crédito, reputación, imagen, entonces es posible que las personas jurídicas demanden indemnización por daño moral, teniendo en cuenta que no siempre la reputación, el buen nombre buscan fines patrimoniales. Por otra parte según consideraciones de autores como Zannoni y Rebaza, quienes consideran que las personas jurídicas son víctimas de daño moral cuando se afecte su derecho al buen nombre y a la identidad, a la privacidad, al derecho moral de las obras realizadas por estas personas. Dicho criterio es confirmado por la Corte de Casación Francesa.

Cabe al menos mentar que Moisset Luis, autor argentino; considera que las personas jurídicas son víctimas de daño moral, toda vez que si bien ellas no tiene sentimientos, no pueden sufrir dolor, también es cierto que existen otros derechos de índole no económico, de carácter netamente objetivo, que forman parte del patrimonio moral como el nombre, intimidad, honra, y que son dignos de protección, y por lo tanto ameritaría una reparación (Moisset, 1985).

#### **4.4.- Apreciaciones referentes.- Las personas jurídicas no son víctimas de daño moral**



La corriente negativa, es decir la que considera que las personas jurídicas no son víctimas de daño moral consideran que el daño moral, es un afecto a los sentimientos, causante de sufrimiento, de dolor, viene a ser un concepto subjetivo.

Esta corriente sostiene que las personas jurídicas, en sí, no pueden sufrir lesiones, no son titulares del derecho al honor, en razón de que no tienen dimensión psicológica.

Parte de esta doctrina principalmente representada por Rodríguez Guitian, defiende el criterio antes mentado, concluyendo que las personas jurídicas no pueden sufrir ofensas y a consecuencia de aquello no pueden sufrir daño moral. (Guitian, 1996)

El Tribunal Supremo de España defiende este criterio en su sentencia de la Sala 2ª de lo penal que consideran que una persona jurídica no puede sufrir daños morales, entre otras, STS de 22 de mayo de 2000 y STS de 11 de septiembre de 2001.

El Tribunal Primero de España en sentencia, considera que el concepto de daño moral sólo es predicable en una persona física; segundo, una persona jurídica no goza de la titularidad de derechos o bienes de carácter inmaterial como es el honor; tercero, una persona jurídica únicamente puede experimentar daños materiales, y, de esta manera el Tribunal termina negando la indemnización por daño moral. (Guitián, 2006)

Rodríguez Alma citando la sentencia STS, 2ª, 29.6.1987 del tribunal supremo de España, sostiene:

*STS, 2ª, 29.6.1987 (Ar. 5018, MP: Vivas Marzal) señala este apunte histórico: "en España, los Códigos Penales del siglo XIX no se refieren al daño a los perjuicios morales, el Código Penal de 1928 en su art. 75, prescribe que, en los delitos contra el honor -calumnia, injurias y difamación-, se tendrá muy especialmente en cuenta, para la valoración del daño, el que represente el desprestigio y sufrimiento moral en sí mismo aunque no repercuta en el patrimonio del ofendido; en el Código de 1932, en la reparación del daño, se ha de tener en cuenta el valor de afección para el agraviado, lo que supone un hito importante en el reconocimiento del resarcimiento del daño moral, y, finalmente en el artículo 104 Código Penal 1944, de modo explícito, se reconoce el*



*derecho a la indemnización de los perjuicios materiales y morales causados al ofendido o a su familia.*

La autora antes mentada, considera que los daños morales solo son aplicables a las personas naturales, esto es, a los seres humanos, ya que la expresión **agravio, familiar, y tercero** solo puede ser aplicable al ser humano porque solo él tiene una dimensión espiritual, dice además que quizá el tema de los daños morales quepa cuando las personas jurídicas sean privadas de la actividad no patrimonial para la cual fue creada, y que solo este sería el caso de excepción, pero además manifiesta que el tema de que si las personas jurídicas son o no susceptibles de reparación por daño moral no es un tema de fondo y que deberían ser los jueces y tribunales los que en realidad determinen si hay daño o no .

Por otro lado esta corriente dice “si las personas jurídicas fueran víctimas de daño moral” ¿cómo se debería cuantificar el derecho a la fama, a la buena reputación, al buen nombre?, y concluyen señalando que se debería buscar un nuevo concepto de daño moral propio de las personas jurídicas, una tarea compleja para los jueces y tribunales.

Gómez Pomar por su parte considera que las personas jurídicas no pueden ser víctimas de daño moral toda vez que; “una pérdida de reputación en una empresa no puede generarle más que aumento de costes o pérdida de ingresos en el futuro, y estos perjuicios son compensables por dinero”.

En argentina existen varias ponencias que niegan la posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser víctimas de daño moral, entre las que se cuentan la firmada por Zavala de González, Chiappero, Sandoval y Pizarro, como miembros del Colegio de Abogados de Córdoba (punto 19-a), y la de Félix A. Trigo Represas, quien da como fundamento que las personas jurídicas "carecen de subjetividad y mal pueden, por lo tanto, ser alcanzadas en sus sentimientos, (seguridad personal), etc." Orgaz, en su obra "El daño resarcible", considera que no existe daño moral cuando son afectados algunos atributos de la personalidad compatibles con la naturaleza de la persona jurídica y señala “sí estos entes ideales carecen de "sentimientos", mal podrían sufrir daño moral”.

Morello y Gabriel Stiglitz, consideran la imposibilidad de un daño moral "colectivo", y la forma en que debería resarcirse, se afirma que no puede aceptarse que el daño moral sea sufrido "por una persona de existencia ideal, toda vez, que no parece lógico que tales entidades soporten lesión en sus sentimientos", agregando que "de existir los aludidos perjuicios sólo traduciríanse en consecuencias económicas, en tanto que perjudiciales, no



dejarían de constituir un daño con repercusión patrimonial". Para los mencionados juristas platenses el daño moral solamente lo experimenta "la persona física en cuanto ve menoscabadas sus afecciones legítimas, tranquilidad anímica o sentimientos a consecuencia de una acción u omisión ilícita dañosa", aunque admiten que estos daños afecten la moral de "un grupo humano", es decir de "una entidad cualitativa intermedia entre la persona física y la jurídica".

En el derecho colombiano no se determina con claridad si las personas jurídicas son o no víctimas de daño moral, pues en general se sostiene que la reparación debe ser proporcionada al sufrimiento causado, al menoscabo, al dolor, y esto solo se considera al ser humano. Incluso la Corte Constitucional confirma este criterio al manifestar que los seres humanos merecen reparación por daño moral en su sentencia T-169/13.

En Costa Rica, en principio se considera que solamente las personas naturales, físicas, los seres humanos tienen derecho a la reparación por daño moral, remitiendo únicamente a manifestar que las personas jurídicas no pueden sufrir lesiones en el honor, en los sentimientos, no sufren dolor, y que por ello únicamente las personas naturales pueden demandar tal reparación. Esta posición hoy en día se va eliminando toda vez que existe una primera sentencia de la Corte Constitucional de Costa Rica en la que se acepta que una persona jurídica puede ser víctima de daño moral, cuando por ejemplo se causa un perjuicio en el desprestigio de una marca en el pensamiento del consumidor y esto puede perturbar su objeto social o económico, además la Corte Constitucional de Costa Rica manifiesta que ambas clases de personas son titulares de derecho y de obligaciones, y por lo tanto ambas ameritan un resarcimiento por este daño. Sin embargo el criterio mayoritario es que las personas jurídicas no sufren daño moral.

Existe jurisprudencia Costarricense que defiende este criterio en sentencia de la primera sala de la Corte Suprema de Justicia:

*“...una persona jurídica –como lo es la denunciante-, por su naturaleza, no puede reclamarlo. Se trata de entes creados por el ser humano sin capacidad para sentir emociones. Solo pueden reclamar, si es el caso, la reparación del daño moral objetivo, tal y como se infiere no solo del voto número 1026 de las 10 horas 54 minutos del 18 de febrero de 1994 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, citado por el Tribunal, sino también del precedente de este órgano jurisdiccional antes transcrito [Sentencia número 151 de las 15 horas 20 minutos del 14 de febrero del 2001]. Para su procedencia, según se indicó, quien lo alega debe demostrarlo.” (Poder Judicial, 2000-2008)*



De tal manera que en Costa Rica las personas jurídicas únicamente pueden demandar daño moral, cuando se dé un daño moral objetivo, es decir, se lesiona un derecho extrapatrimonial con repercusión en el patrimonio.

En Chile existe una fuerte polémica para tratar de establecer si las personas jurídicas son o no susceptibles de reparación de daño moral, toda vez, que se ha establecido dos posiciones en la doctrina:

1.- La primera considera que las personas jurídicas no tienen derecho al honor, toda vez que este es un atributo propio de las personas físicas, naturales, o seres humanos.

2.- la segunda posición considera que las personas jurídicas si son titulares del derecho al honor, sobre todo cuando se ataca a su buena reputación, y que el derecho al honor no solo debe verse desde un punto de vista subjetivo sino también objetivo, en general, consideran que las personas jurídicas lo que van hacer es proteger el derecho de sus socios generándose un problema ya que una vez constituida pasa a ser una personas jurídica independiente y si se afectara al honor de los socios deberían ser ellos quienes ejerzan la acción por sus propios derechos y mas no la persona jurídica.

3.- Un tercer criterio busca garantizar el derecho a la asociación, y por ello es razón suficiente para dotar a la persona jurídica del derecho a reclamar daño moral.

Sin embargo existen fallos de los tribunales de Chile, en los cuales se niega que las personas jurídicas sean titulares de derecho al honor y consecuentemente se niega el resarcimiento por daño moral a las personas jurídicas. En el ámbito de Corte de Apelaciones, se pueden citar entre otras: la SCA de Concepción de 31 de agosto de 2005, rol 1.744-2005; la SCA de La Serena de 30 de octubre de 2007, rol 935-2007; la SCA de Concepción de 27 de noviembre de 2009 (Páez, 2011).

Observamos entonces que a criterio de esta corriente las personas jurídicas no pueden demandar daño moral, toda vez que no existe la titularidad del derecho al honor, y a consecuencia de aquello mal podrían sufrir ofensas, dolor, y ser afectados en sus emociones, sentimientos. Quizá como una excepción tengamos la contemplada en el derecho costarricense “Cuando se *genera el desprestigio de una marca, en el pensamiento del consumidor, generando una afcción al objeto social o económico*”.



## 4.5.- Análisis y comentario de fallos ecuatorianos y fallos extranjeros

### 4.5.1.- Análisis y comentario de Fallos Ecuatorianos

#### **Caso Ecuatoriano Referente A Daño Moral Causado Al Señor Rafael Correa Delgado Por Parte De Banco Pichincha C.A**

**Resolución numero: 242-2010- juicio numero: 946-2009 –SR.**

#### Antecedentes:

Banco Pichincha C.A, compro una cartera de activos y pasivos a Filanbanco convirtiéndose de esta manera en el acreedor, cartera en la cual constaba como deudor el señor Rafael Correa Delgado, antes de la compra Filanbanco en liquidación ya había iniciado una demanda al señor Rafael Correa para el cobro de la cantidad de \$ 164,00 dólares por consumo de la tarjeta VISA PREVISORA, además el nombre del Sr. Rafael Correa ya se encontraba en la central de riesgos. Un día el señor Rafael Correa acudió a un Banco a adquirir una tarjeta y se entera de todos estos particulares, entonces Rafael Correa solicita al Banco Pichincha la información correspondiente de dicha deuda, sin embargo jamás le facilitaron tal información.

Con todos estos antecedentes, el señor Rafael Correa contesta la demanda que se encontraba ante el Juez Tercero de lo Civil de Quito, y, a la vez pide día y hora para que se lleve a cabo la audiencia de conciliación, audiencia que en efecto se llevó acabo sin que comparezca la parte actora en este caso “Banco Pichincha C.A”, quien tampoco presentó pruebas que acrediten tal deuda, entonces Rafael Correa en razón de que el Juez Tercero de lo Civil de Quito no resolvió pronto el caso, solicito recusación la misma que fue concedida pasando a sentenciar el señor Juez Sexto de lo Civil de Quito, toda vez que en sentencia declara como inexistente la deuda.

Rafael Correa a más de solicitar la información, inspección judicial al Banco Pichincha, también solicito a la Superintendencia de Bancos que oficie al Banco Pichincha para que presente fundamento de la deuda, cosa que jamás aconteció y en su respuesta le manifestaron que el Banco Pichincha no tenía por qué presentar documentos de sustento de la deuda, porque este solo había adquirido la cartera y quien debía hacerlo era Filanbanco.

#### Demanda de daño moral.



Rafael Correa al estar declarada la deuda como inexistente en sentencia firme y ejecutoriada, y al no tener fundamento legal alguna dicha deuda, y, en consideración de que su nombre se encontraba en la central de riesgos y la publicación efectuada por el secretario privado de la presidencia “ *hoy vence el plazo para funcionarios morosos*” manifiesta que se le ha causado daño moral porque se ha menoscabado, lesionado, su honra, su reputación y buen nombre, y que además se le impidió acceder a créditos en las instituciones financieras, teniendo que pagar incluso esa deuda inexistente para poder acceder a créditos. El señor Juez de primer nivel acepta a trámite la demanda, con sustento y fundamento en lo que establece las normas referentes al daño moral principalmente lo contenido en el artículo 2232 y 2233 del código civil, el juez considera que en realidad se causó daño moral, además de las pruebas actuadas por el señor Rafael Correa, esto es; copia certificada de la sentencia que declara como inexistente la deuda, copia de encontrarse en la central de riesgos por más de 50 meses, y los oficios enviados al Banco Pichincha para que presente documentos que sustenten dicha deuda, entonces todo aquello demuestra que en realidad existe daño moral, y que la angustia que se le causó por estar en la central de riesgos es evidente y que por esta razón el señor Rafael Correa tuvo que estar recurriendo cada vez a que se presente justificativo de la deuda, es de indicar que el señor Rafael Correa manifestó que estos hechos le causaron daño cuando él era Ministro de Finanzas. Por su parte Banco Pichincha dijo que jamás le causó daño moral al señor Correa y reflejo de esto, es que fue Ministro de Finanzas, además que por dos ocasiones fue elegido como Presidente de la República con altísima votación, desechando las excepciones, en sentencia se manda a pagar \$ 5.000.000 millones de dólares a petición de la parte actora del proceso.

#### Apelación:

En apelación con similares consideraciones, la segunda Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Pichincha manda a pagar la cantidad de \$ 300.000 mil dólares, pero con algunas diferencias por ejemplo para el cálculo de indemnización se tomó en cuenta la remuneración más alta de los funcionarios públicos dentro del Mandato constituyente 2 calculado por el tiempo que el Banco Pichincha mantuvo al Sr. Rafael Correa en la central de riesgos.

#### Casación:

La Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia casa la sentencia de la Corte Provincial antes metada y manda a pagar \$ 600.000 mil dólares, respecto a la excepción planteada por Banco Pichincha referente a la prescripción de la acción por daño moral, considera que no ha transcurrido los cuatro años que manda la ley, ya que se trata de un hecho continuado, es decir que el hecho imputado fue permanente al presentar la información periódica en la central de riesgos última que fue de fecha 30 de noviembre del 2005 y



como la demanda de daño moral se presentó en el mes de enero del 2007 no cabe la prescripción.

Consideraciones personales respecto al caso:

Es preciso señalar que nuestro tema de trabajo es referente a “las personas jurídicas como víctimas y causantes del daño moral según la legislación Ecuatoriana”, y por esta razón es necesario dejar establecido que en nuestros tribunales hoy en día existe una tendencia a establecer que las personas jurídicas si pueden causar daño moral como queda ya establecido en el caso analizado, lo que llama la atención es que en nuestro sistema, jueces y tribunales no citan un fundamento doctrinal o jurisprudencial exacto, preciso, en el cual se determine de que en realidad las personas jurídicas son causantes de daño moral, este vacío es frecuente en las sentencias ecuatorianas.

**Caso ecuatoriano Irina Alekseevna Xomchuk contra la empresa Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL**

**Juicio numero: 764-2012.**

El recurso de casación se plantea por parte de CONECEL S.A. debido a que la parte actora no está legitimada para demandar daño moral, y que el monto establecido por daño moral es exagerado, y que la Sala de la Corte Provincial no se pronunció respecto de las excepciones de la demandada, siendo estas causales principales para plantear el recurso de casación por parte de CONECEL S.A.

Quien afirma que la señora Irina Alekseevna Xomchuk no está legitimada para demandar daño moral en \$ 200,000 mil dólares, por el accidente de tránsito que sufrió su hijo mientras conducía una camioneta para laborar en la ciudad de Manta, luego de haber laborado más de ocho horas diarias y sin que se le dote de un chofer para la movilización, por lo que hay negligencia e imprudencia por parte de CONECEL S.A, toda vez, que el mismo se ocasiono por un accidente de trabajo, cuando laboraba para CONECEL en calidad de trabajador eventual ya que en realidad era empleado de SOLDEF, pero esto no interesa al Tribunal, respecto de la legitimación para demandar daño moral, la Sala considera que en atención a lo que establece el artículo 2233 del código civil ecuatoriano la señora está legitimada para demandar daño moral que se le causo por la pérdida de su hijo, generándose de esta manera angustia, depresión, padecimiento y que por esta razón debe ser indemnizada pero no por las consideraciones que hace la parte actora referente a que se le indemnice tomando en cuenta que por el daño causado perdió su trabajo, y que



se calcule por el sueldo que tenía la misma y otros particulares, sino que se debe cuantificar en atención a las reglas de la sana crítica.

La Sala de lo Civil de la Corte Nacional de Justicia entre sus consideraciones expresa lo siguiente; la empresa CONECEL S.A, es responsable de imprudencia, negligencia, por no haber dotado de un chofer al hijo de la hoy víctima del daño, que si bien era trabajador eventual fue CONECEL S.A, el beneficiario directo del trabajo efectuado por Antón Ruiz Xomchuk es CONECEL S.A. Además de las pruebas aportadas por la señora Alekseevna Xomchuk tales como; partida de nacimiento de su hijo, partida de defunción, partido de matrimonio de la señora Alekseevna Xomchuk, protocolo de autopsia, copia de la sentencia laboral en la que se determina que fue un accidente de trabajo.

Por estas consideraciones y otras la Sala determina que el monto a pagar como reparación de daño moral en la cantidad de \$ 20,000 dólares fijada por el Juez de primer nivel es correcta y por lo tanto casa la sentencia y se desecha el recurso de apelación por carecer de motivación la sentencia, limitándose únicamente a transcribir lo resuelto en fallo de primer nivel.

**Caso ecuatoriano.- por daño moral que sigue Freddy Martin Romero Romoleroux contra el Banco Centro Mundo S.A.**

#### **Nº 80-08 En el juicio ordinario No.- 194-2007**

La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de Pichincha. Luego de haber sido negado el recurso de casación por la Sala pertinente, y con los fundamentos expuestos por el recurrente admite el recurso de hecho.

Los antecedentes son los siguientes: Banco Centro Mundo S.A. inicio un proceso contra el hoy víctima de daño moral por presunto peculado cuando se desempeñaba en calidad de gerente de la sucursal de Machala de Banco Centro Mundo , acción seguida ante el Juez Segundo de lo penal del Oro, proceso en el cual se declaró el sobreseimiento definitivo, razón está, por la cual el Señor Freddy Romero plantea una demanda por daño moral, toda vez que se inició un proceso penal sin fundamento , sin sustento, acusándolo de manera particular de un hecho que jamás había cometido y con esto se le ha afectado a su buen nombre, reputación, honra, generándole angustias, ansiedad y humillaciones y a la vez ha generado una dificultad en sus expectativas de trabajo en otras instituciones financieras, por tal motivo demanda daño moral. Cabe indicar que la víctima manifiesta que cuando se dicta el sobreseimiento definitivo cesan las angustias, humillaciones, y en



general la afección a sus derechos no patrimoniales, esto es, en fecha 23 de junio del 2000.

La Sala para conceder el recurso de hecho, conocido también como el de negada apelación, tomo en consideración que el hecho antijurídico, ilícito, se perpetro con la acusación particular al señor Freddy Romero y cesa con el sobreseimiento definitivo tal y como lo manifiesta la víctima en fecha 23 de junio del 2000 mientras que la citación con la demanda es de fecha 20 de octubre de 2004, entonces si comparamos estas dos fechas, vamos a concluir que han pasado más de cuatro años, razón por la cual se declara sin lugar la demanda por estar prescrita la acción.

#### **4.5.2.-Análisis y comentario de Fallos Extranjeros**

##### **Análisis y comentario de sentencia Argentina.**

En la jurisprudencia argentina citada por Graciela Medina y Carlos G. García, las personas jurídicas son causantes de daño moral, por citar el caso en el cual ;un periódico hizo publicaciones de una noticia inexacta dentro de la cual se afirma que la persona hoy víctima de daño moral hizo afirmaciones de haber cometido un ilícito, es decir, un delito penal, entonces ante la falta de justificación, de pruebas, argumentos válidos para tratar de justificar que aquella publicación y confesión eran reales, se mandó a reparar indemnización por daño moral, toda vez que ningún periódico, ni nadie puede hacer publicaciones falsas, inobservando los derechos garantizados a las personas, esto es, el derecho al honor, a la dignidad, a buena reputación, y buen nombre. De tal manera que en caso de hacerlo sería responsable de daño moral y consecuentemente tendría que pagar una indemnización por aquel daño.

SCBA. AAC. 60813 del 11-5-99 “Spacarstel, Néstor c/EL DIA S.A.”, en la ley buenos aires número 6, julio 1999, página 655 con nota de Daniel A. Prieti Belmonte.

##### **Análisis y Comentario a sentencia Chilena.**

Respecto a este tema la Corte Suprema de Justicia de Chile, el 14 de mayo de 2005, en juicio ordinario que sigue importadora y exportadora J.Y.C. Ltda. Contra Sociedad Comercial Cisandina Chile Ltda.

Se declara sin lugar la demanda en razón de que una persona jurídica carece de dolor, sufrimiento, afecto, sentimientos, y mal podría hablarse de daños morales puros.



El profesor Marcelo Barriento Zamorano, considera que el dar paso a la indemnización de daño moral causado a las personas jurídicas es exagerado, toda vez, que se estaría abriendo las puertas a permitir que los daños patrimoniales que no puedan ser probados fehacientemente mediante un juicio por daños y perjuicios, se lo pueda hacer mediante una demanda por daño moral. En realidad que en el mundo ha sido muy debatida esta cuestión existiendo dos corrientes; aquellas que afirman que las personas jurídicas son víctimas de daño moral y en el otro extremo las que sostienen que no lo son.

Termina diciendo el profesor Marcelo Barriento, “si en un extremo las personas jurídicas sufrieran daños morales estos deben demostrarse con certidumbre y realidad”.

### **Análisis y comentario de Sentencia de la Sala primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica**

#### La sentencia número 752

La sentencia número 752, de las 13 horas 30 minutos, del 5 de octubre de 2006, considera que las personas jurídicas son víctimas de daño moral, toda vez, que si bien no tienen sentimientos, no sufren dolor, no es menos cierto que sufren lesiones, afecciones de carácter extrapatrimonial como es la reputación así por ejemplo el desprestigio de una marca frente al pensamiento del consumidor, sin embargo al respecto el profesor chileno Marcelo Barriento Zamorano, considera que aquello debería ser debatido en un juicio por daño a la marca, pero la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica considera que en este caso si procedería la demanda por daño moral por persona jurídica.

#### Sentencia número 928

Respecto a esto la Sentencia número 928 de las 9 horas 15 minutos del 24 de noviembre de 2006, considera que una persona jurídica no puede demandar daños morales subjetivos, es decir, aquellos vinculados con su buen nombre, reputación, honor, dolor, sufrimiento. Sino únicamente daño moral de carácter objetivo, es decir daños extrapatrimoniales que tengan como consecuencia un perjuicio patrimonial tal es el caso en el que una profesional por el hecho ilícito pierda todos sus clientes.



#### 4.6.- Prescripción de la acción por daño moral

Nuestro código civil establece en su artículo 2235, que la acción por daño moral prescribe en cuatro años contados desde la fecha de perpetración del acto.

*Art. 2235.- Las acciones que concede este Título por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto.*

Sin embargo a veces se presenta un daño continuado entonces es preciso esclarecer desde cuando mismo se cuenta la prescripción de la acción por daño moral.

Para ello, debemos partir entendiendo al menos tres clases de daños:

1.- Daño continuado o de producción sucesiva: Es aquel que se produce día a día como consecuencia de una actividad dañosa continua, pero para que exista daño continuado, es necesario que el perjudicado lo esté sufriendo realmente a diario ( Torralba Lizasoain Pablo , 2014).

2.-Daños sobrevenidos: Son aquellos que se manifiestan luego de un transcurso de tiempo, es decir, después de la causa que los produjo ( Torralba Lizasoain Pablo , 2014).

3.-Daños permanentes o duraderos: Producido en un determinado tiempo, cuyos efectos duran largo tiempo, incluso pueden agravarse ( Torralba Lizasoain Pablo , 2014).

Al respecto en el caso ya analizado referente a la demanda por daño moral planteada por el señor Rafael Correa contra Banco Pichincha C.A , la Sala de la Corte Nacional de Justicia considero que existió daño continuado, toda vez, que el nombre del señor Rafael Correa estuvo en la central de riesgos desde el 1999 hasta el año 2005 y para este efecto la prescripción de la acción por daño moral debía contarse desde el año en el cual se retira el nombre del señor Rafael Correa Delgado de la central de riesgos, esto es, desde el 2005 en adelante , pero como la citación con la demanda se practicó en el 2007 apenas había pasado 2 años por lo que no opero la prescripción.

Caso distinto es el del señor Freddy Romero quien afirma que con el sobreseimiento definitivo dictado dentro del proceso penal ceso los perjuicios morales, entonces la sala de la Corte Nacional de Justicia Ecuatoriana conto la fecha en la que se dictó sobreseimiento hasta la fecha en la que se citó con la demanda de daño moral, esto es, desde el 23 de junio de 2000 hasta el 20 de



octubre de 2004, entonces ya había prescrito la acción por daño moral, razón está, por la que se declara sin lugar la demanda.



## Conclusiones:

1).-Nosotros definimos al daño como todo detrimento, menoscabo, perjuicio, lesión, a un bien jurídico que amerita protección, esto es, jurídicamente relevante, pudiendo ser el mismo un daño material cuando afecta a los bienes de las personas, y un daño moral cuando se afecta derechos de carácter extrapatrimonial como el “honor, buen nombre y la reputación”.

2).-En el daño material existe el lucro cesante y el daño emergente; el primero es una pérdida del patrimonio, es la pérdida del valor económico como consecuencia del daño y el segundo es la frustración de las ventajas económicas esperadas.

3).-El daño moral es una afeción a la parte subjetiva, afectiva, psicológica de la persona, pero además al buen nombre, reputación, honor de la persona natural o jurídica.

4).-Observamos que los requisitos para que el daño sea resarcible son 1).- debe ser cierto y efectivo 2).- debe existir lesión a un interés jurídicamente relevante 3).- debe ser causado por un tercero y permanecer subsistente 4).- debe existir relación entre el hecho ilícito y el daño causado.

5).-El daño moral tiene una naturaleza jurídica estrictamente subjetiva, esto es, va a depender del grado de lesión, menoscabo, perjuicio que ocasione en la víctima, afectando a sus derechos tales como el honor, buen nombre, reputación y prestigio.

6).-Los titulares de la acción por daño moral en nuestro caso ecuatoriano son la víctima misma o su representante legal. En caso de imposibilidad física de la víctima; su representante legal, su cónyuge y sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad. En caso de muerte de la víctima como consecuencia del hecho ilícito sus derecho habientes. Cuando el ilícito afecte a las instituciones o personas jurídicas sus representantes.

7).-Nuestro código civil dice que están obligados a la reparación de daños, todo aquel que lo cause, siempre que este daño sea imputable a la malicia o negligencia de aquella persona, pero además según el artículo 2232 del código civil ecuatoriano “están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones



o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes". De tal manera que puede demandarse todo daño, sea físico o psíquicos, angustia, ansiedad, etc.

8).-La persona jurídica es un ente ficticio capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, pudiendo ser representada judicial y extrajudicialmente, y estas pueden ser corporaciones o fundaciones sin fines de lucro.

9).-Para la constitución de la compañía de responsabilidad Ltda. se requiere de un mínimo de 2 socios y máximo de 15, si sobre pasa de este número se disolverá o tendría que convertirse en otro tipo de compañía, los socios responden de manera limitada por el monto de su aporte. Para la venta de participaciones se requiere consentimiento unánime, y se adquiere personería jurídica con su inscripción en el registro mercantil. En la compañía anónima es diferente, aquí existe dos formas de constitución; la constitución simultánea (realizada por socios fundadores) y la sucesiva (realizada por socios promotores).

10).-Representante legal; es la persona natural que tiene la facultad para obligar a la persona jurídica, y hacer que los actos o hechos efectuados por la persona natural se miren como efectuados por la compañía misma, esto es, tiene la facultad de obligar a la compañía cuando actué dentro de sus atribuciones. En cuanto a sus atribuciones estas estarán contempladas en el contrato social, estatuto, y en las resoluciones de la junta general de socios, en caso de que no haya acuerdo entonces administradores o gerentes ejercerán la representación judicial y extrajudicial de la compañía. A la vez el representante legal va ser quien ejerza la acción por daño moral causado a las personas jurídicas.

11).-Cuando nosotros hacemos un análisis de las teorías que manifiestan que las personas jurídicas si gozan de capacidad de obrar y querer, y por ello subsisten por sí mismas, independientemente de los socios, como sujeto de derechos, de obligaciones y deberes entonces la persona jurídica bajo estas perspectivas serán causantes de daño moral y si nosotros tomamos lo contemplado en el artículo 571 del código civil que los actos del representante legal, en cuanto no excedan de los límites de sus atribuciones se miran como actos de la compañía, entonces la persona jurídica debería responder por daño moral. Las teorías que defienden este criterio son la teoría de la realidad, de la institución, de la realidad jurídica y el sustracto, y la organicista.



12).-Si nosotros aplicamos las teorías de la ficción, desestimación de la personalidad jurídica, teoría negativa de la persona moral, teoría de Vareilles Sammiers, de la función social de la propiedad, entonces vamos a concluir que las personas jurídicas no son causantes de daño moral. Según Becker no existen personas jurídicas, porque lo que en realidad existen son “tipos de propiedad “entonces al no ser capaces ni tener existencia mal podrían tener voluntad y ser causantes de daño.

13).-El alto Tribunal Supremo de España, Zannoni, doctrinarios argentinos y la jurisprudencia peruana, manifiestan que las personas jurídicas tiene derecho al honor comprendido dentro de tal; el buen nombre y la buena reputación incluso cuando se afecte a su buena fama, prestigio profesional, crédito, honor civil, comercial, científico y literario, bajo esta perspectiva queda establecido que las personas jurídicas pueden ejercer la acción por daño moral.

14).-Por otro lado tomando el criterio del Tribunal primero de España, Gómez Pomar, de la doctrina argentina, Zabala de Gonzales, Morello, Sandoval y Pizarro, quienes consideran que las personas jurídicas no son víctimas de daño moral, toda vez, que el daño moral implica estrictamente un sufrimiento, dolor, afeción a los sentimientos, y al ser así, mal podría sufrirlo la persona jurídica. Gómez Pomar dice que la pérdida de reputación solo acarrea consecuencias económicas, y por lo tanto carecen de subjetividad.

15).-De acuerdo a los fallos ecuatorianos comentado en líneas anteriores, estos son; del Señor Rafael Correa Delgado contra Banco Pichincha C.A y Irina Alekseevna Xomchuk contra la empresa Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL y del análisis realizado a la revista argentina de Graciela Medina, queda establecido que las personas jurídicas si pueden causar daño moral por todos los actos ejecutados por quienes estén facultados, autorizados, para obrar en su nombre.

16).-De acuerdo a la sentencia de juicio ordinario que sigue importadora y exportadora J.Y.C. Ltda. Contra Sociedad Comercial Cisandina Chile Ltda. queda establecido que las personas jurídicas no son susceptibles de daño moral, porque no sufren dolor, carecen de sentimientos etc.

17).-La Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, considera que las personas jurídicas si son susceptibles de sufrir daño moral en cuanto se afecte al prestigio de la marca, cuando el daño sea de carácter objetivo y no subjetivo.



## Recomendaciones

1).-En nuestro país existen algunos fallos, sentencias, en los cuales se ha confirmado que las personas jurídicas si son causantes y víctimas de daño moral, pero de aquello únicamente se ha encargado la jurisprudencia, más no nuestros legisladores, razón por la cual considero que aquellos deberían hacer un estudio profundizado respecto del tema, sustentándose en doctrina, jurisprudencia, derecho comparado, para determinar de manera clara si las personas jurídicas pueden causar daño moral y consecuentemente de aquello se genere una norma que regule tal particular. De la misma manera lo referente a si son víctimas de daño moral, esto con el propósito de que nuestros jueces no encuentren duda a la hora de administrar justicia correctamente.

2).-Nuestros administradores de Justicia, son los encargados de velar por la efectiva protección de nuestros derechos, de tal manera que deben ser ellos, los que a la hora de administrar verdadera justicia, deban hacerlo sustentándose en doctrina, jurisprudencia y legislación comparada, especialmente en la parte motiva de la sentencia, para que no quede un vacío o falta de motivación ,sobre todo, porque es un mandato constitucional contemplado en el artículo 76 literal L, *Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos.*

3).- Nosotros, a la hora de hablar de daño moral no bebemos únicamente referirnos a las personas naturales y tomar al concepto de daño moral en una esfera solamente afectiva, de dolor, sufrimiento, sino, incluso comprendiendo dentro de aquel; el derecho al buen nombre, fama, reputación, crédito y prestigio que tiene una persona jurídica, convirtiendo de esta manera a la persona jurídica en titular de la acción por daño moral.



## Bibliografía

- Abeliuk Manasevich Réne . (1901). *"Las Obligaciones"*. Santiago- Chile: EDIAR EDITORES LTDA.
- Activo legal. (2013). Pago de indemnización por Responsabilidad Extracontractual. *Activo Legal Seguridad Juridica para su Empresa*, 1.
- Barraza Bernardo Alonso. (2015). El daño moral y su Cuantificación. <http://www.juridicas.unam.mx>, 385.
- Barriga, R. A. (2015). *Relacion contractual de representante legal con empresa*. <http://www.correolegal.com.ec/>.
- Benítez, M. (2015). *Persona Jurídica*. <http://www.monografias.com/>.
- Biella, C. (2005). *Daño-Derecho*. Tabasco - México: [http://www.monografias.com/trabajos28/dano-derecho/dano-derecho.shtml#\\_INTRODUCCI%C3%93N](http://www.monografias.com/trabajos28/dano-derecho/dano-derecho.shtml#_INTRODUCCI%C3%93N).
- Brito, M. (2013). *El daño moral y los criterios para la determinacion de su indemnizacion*. Cuenca: <http://dspace.uazuay.edu.ec/>.
- Brito, M. (2013). *El daño moral Y los criterios para la determinación de su indmnización*. Cuenca: <http://dspace.uazuay.edu.ec/>.
- Brito, S. (2013). *EL DAÑO MORAL Y LOS CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE SU INDEMNIZACIÓN*. Cuenca: <http://dspace.uazuay.edu.ec>.
- Carbonnier. (20 de 10 de 2015). *biblio.juridicas.unam*. Obtenido de [biblio.juridicas.unam.:](http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/53/art/art4.pdf) <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/53/art/art4.pdf>
- Casado, A. B. (2015). *El Concepto Del Daño Moral Bajo El Prisma De La Jurisprudencia*. *Revista Internacional De Doctrina Y Jurisprudencia*: <http://www.ual.es/>.
- Castellanos, B. (2005). *Responsabilidad contractual y extracontractual*. Tabasco - México: <http://www.monografias.com/trabajos28/responsabilidad-contractual-extracontractual/responsabilidad-contractual-extracontractual.shtml>.
- Colombia, Corte Constitucional de. (1993). *Accion de Tutela,persona juridica*. Bogotá: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-396-93.htm>.
- Consejo de la Judicatura, Escuela de la Funcion Judicial. (2015). *Curso inicial de formacion de jueces*. Cuenca - Ecuador.
- Dudalegal. (2007-2015). *DudaLegal*. Obtenido de DudaLegal: <http://dudalegal.cl/dano-moral.html>



- Espanés, L. M. (2008). Daño extrapatrimonial (o moral) a las personas jurídicas. *Revista Jurídica del Perú*, N° 87, mayo 2008, p. 303 y LexisNexis, 4.
- Extracontractual, R. (2014). *LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.DELITOS Y CUASIDELITOS CIVILES*.  
file:///C:/Downloads/Responsabilidad+Extracontractual+20140518.pdf.
- Fuentes, M. G. (2006). *El daño moral en ibero américa*. Villahermosa, Tabasco, México: Priented in México.
- García, R. (2014). El mandato en las compañías. *revista, derecho Ecuador.com*, 1.
- Gobetti, M. E. (2015). *Daños y perjuicios en la legislación Argentina*. Rio Grande: <http://www.ambito-juridico.com.br/>.
- González, A. R. (2015). Alcance sobre el daño moral a las personas jurídicas. <http://derechogeneral.blogspot.com/>, 1.
- González, M. S. (2013). *El daño moral y los criterios para la determinación de su indemnización*. Cuenca-Ecuador:  
<http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/3186/1/09960.pdf>.
- Guevara, R. P. (2013). *Representante legal ¿ Mandatario o Trabajador? Analisis de riesgo legal y Tributario*. Ecuador: [espae.espol.edu.ec](http://espae.espol.edu.ec).
- Guitian, A. M. (1996). *El derecho al honor de las personas jurídicas*. Montecorvo, Madrid: <http://www.ual.es/>.
- Gutián, A. M. (2006). *Daño moral y persona jurídica ¿ Contradicción entre la doctrina de la Sala 1ª y la Sala 2ª del Tribunal Supremo? Comentario a la STS, 2ª, 24.2.2005*. Barcelona: InDret revista para el analisis del derecho.
- Herrera, L. A. (2011). Desestimación de la personalidad jurídica en el derecho societario Colombiano\*. *Revista CES DERECHO ISSN 2145-7719*, 128.
- Jaramillo Villegas, C. y. (2010). *La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas*. Universidad de Manizales.
- Junyent, B. F. (2015). *ACERCA DE LA PERSONA JURÍDICA, A propósito de los debates sobre su conceptualización y otros aspectos derivados de ello*.
- Jurisprudencia de la sala primera de la Corte Suprema de Justicia. (2000-2008). *EL DAÑO MORAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA*.  
<http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaprimera/Temas%20jurisprudenciales/Trabajo%20sobre%20da%C3%B1o%20moral.pdf>.



- Legales, E. (2013). *Código Civil Ecuatoriano*. <http://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/01/este-es-05-CODIGO-CIVIL-leyes-conexas.pdf>.
- Machicado, J. (2013). *Personas Colectivas I*. Apuntes Jurídicos en la Web.
- Martín, F. (2015). DAÑO: CONCEPTOS, CLASIFICACIONES Y AUTONOMÍAS. EL PUNTO UNÁNIMEMENTE COINCIDENTE. RESARCIMIENTO. *Derecho y Cambio Social*, 3.
- Melo, A. G. (10 de 2015). *Monografias.com*. Obtenido de Monografias.com: [http://www.monografias.com/usuario/perfiles/abdely\\_garavito\\_melo](http://www.monografias.com/usuario/perfiles/abdely_garavito_melo)
- Moisset, L. (1985). *Daño moral y las personas jurídicas*. Córdoba: <http://www.acader.unc.edu.ar/>.
- Páez, C. A. (2011). ALGUNAS CUESTIONES RELEVANTES SOBRE EL DERECHO AL HONOR Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN PARTICULAR, SOBRE EL DAÑO MORAL, EL ARTÍCULO 2331 DEL CÓDIGO CIVIL, Y LA LEGITIMACIÓN ACTIVA. *Scielo*.
- Pilicita, M. F. (2014). *La Inequitativa Cuantificación de las Indemnizaciones por Daño Moral y la consecuente violación al Principio de Proporcionalidad en la Legislación Ecuatoriana*. Quito- Ecuador: <http://www.dspace.uce.edu.ec/>.
- Posada, P. V. (2012). "LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL: EL SEGURO COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN". España: [http://eprints.ucm.es/15867/1/TFM-Paulina\\_Velez.pdf](http://eprints.ucm.es/15867/1/TFM-Paulina_Velez.pdf).
- Ramón, M. G. (Enero de 2009). *Espacio para para compartir opiniones sobre Justicia y Leyes*. Obtenido de Espacio para para compartir opiniones sobre Justicia y Leyes.: <http://www.ramonmacia.com/el-dano-moral-concepto-elementos-y-valoracion/>
- Real Academia de La lengua Española. (2014). <http://buscon.rae.es/>. Obtenido de <http://buscon.rae.es/>: <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?id=V1uY92jNsDXX2WsqkDQx>
- Salmoran, T. R. (2015). *El concepto de persona jurídica*. Mexico: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/923/6.pdf>.
- Saltos, P. R. (2015). EL DAÑO RESARCIBLE EN LA RESPONSABILIDAD DEL ABOGADO,. <http://www.derecho.uba.ar/>, 3,4.
- Santas, G. M. (2015). *JURISPRUDENCIA SOBRE DAÑO MORAL -Pcia. de Buenos Aires*. Buenos Aires: <http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/resena-jurisprudencial/dano-moral.pdf>.
- Sessarego, C. F. (Dirección). (2015). *Noción y Clasificación del Daño* [Película].



- Tecnos, F. R. (1990). *¿Tienen Honor las Personas Jurídicas?* madrid.
- Thur, A. V. (20 de 10 de 2015). *biblio.juridicas.unam*. Obtenido de biblio.juridicas.unam.:  
<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/53/art/art4.pdf>
- Todoelderecho.com. (s.f.). <http://todoelderecho.com/>. Obtenido de <http://todoelderecho.com/>:  
<http://todoelderecho.com/Apuntes/Civil/Apuntes/teoelaresponsabilidadcivil.htm>
- Torralba Lizasoain Pablo . (2014). *DAÑOS PERMANENTES, CONTINUADOS Y SOBREVENIDOS*. Pamplona: <http://academica-e.unavarra.es/xmlui/bitstream/handle/2454/11264/torralba69066.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- uovirtual. (2015). Teoría Jurídica de las Personas.  
<http://www.uovirtual.com.mx/>, 8.
- Valencia Zea, Arturo. (1984). Derecho civil De las Obligaciones tomo III. Colombia.
- Velasquez, A. (2013). Personas morales O Juridicas. *Derecho Romano ( Hecho Historico Pasado )*.



# Anexos



## **Anexo 1**

**Caso ecuatoriano: Señor Rafael Correa Delgado contra Banco Pichincha C.A**

**Resolución numero: 242-2010- juicio numero: 946-2009 –SR.**

**Materia: Daño Moral**

**Resolución: Manda a pagar 600, 000,00 dólares por indemnización por daño moral a favor de la parte Actora.**



## Caso Ecuatoriano Sobre Daño Moral, Sr. Rafael Correa Delgado contra Banco Pichincha S.A.

### Casación:

Resolución No. 242-2010 Juicio No. 946-2009-SR Actor: Eco Rafael Correa Delgado Demandado: Banco Pichincha C.A.

Ponente: Dr. Manuel Sánchez Zuraty CORTE NACIONAL FAMILIA.- Quito, DE JUSTICIA.

28 de abril SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y del 2010, las 10h30.- -----

VISTOS (946-2010-SR): Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, en mérito a lo dispuesto en la segunda disposición transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo del 2009; en el numeral 4, literales a) y b), del apartado IV, DECISIÓN, de la Sentencia interpretativa 001-08-SI-CC, dictada por la Corte Constitucional el 28 de noviembre de 2008, publicada en el Registro Oficial No.

479 de 2 de diciembre del mismo año, debidamente posesionados el día 17 de diciembre del 2008, ante el Consejo Nacional de la Judicatura; y, en concordancia con el Art. 5 de la Resolución Sustitutiva tomada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia tomada en sesión de 22 de diciembre del 2008, publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de Enero del 2009; y, los artículos 184 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de casación.- En lo principal, la parte actora, Econ. Rafael Vicente Correa Delgado y la parte demandada, Banco del Pichincha C.A., por intermedio de Antonio Alfonso Acosta Espinosa, su Presidente adjunto y representante legal, en el juicio ordinario por daño moral, deducen sendos recursos de casación contra la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 27 de julio del 2009, las 16h34 (fojas 38 a 41 del cuaderno de segunda instancia), 1 que admite el recurso de apelación presentado por el Banco demandado y reforma la sentencia impugnada fijando el monto de la reparación en trescientos mil dólares de los Estados Unidos de América. El recurso se encuentra en estado de resolución, para hacerlo, se considera: PRIMERO. Esta Sala es competente para conocer y resolver la presente causa en virtud de la Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, las normas señaladas en la parte expositiva del presente fallo y la distribución en razón de la materia, hecha mediante Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión realizada el día 22 de diciembre de 2008, publicada en Registro Oficial No. 511 de 21 de enero de 2009.- Los recursos de casación han sido calificados y admitidos a trámite mediante auto de 09 de noviembre del 2009, las 10h00.- SEGUNDO.- En virtud del principio dispositivo contemplado en el Art. 168, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, desarrollado en el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, son los recurrentes quienes fijan los límites del análisis y decisión del Tribunal de Casación.- TERCERO.- RECURSO DEL BANCO PICHINCHA C.A. .- El peticionario considera infringidas las siguientes normas de derecho: Artículos 7 inciso primero, 2214, 2231, 2232, 2235 y 1588 del Código Civil. Artículos 92 y 97 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. Artículos 115 y 286 del Código de Procedimiento Civil.- Las causales en la que funda el recurso son la primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.- 3.1.Causal primera.- En el libelo del recurso, el representante legal del Banco expresa que el Econ. Rafael Correa Delgado no ha cuestionado jamás el contrato de otorgamiento de tarjeta de crédito del Banco La Previsora a su favor y los estados de cuenta, pero ello es el fundamento de su demanda; que en la sentencia de instancia se aplica indebidamente el tercer inciso del Art.

2232 del Código Civil, que dispone: "La reparación de daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado..."

Se formula como cargo contra la sentencia del Tribunal de Segunda Instancia como generador de la causal 1 del Art. 3 de la 2 Ley de Casación, la aplicación indebida del Art. 2232 del Código Civil, porque los hechos relatados en la demanda como generadores de daño moral no se encajan en la aludida disposición, ya que en la solicitud y contrato de otorgamiento de la tarjeta de crédito del Banco La Previsora a favor del Econ.

Rafael Vicente Correa Delgado, en la cláusula cuarta se estipula que las partes convienen en que: "El titular deberá pagar al Banco en la fecha indicada en el Estado de Cuenta, un monto igual o superior al señalado como 'Pago Mínimo' o en su caso el 'Saldo Actual'.



Si no recibiere su Estado de Cuenta, es obligación del tarjeta habiente consultar su saldo en las oficinas del Banco hasta antes del vencimiento, que no podrá exceder de 15 días posteriores al cierre de facturación del mes anterior y de ninguna manera podrá invocar como razón para la mora, el no haber recibido el “Estado de Cuenta” (fs. 652); que al contrato se ha acompañado los estados de cuenta correspondientes al accionante señor Correa Delgado, los mismos que obran de fs. 636 a 651. El demandante señor Correa no impugnó los estados de cuenta emitidos por el Banco La Previsora, dentro del plazo estipulado. De todo lo cual se infiere que el actor no ha podido probar la cancelación previa del contrato y de la obligación según afirma en su demanda. La Sala de Instancia ha infringido el Art. 2232 del Código Civil, haciendo una aplicación indebida, al fijar indemnización por daños morales, en efecto en la demanda, el actor manifiesta en relación con la tarjeta de crédito que mantuvo con el Banco La Previsora, que la “cuenta y contrato lo había terminado antes de que saliera del país”. (fs.

1). El hecho de que al momento de presentarse la demanda por parte del Banco La Previsora, el demandante se haya encontrado en el extranjero, no significaba que al salir del país no quedaba pendiente un saldo en su tarjeta de crédito. Con el objeto de que se respalde la afirmación del demandante, el Banco Pichincha durante el término de prueba ha solicitado que exhiba los documentos que prueban la terminación del contrato y la cancelación de la obligación. La diligencia se realizó por disposición del juez del primer nivel, en providencia del 24 de agosto de 2007 y tuvo lugar el 10 de septiembre de 2007. En esta diligencia el actor no presentó ningún documento que probara que efectivamente había terminado el contrato con el Banco La Previsora y cancelado cualquier obligación pendiente. Según la sentencia, el Filanbanco en liquidación que es parte del Estado ecuatoriano, vendió al Banco Pichincha una obligación que según la Sala de instancia habría sido inexistente, es decir que el perjuicio causado por el Estado Ecuatoriano, los Jueces de la Segunda Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Pichincha, en su sentencia, le han adicionado un nuevo perjuicio al Banco Pichincha, condenándolo injustamente a pagar la suma de US \$ 300.000. El 16 de julio de 2003, mediante oficio No.

0031616, cuya copia certificada se acompaña a fs. 502, el Doctor Patricio Ron Torres, Procurador Judicial del Banco Pichincha, envió al Director de Consultas y Reclamos de la Superintendencia de Bancos, copias de los estados de cuenta correspondientes al actor, “en 16 fojas útiles”.

El demandante, en su libelo inicial, reconoció que el 21 de julio de 2003, recibió el oficio No. DCR2003-903, del Director de Consultas y Reclamos de la Superintendencia de Bancos, con la documentación remitida por el Doctor Patricio Ron Torres. El demandante canceló la obligación supuestamente inexistente, por la suma de US \$. 164,99, correspondiente al ex tarjeta habiente Visa Banco La Previsora No. 4565120126654008 reconociendo, expresamente, la obligación, con el pago de la misma que se efectuó el 20 de diciembre de 2005; mientras el Banco MM Jaramillo Arteaga le otorgó un crédito de US\$ 87.000, el 15 de diciembre del 2005, según consta del oficio No.

agosto de 2007, que obra a fs. 569;

MMJA- DJ-JZ-027 de 29 de por consiguiente, el Banco Jaramillo Arteaga le otorgó el crédito por US\$ 87.000 antes de que cancele la deuda de US \$ 164,99 (fs. 507 y 520). El accionante señor Rafael Correa en el oficio No. 015.RC.FV.05, de fecha 06 de enero de 2006, expresa: “que el pago realizado en el Banco Pichincha a la tarjeta visa fue por mi secretaria (164.99 USD), no fue con mi autorización, puesto que ella desconocía de este juicio”;

de lo que se infiere que el señor Correa pagó la obligación, ya que el pago hecho por un tercero es válido de acuerdo con el Art. 1588 del Código Civil;

tanto más que la secretaria es una persona de confianza de su jefe, que obedece las órdenes del mismo y que da cuenta de todo lo relacionado con el 4 trabajo. Al pagar la deuda, el Econ. Correa aceptó la obligación y por lo mismo su validez, reconociéndola y beneficiándose con el pago. Es más, el préstamo una vez otorgado no se puede revertir, siendo una ingenuidad pensar en la reversión de un crédito ya otorgado días antes, con lo que se demuestra la falta de veracidad de lo manifestado en el oficio de fs. 508. De lo que se infiere que los Jueces de la Segunda Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Pichincha no aplicaron el mentado artículo 1588 del Código Civil, incurriendo la sentencia en el vicio previsto en la causal 1 del artículo 3 de la Ley de Casación. Se pregunta, por qué un acto que era legal, dado que el Banco Pichincha colaboró

en forma efectiva con el Estado al comprar la cartera del Filanbanco en liquidación, dándole liquidez, se convierte en acto ilícito después, según sostiene el señor Correa?; es más, la impugnación de la deuda por parte del señor Correa Delgado se la realiza en el año 2003 y no



antes.- Explica que el inciso tercero del Art. 2232 del Código Civil, dispone: “La reparación de daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado quedando a la prudencia del Juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias previstas en el inciso primero de este artículo”. El Banco Pichincha compró al Filanbanco, es decir al Estado Ecuatoriano, su único accionista, entre otras, la obligación del actor que estaba registrada en la Central de Riesgos, con calificación E, desde el año 1998 y además, envió a la Superintendencia de Bancos los correspondientes estados de cuenta sobre la deuda. De lo que se deduce que la actuación del Banco no implicó la realización de una acción u omisión ilícita, porque el Banco Pichincha compró la deuda del actor que estaba registrada como tal en los documentos de compraventa de activos y pasivos del Filanbanco, el 24 de agosto de 2001, entre las que se encontraba registrada la obligación de Correa Delgado Rafael, por US\$ 97.29, por lo que el Estado Ecuatoriano le vendió ese activo al Banco Pichincha: el último Banco no creó la obligación. Dice que la sentencia del Juez Sexto de lo Civil de Pichincha de 15 de junio de 2006, es inoponible en contra del Banco Pichincha, de la que se determina que la supuesta acción ilícita habría nacido en la fecha en que la 5 mentada sentencia quedó ejecutoriada. Es más, el Juez Sexto de lo Civil, se limita a rechazar la demanda “por falta e insuficiencia de pruebas por parte del accionante”; la sentencia fue dictada, como se dijo el 15 de junio de 2006, es decir seis meses después de la cancelación de la deuda el 20 de diciembre de 2005, ya encontrándose suprimido el nombre del demandante en la Central de Riesgos.- Si el cobro de la deuda se encontraba en litigio, como sostiene el demandante en el oficio de 06 de enero de 2006 (fs. 508), solo después de la ejecutoria de la sentencia habría cabido la supresión del nombre del accionante en la Central de Riesgos. La acción ilícita del Banco, habría nacido solo en el caso que se le hubiera mantenido como deudor moroso a partir de esa fecha, es decir luego de que el Econ. Correa pagó la deuda, de lo que se deduce que no hubo acción u omisión ilícita del Banco Pichincha; por esta razón los Jueces de la Segunda Sala Civil de la Corte Provincial de Pichincha, aplicaron indebidamente el Art. 2232 del Código Civil, que dispone el pago de indemnización por daños morales. Por lo tanto, la sentencia debe ser casada en base a la causal 1 del Art. 3 de la Ley de Casación, por aplicación indebida del referido artículo del Código Civil. También se ha aplicado indebidamente el Art. 2232 del Código Civil, porque el demandante no ha sufrido ningún daño moral causado por el Banco Pichincha, tan es así que fue designado Ministro de Economía por el Presidente Alfredo Palacio Gonzáles y elegido Presidente de la República por dos ocasiones con altísima votación, lo cual es un hecho público y notorio, que no necesita ser probado, conforme al Art. 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, que guarda relación con el inciso primero parte final del artículo 114 del Código de Procedimiento Civil, que es similar al artículo 118 de la anterior codificación del mismo Código; de lo que deduce que en nada le ha afectado este hecho que se juzga en su honra y reputación, aplicando indebidamente la Sala de Instancia también el Art. 2231 del Código Civil, al resolver que el Banco Pichincha ha causado daño moral al actor, lo que no se halla justificado en autos, porque la mentada disposición prevé el derecho para demandar indemnizaciones pecuniarias, cuando se ha hecho imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona. Menciona 6 que tampoco existe prueba alguna en autos de que otras Instituciones Financieras hayan negado créditos al demandante. De acuerdo con el Art. 92 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, es obligación de las Instituciones Financieras mantener en secreto los datos constantes en la Central de Riesgos, conforme al criterio de reserva de información. El Banco Pichincha respetó la norma mencionada, no habiendo difundido la información sobre el accionante en los medios de comunicación, como refiere el actor en su demanda al decir “que la imputación de una calidad que no tenía, es decir la calidad de deudor moroso se hizo pública mientras me encontraba desempeñando las funciones de Ministro de Economía”; por lo que no se aplicó en el fallo el Art. 92 de la referida Ley de Instituciones del Sistema Financiero, ya que en acatamiento a esta disposición el Banco Pichincha mantuvo en secreto los datos constantes en la Central de Riesgos.- Explica que hay aplicación indebida del Art. 2232 del Código Civil, en razón de que el daño moral, se produce cuando se ocasiona “sufrimiento psíquicos, angustias, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes”; en el caso en estudio, el demandante Econ. Rafael Correa, jamás justificó con certificación alguna, que haya sufrido alguna dolencia, pérdida de su trabajo, a consecuencia de mantenerle el Banco Pichincha, inscrito en la Central de Riesgos, hecho que por lo demás fue correcto. El Banco Pichincha según se halla justificado en el proceso compró al Estado, único accionista del Filanbanco, la obligación del actor que ya se encontraba registrada en la Central de Riesgos, con la calificación E, desde el año 1998. El



Art. 97 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, establece la siguiente obligación: “Las instituciones del sistema financiero están obligadas a suministrar a la Superintendencia, en la forma y frecuencia que ella determine, la información para mantener al día el registro de que trata este Capítulo”. Con fundamento en los artículos 2232 del Código Civil y 97 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, cabe preguntar: ¿cuál es la acción u omisión ilícita, es decir contraria a la ley, en la que ha incurrido el Banco? Si compró la deuda del actor a Filanbanco, cuyo único accionista es el Estado, que ya lo había registrado en la Central de 7 Riesgos, ¿cabría que ante sí y por simple petición del actor lo excluyera del registro?.

De lo que se infiere que los jueces de instancia aplicaron indebidamente el Art. 97 de la Ley de Instituciones del Sistema Financiero, porque es obligación del Banco suministrar a la Superintendencia de Bancos, la información del registro y mantenerlo al día. De acuerdo con el Art. 2232 del Código Civil, el daño moral debe ser probado, no solo alegado; en autos no existe prueba alguna que demuestre que el actor sufrió daño moral y peor aún que el Banco Pichincha, con su acción u omisión próxima o ilícita lo causó, razón por la que la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha, realizó una indebida aplicación de la mentada disposición legal. Dice que la Sala de Instancia no ha indicado en qué parte de la demanda se refiere el actor a padecimientos, ni existe prueba fehaciente de tal sufrimiento.

La única prueba aportada por el accionante señor Rafael Correa, es el oficio de 29 de mayo de 2007, enviado por el Director del Diario El “Universo” al Lic.

Arturo Tello, Secretario Particular de la Presidencia, al que se anexa una “nota informativa” publicada en la sección economía el 06 de junio de 2005, nota que es de limitadísima difusión, en la cual dice que “La Comisión de Fiscalización del Congreso prepara una lista de otros funcionarios deudores”, entre los cuales se encontraba “El Ministro de Economía, Rafael Correa ...” de lo que se deduce que la información no fue difundida por el Banco Pichincha sino por la Comisión de Fiscalización del Congreso. Es más, no se encuentra probado en autos que la información se haya difundido en otros medios de comunicación, peor aún que la mentada información haya causado desprestigio alguno o haya mancillado el “prestigio”, el “buen nombre”, el “honor” del señor Correa. El Banco Pichincha ha establecido que no existe peor aún se ha probado, los tres requisitos fundamentales para que se produzca un resarcimiento por daño moral, la acción ilícita, el daño y la relación causal, es decir, que el daño se haya producido como consecuencia de la voluntad del demandado. No hay prueba alguna de que el Banco Pichincha haya irrogado daño al actor, menos como se sostiene en la demanda que, “no solo buscó causarme un daño”, sino que según dice el señor Correa el Banco además “buscó obtener el pago de 8 una obligación inexistente y con ello lograr un enriquecimiento sin causa” (fs.

7).

Resulta un dislate afirmar que el Banco pretendió

“lograr un enriquecimiento sin causa” por cobrar una deuda que ascendía al total de US \$ 164,99. El inciso primero del Art. 2232 del Código Civil, respecto del cual se ha hecho una aplicación indebida, ordena que la “indemnización se halla (e)

justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta”; de lo que se infiere que la “gravedad del perjuicio sufrido y de la falta debe determinar la mayor o menor indemnización; pero no se ha determinado ninguna gravedad en el perjuicio”. Por lo tanto, la sentencia debe ser casada en base a la causal 1 del Art. 3 de la Ley de Casación, por aplicación indebida del mentado artículo 2232 del Código Civil.- Indica que el señor Rafael Vicente Correa Delgado solicitó en su demanda se le fije “una indemnización que no sea inferior a cinco millones de dólares de los Estados Unidos de América” (fs. 7); y, la Segunda Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Pichincha, la fija en trescientos mil dólares de los Estados Unidos de América. En la parte final de la sentencia que se está impugnando mediante recurso de casación, pronunciada por la Sala de Instancia, dice la Segunda Sala a fs. 46 v del cuaderno de la segunda instancia: “Aún tratándose de esta especie de agravios extrapatrimoniales, el juzgador no podrá imponer como indemnización la suma que le fije su fantasía, sino la que resulte de las circunstancias particulares del caso, toda vez que siempre la cantidad de dinero cuyo pago imponga el ofensor deberá estar proporcionada a la gravedad del daño causado, gravedad que, no por ser intraducible en guarismos exactos, podrá ser apreciada por el juez”; pero contradiciendo el pensamiento citado, dicha Sala sustenta su fallo en un criterio que no es aplicable a esta clase de juicios; en efecto expresa: “La Sala considera que bien puede servir tanto el periodo de tiempo que el Banco Pichincha mantuvo al actor en la mencionada central de riesgos con la categoría indicada, así como el texto del Mandato Constituyente 2, relativo a



la remuneración máxima en el sector público, que según su artículo 1 ascendería a cinco mil dólares mensuales, indemnización ésta que como enseña la doctrina, cumple una función satisfactoria que el ofensor debe abonar a la 9 víctima de un agravio moral, y que en la especie, dicha función satisfactoria según los parámetros mencionados, ascendería a doscientos cincuenta y cinco mil dólares. A esta cantidad la Sala considera debe añadirse, como es obvio, las erogaciones que dice debió realizar por defensa del juicio incoado en su contra y las molestias ocasionadas durante todo el tiempo empleado infructuosamente para conseguir del Banco Pichincha la entrega de la documentación que sirviera de soporte para haberlo reportado en la central del riesgos con la categoría tantas veces mencionada”; al respecto se pregunta, qué tiene que ver con la cuantificación del daño moral el texto del Mandato Constituyente 2, relativo a la remuneración básica en el sector público que según el Art. 1 ascendería a cinco mil dólares mensuales, dicho Mandato es de 24 de enero de 2008, aplicarlo al caso constituye una grosera violación del Art. 7 del Código Civil, que ordena: “La ley no dispone sino para lo venidero:

no tiene efecto retroactivo ...” dado que los hechos a que se refiere la demanda son anteriores al mandato; en aquella época el señor Correa Delgado había trabajado en el sector público como Ministro de Finanzas, únicamente por tres meses y dejó de hacerlo por discrepancias con el Presidente Alfredo Palacio, según es público y notorio, hecho que no necesita ser probado y no por causa de encontrarse inscrito en la Central de Riesgos; luego continuó trabajando en el sector privado, probablemente como profesor universitario; no hay prueba alguna que dejó de trabajar por causa de mantenerse reportado en tal Central de Riesgos a solicitud del Banco Pichincha; es por tanto antojadiza y sin fundamento la resolución de la Corte que le manda a pagar US\$ 255.000 a lo que añade las erogaciones que debió realizar por la defensa del juicio que las valoriza en US\$ 45.000; disponer el pago de US\$ 300.000 por parte de la Sala de Instancia es ilegal e injusto al valorar los supuestos daños y perjuicios causados al señor Correa Delgado.

Al respecto el tratadista Doctor José

García Falconí en su obra “Parte Práctica del Juicio por Acción de Daño Moral y Forma de Cuantificar su Reparación”, en la pág. 110, transcribe al tratadista argentino Alfredo Orgal, que dice lo siguiente “El riesgo de la reparación del daño moral es que éste llegue a causar un enriquecimiento injusto por parte de la víctima, por lo que es recomendable tener cierto tacto al determinar las indemnizaciones por daños morales ya que debe para ello ser factible un quebranto económicamente valorable, aunque fuera remoto”; quebranto económico que no se haya demostrado de ninguna manera.

Porque la Sala de Instancia manda a pagar la suma de US\$ 5000 mensuales, siendo esa remuneración la máxima en el sector público, cuando la labor que desempeñaba el Econ. Correa Delgado era la de profesor universitario y como tal debió recibir aproximadamente US \$ 2000 mensuales; constituye una sin razón por parte de los jueces de la Segunda Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Pichincha, determinar US \$ 5000 mensuales como valor de la indemnización. Acaso el señor Correa por constar inscrito en la Central de Riesgos a petición del Banco La Previsora, perdió alguna vez su trabajo? La indemnización que le fijó la Segunda Sala duplica con demasía por varios años sus ingresos mensuales. Esto implica una aplicación indebida del artículo 2232 del Código Civil y falta de aplicación del inciso primero del Art. 7 del mismo cuerpo legal, ya que los jueces integrantes del Tribunal de Instancia, no han determinado la cuantía de la indemnización con “prudencia” incurriendo la sentencia en la causal de casación prevista en el numeral 1 del Art. 3 de la Ley de la materia.- A continuación transcribe la Resolución No. 154-2002, de la Tercera Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, de 30 de julio de 2002, publicada en el Registro Oficial 698, de 6 de noviembre de 2002, transcrita en la Colección de Jurisprudencia 2002-II, y Ediciones Legales, agosto de 2004, págs. 194 a 198, en las págs. 196 y 197, que se refiere a la ilicitud como elemento del daño moral.- Dice que la Segunda Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Pichincha, aplica indebidamente el Art. 2235 del Código Civil, subsumiendo su actuación en la causal 1 del Art. 3 de la Ley de Casación, que dispone “Las acciones que concede este título por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto”; el Banco Pichincha ha alegado como excepción subsidiaria la prescripción de la acción para demandar; es innegable, dice, que la mentada disposición establece que el plazo de cuatro años se contará desde la perpetración del acto, bien 11 entendido que según el Diccionario de la Lengua Española, perpetrar es “cometer, consumir un delito o culpa grave”, el plazo de cuatro años de que habla el Art. 2235 para la prescripción de la acción, debe contarse desde cuando se cometió el acto que causó daño, es decir desde cuando el Banco La Previsora registró al demandante como

deudor E en la Central de Riesgos de la Superintendencia de Bancos, esto es desde el 31 de agosto de 1998 o en el peor de los casos desde que compró la deuda el Banco Pichincha al Filanbanco el 24 de agosto de 2001. En ambos casos, si con la demanda de daño moral se citó al Banco Pichincha, el 5 de febrero de 2007 (fs. 18 de las actuaciones de la primer instancia), no cabe duda que la acción está prescrita, porque ha transcurrido en el primer caso más de ocho años y en el segundo más de cinco años. Los jueces integrantes de la Segunda Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Pichincha en el considerando octavo de su resolución hacen una indebida aplicación del Art. 2235 del Código Civil, manifestando que “como la información es periódica y con la frecuencia que requiere la entidad de control los datos se registran, generalmente en forma mensual (lo cual es falso), lo que permite mantener actualizada la información individual, pero cuando la información es falsa, maliciosa o como en el caso no existe el crédito, cada registro es un acto ilícito independiente”; nada más falso, antojadizo e inventivo de los señores jueces que emitieron la sentencia direccionándola a favorecer al demandante Econ.

Rafael Correa, que esta lucubración, ya que el Banco Pichincha no registró al señor Correa como deudor moroso, antes bien lo borró de la Central de Riesgos cuando pagó la deuda.

El artículo 2235 del Código Civil, dispone que “Las acciones que concede este título por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto”.

Sobre las reglas de interpretación de la ley, el numeral primero del artículo 18 del mismo cuerpo legal, dispone: “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”. La prescripción de la acción repito debe contarse, desde que el señor Correa fue inscrito en la Central de Riesgos de la Superintendencia de Bancos el 31 de agosto de 1998 o en el peor de los casos 12 desde que el Banco Pichincha compró la deuda al Filanbanco el 24 de agosto de 2001, por lo tanto operó la prescripción. No cabe la menor duda que los Jueces de Instancia realizaron una indebida aplicación del Art. 2235 del Código Civil como se ha demostrado con el presente análisis.

Por ello, dice, la sentencia del Tribunal de instancia, debe ser casada en base a la causal 1 del Art. 3 de la Ley de Casación.- 3.2.- Causal tercera. También fundamenta el recurso de casación en la causal 3 del Art. 3 de la Ley de Casación, que se refiere a la “Falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba”, porque en la sentencia recurrida se hizo una indebida aplicación del artículo 115 y no se aplicó el artículo 286 del Código de Procedimiento Civil y como consecuencia de ésta indebida aplicación, fueron indebidamente aplicados los artículos 2214, 2231 y 2232 del Código Civil como se demostrará plenamente.- EL recurrente indica que, respecto de esta causal, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en el fallo No. 242-2002, dictado el 2 de noviembre de 2002 en el juicio No. 1592002, publicado en el Registro Oficial No. 28 de 24 de febrero de 2003, señala los requisitos necesarios para la admisibilidad del recurso de casación, cuando se invoca esta causal: “La causal tercera del artículo 3, de la Ley de Casación se refiere a lo que la doctrina denomina violación indirecta de la norma sustantiva. Para que prospere la casación por esta causal, el recurso debe cumplir estos requisitos concurrentes: 1. Identificar en forma precisa el medio de prueba que, a juicio, ha sido erróneamente valorado en la sentencia (confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o intérpretes, determinados);

2. Señalar, asimismo con precisión la norma procesal sobre valoración de la prueba que ha sido violada; 3. Demostrar con lógica jurídica en qué forma ha sido violada la norma sobre la valoración del medio de prueba respectivo; y, 4.

Identificar la norma sustantiva o material que ha sido aplicada erróneamente o no ha sido aplicada por vía de consecuencia del yerro en la valoración probatoria”. Explica que, sobre el asunto, el Dr. Santiago Andrade Ubidia, en su obra “La Casación Civil en el Ecuador”, Andrade & Asociados, Fondo 13 Editorial, Quito, 2005, pág. 112, comenta la Tercera (causal) como un “vicio in iudicando por violación indirecta ya que la violación de la norma relativa a la valoración de la prueba produce ‘por carambola’ la violación de las normas aplicables al objeto de la controversia”.- También, en el expediente No. 244, la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema, en el fallo publicado en el R.O. 33 de 25 de noviembre de 1996, hace relación a la equivocada aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba. Dice que los Jueces que dictaron la sentencia que se impugna mediante casación, de la Segunda Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, fundamentan su fallo, en la sentencia dictada por el Juez Sexto de lo Civil de Pichincha, de 15 de junio de 2006, las 09h48, que en copia certificada consta a fs. 531, que es pronunciada en contra del Banco La Previsora, en la que se rechaza la demanda deducida por dicho Banco, sentencia que es

inoponible al Banco Pichincha, que no es actor ni demandado en ese juicio. No siendo parte procesal no le afecta en lo absoluto el pronunciamiento del Juez Sexto respecto de la obligación referida, inaplicándose el Art. 286 del Código de Procedimiento Civil, que dispone: “Las sentencias y autos no aprovechan ni perjudican sino a las partes que litigaron en el juicio sobre que recayó el fallo ...”; afectando la sentencia del Juez Sexto según la Segunda Sala de lo Civil, a quien no ha sido actor, ni demandado, ni tercero en el juicio, es decir que injustamente los jueces de la Segunda Sala de lo Civil dan un alcance extensivo al fallo en abierta violación de las citadas normas legales, haciendo una aplicación indebida de la norma constante en el artículo 2214 del Código Civil, porque no se ha probado que el Banco Pichincha haya cometido un delito o cuasidelito que haya inferido daño al actor, disposición legal que guarda relación con el inciso primero del Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, porque no se ha apreciado la prueba en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica; incurriendo la Sala de instancia en la causal 3 del Art. 3 de la Ley de Casación.- Expresa que según la resolución No. 413-2000 de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 226, de 18 de diciembre de 2000, “Las reglas de la sana 14 crítica no constan en normas de derecho positivo sino que son reglas de la lógica y de la experiencia humana suministradas por la ciencia y la técnica, que le dan al juzgador el conocimiento de la vida y de los hombres y le permiten distinguir lo que es verdadero y lo que es falso. Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano, en ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez.

Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de perito, de inspección judicial...) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente... La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento. Las reglas de la sana crítica conducen en su sentido formal a una operación lógica... La sana crítica es, pues, la lógica apreciación de ciertas conclusiones empíricas de que todo hombre se sirve para moverse en la vida”. (Eduardo J. Couture, citado en la obra La Casación Civil en el Ecuador, por Santiago Andrade Ubidia, Andrade y Asociados, Fondo Editorial, Quito, 2006, págs. 160 y 161).- Al interpretar indebidamente una prueba fundamental, la sentencia pronunciada por el Juez Sexto de lo Civil de Pichincha, que se ha introducido como prueba al proceso de supuesto daño moral, no se aplicó en la sentencia recurrida el principio de la sana crítica, aplicando indebidamente el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y de “carambola” se ha hecho una aplicación indebida del Art. 2214 del Código Civil, porque se ha concluido que el Banco Pichincha ha cometido un delito o cuasidelito lo cual no es verdad; y, además se ha aplicado indebidamente los incisos primero y segundo del artículo 2232 del Código Civil, relativos a la facultad de demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiere sufrido daño meramente moral, lo que no se halla probado ni tampoco que el Banco haya cometido delito ni cuasidelito. Se cita la parte pertinente de la sentencia de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la 15 Corte Suprema de Justicia de 23 de mayo de 2002, publicada en la Gaceta Judicial No. 9, serie XVII, que trata sobre los delitos y cuasidelitos; y, al respecto, continúa diciendo que al interpretar indebidamente una prueba fundamental no se ha valorado la prueba correctamente, conforme a las reglas de la sana crítica, del correcto entendimiento devenientes (sic) del uso de la lógica por parte del juez, acomodando los juzgadores de instancia dicha prueba en beneficio del demandante. Termina manifestando que, para que exista responsabilidad civil extra contractual o por acto o hecho ilícito, según el fallo de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, dictado en el proceso 81-2006 J. Jiménez – W Batallas, en la sentencia de 13 de marzo de 2006, publicada en el Registro Oficial 361, de 21 de septiembre de 2006, constante en el Repertorio de Jurisprudencia de la Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo LXII, julio a diciembre de 2006, pág. 108, se requiere que concurren los siguientes elementos: a) Que el hecho o acto sea contrario a las normas legales o reglamentarias; b) Que haya dolo, culpa u otro factor determinado por la ley; c) Que exista daño patrimonial o moral; y, d) Que medie un nexo de causalidad entre el hecho o acto ilícito y el daño ...”. (Res. 79-2003; Primera Sala de lo Civil y Mercantil, juicio 43-2002, publicado en el Registro Oficial 87, del 22 de mayo de 2003, G.J. No. 12, serie XVII.CUARTO.- RECURSO DEL ECON. RAFAEL VICENTE CORREA DELGADO.El recurrente considera infringidas las siguientes normas de derecho: Artículo 1 del Mandato Constituyente No. 2 de la Asamblea Constituyente,



publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 261 del día lunes 28 de enero de 2008.- La causal en la que funda el recurso es la primera del artículo 3 de la Ley de Casación.- 4. 1.- Causal primera.- En el libelo del recurso manifiesta que la norma de derecho que estima infringida en la sentencia es la contenida en el artículo 2 del Mandato Constituyente No. 2 de la Asamblea Constituyente, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 261 del día lunes 28 de enero de 2008; se funda en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, exactamente por aplicación indebida de la norma mencionada.

Señala como fundamentos para el recurso que en el presente proceso, ha quedado 16 definitivamente demostrado el daño moral que le ocasionara el Banco Pichincha C.A., por haberle ilegítimamente registrado en la Central de Riesgos de la Superintendencia de Bancos y Seguros, desde agosto de 2001 hasta noviembre de 2005 (cuatro años y tres meses), en calidad de deudor moroso con categoría E, porque supuestamente tenía una deuda con cargo a la tarjeta de crédito Visa Banco La Previsora No. 4565120126654008 con un saldo de USD \$ 136.98; cuya cuenta y contrato lo había terminado antes de salir del país en el año 1997. Sin embargo, dice que los señores jueces, toman como parámetro legal para la determinación del monto indemnizatorio –que reforma la sentencia de primera instancia-, “... el texto del Mandato Constituyente 2, relativo a la remuneración máxima en el sector público que según su artículo 1 ascendería a cinco mil dólares mensuales ...”; es decir, “ustedes están tomando como base para la indemnización, mi remuneración como Presidente Constitucional de la República”, sin ningún fundamento legal acertado, doctrinal ni jurisprudencial.

De hecho, expresa, no existen antecedentes que la reparación de daños morales se efectúe en función de remuneración como mandatario público. Es más, sobre la evaluación del daño moral la tratadista chilena Carmen Domínguez Hidalgo analiza lo siguiente:

“Luego, se ha traducido en una mayor precisión legislativa de los criterios que el tribunal debe tener en cuenta en el momento de apreciarlos y reducirlos a dinero. Tal es así

que la Ley de protección al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que vino a introducir una regulación específica para la protección de estos atributos de la personalidad, expresamente indica que ‘la indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida’”, precisando que para este último parámetro se tendrá en cuenta, en su caso, “‘difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido’ o ‘el beneficio obtenido por el causante de la lesión como consecuencia de la misma’”. Tales criterios son, como se desprende de su tenor, tanto subjetivos (grado de culpabilidad del causante del daño, la reputación del difamado y la consideración de sus circunstancias personales, como la edad, sexo y 17 condición de la persona) como objetivos (beneficio obtenido por el causante de la lesión constitutivo de un enriquecimiento sin causa).” (DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen, El Daño Moral, Tomo II, págs. 687 y 688, Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile, 2002). Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2232 del Código Civil, queda a la prudencia del juzgador la determinación del valor de la indemnización y únicamente le impone dos parámetros: 1) La gravedad particular del perjuicio sufrido; y, 2) La gravedad particular de la falta. / Por consiguiente, no hay mayor fundamento legal para avaluar el daño moral en un equivalente a las remuneraciones mensuales, y si lo hubiera, ustedes ni siquiera han considerado para dicho cálculo las remuneraciones adicionales ni el fondo de reserva. Dice que si de buscar algún fundamento legal se trata, lo único semejante es la norma contenida en el artículo 416 del Código de Procedimiento Penal que dispone lo siguiente: Caso de revisión.-

Cuando la Corte Nacional, aceptando el recurso de revisión, revoque o reforme la sentencia recurrida, el injustamente condenado tiene derecho a una indemnización equivalente al cuádruple de los ingresos percibidos según su declaración de impuesto a la renta, correspondiente al año inmediato anterior de su privación de libertad, en proporción al tiempo que haya permanecido preso.

Además será obligación del Estado proporcionar al injustamente condenado un trabajo acorde con sus antecedentes, formación y necesidades.- Si no existe declaración de impuesto a la renta, la indemnización debe ser igual al cuádruple de una remuneración básica unificada del trabajador en general establecida al momento de ingresar a prisión, por todo el tiempo que haya permanecido privado de su libertad.- Se presume de derecho que las indemnizaciones previstas en el presente artículo incluyen el daño moral.”. Continúa diciendo: “De esta manera, mi angustia sufrida ante el daño moral ocasionado por Banco Pichincha C.A., encontraría su reparación en una cantidad superior a la dispuesta por la Sala, tan solo aplicando la disposición antes transcrita que incluye el daño moral. Es decir, tomando el valor de base de la Sala, más los sueldos adicionales respectivos, multiplicandos por 51 meses y luego multiplicados por



cuatro, resulta una suma superior al millón de 18 Dólares de los Estados Unidos de América. Sin que esto signifique que decline de mi pretensión original indemnizatoria señalada en la demanda”. No obstante esta explicación, deja constancia que no está equiparando la indemnización por el daño moral sufrido, “ya que ésta incluye otra reparación: la de conseguir un empleo, que no estoy pidiendo”.- QUINTO.- En orden lógico corresponde analizar el primer lugar la impugnación realizada por la causal tercera, que en el caso es invocada solamente por el Banco Pichincha C.A..-

La causal tercera se refiere a la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto. Esta causal permite casar el fallo cuando el mismo incurre en inaplicar, aplicar indebidamente o interpretar en forma errónea las normas relativas a la valoración de la prueba, cuando ello ha conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en el fallo impugnado; el recurrente en su fundamentación deberá demostrar el error de derecho en que ha incurrido el Tribunal de instancia, ya que nuestro sistema no admite la alegación del error de hecho en la valoración de la prueba, como causal de casación, pues pertenece al llamado sistema de casación puro. En el caso de la causal tercera, la configuración de la llamada “proposición jurídica completa”, en el supuesto de la violación indirecta, requiere que se señale: a) la norma relativa a la valoración de la prueba que ha sido inaplicada, indebidamente aplicada o erróneamente interpretada; y, b) la norma de derecho sustantivo que, como consecuencia del vicio en la aplicación de la norma de valoración de la prueba, ha sido equivocadamente aplicada o inaplicada. Para integrar la proposición jurídica completa conforme lo requiere esta causal, se deben: a) citar las normas relativas a la valoración de la prueba que el tribunal de instancia ha infringido (aplicado indebidamente, omitido aplicar o interpretado erróneamente), en aquellos casos en los cuales nuestro sistema de derecho positivo establece el sistema de prueba tasada; y, de ser del caso, citar los principios violados de la sana crítica en los casos en los cuales se aplica la misma; y, b) citar las normas sustantivas infringidas 19 (aplicación indebida o falta de aplicación) como consecuencia del yerro en las normas y principios reguladores de la prueba, requisito indispensable para la integración de la proposición jurídica completa y para la procedencia del cargo al amparo de la causal tercera, porque no basta que en la sentencia haya vicio de derecho en la valoración probatoria sino que es indispensable este otro requisito copulativo o concurrente.- 5.1.- La argumentación del Banco Pichincha C.A. se resume en el vicio de falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, porque en la sentencia recurrida se habría hecho una indebida aplicación del Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, y no se habría aplicado el Art. 286 del mismo Código, y como consecuencia, fueron aplicados indebidamente los artículos 2214, 2231 y 2232 del Código Civil.- La prueba que señaladamente impugnan su valoración es la supuesta fundamentación del fallo del Tribunal ad quem en la sentencia dictada por el Juez Sexto de lo Civil de Pichincha, de 15 de junio de 2006, las 09h48, que en copia certificada consta a fs. 531, que es pronunciada en contra del Banco La Previsora, en la que se rechaza la demanda deducida por dicho Banco, porque esa sentencia sería inoponible al Banco Pichincha C.A., porque de acuerdo al Art. 286 del Código de Procedimiento Civil, las sentencias y autos no aprovechan ni perjudican sino a las partes que litigaron en el juicio sobre que recayó el fallo.- Revisado el fallo, esta Sala puede afirmar que el Tribunal ad quem ha valorado correctamente la prueba documental en referencia, porque se trata de una sentencia dictada por el Juez Sexto de lo Civil de Pichincha en el juicio seguido por el Banco la Previsora contra el Econ.

Rafael Correa Delgado, por la utilización de crédito mediante la Tarjeta VISA PREVISORA, que forma parte de la cesión de activos y pasivos realizada por Filanbanco S.A., al Banco Pichincha C.A., que por lo demás no es la única prueba valorada en la que se fundamenta el fallo impugnado.- Por otra parte, el recurrente hace énfasis en la falta de aplicación del principio de la sana crítica que contiene el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, en la sentencia impugnada, pero de manera alguna explica cómo ha ocurrido la inobservancia de los principios de la lógica formal o de los conocimientos científicos 20 generalmente aceptados, que junto a la experiencia de los jueces, son los elementos doctrinariamente aceptados como componentes de la sana crítica, por lo que esta Sala no tiene los elementos necesarios para el control de la legalidad. Por lo expuesto, no se acepta el cargo presentado por el Banco Pichincha C.A. por la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación.SEXTO.- La causal primera se refiere a la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia



o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva. 6.1.- En el recurso de casación por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación no cabe consideración en cuanto a los hechos ni hay lugar a ninguna clase de análisis probatorio, pues se parte de la base de la correcta estimación de ambos por el Tribunal de instancia. Cuando el juzgador dicta sentencia y llega a la convicción de la verdad de determinados hechos, alegados ya sea por la parte actora, ya sea por la parte demandada, en la demanda y en la contestación; luego de reducir los hechos a los tipos jurídicos conducentes, busca una norma o normas de derecho sustantivo que le sean aplicables. A esta operación se llama en la doctrina subsunción del hecho en la norma. Una norma sustancial o material, estructuralmente, tiene dos partes: la primera un supuesto, y la segunda una consecuencia. Muchas veces una norma no contiene esas dos partes sino que se complementa con una o más normas, con las cuales forma una proposición completa. La subsunción no es sino el encadenamiento lógico de una situación fáctica específica, concreta en la previsión abstracta, genérica o hipotética contenido en la norma. El vicio de juzgamiento o in iudicando contemplado en la causal primera, se da en tres casos: 1) Cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y que de haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la escogida. 2) Cuando el juzgador entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella. Incurre de esta manera en un error consistente en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido. 3) Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que no tiene.- 6.2.El Econ. Rafael Correa Delgado invoca la causal primera por aplicación indebida del Art. 1 del Mandato Constituyente No. 2 de la Asamblea Constituyente, publicado en el R.O. Suplemento No. 261 del 28 de enero de 2008, porque el Tribunal ad quem ha tomado como base para la indemnización su remuneración como Presidente Constitucional de la República, sin ningún fundamento legal, doctrinal ni jurisprudencial; pero que si aún existiera ese fundamento, no se ha considerado las remuneraciones adicionales ni el fondo de reserva, y que si de buscar fundamento legal lo único semejante es la norma contenida en el Art. 416 del Código de Procedimiento Penal, que de aplicarse resultaría una indemnización superior al millón de dólares; esta impugnación cuestiona la forma de calcular la reparación por daño moral que ha hecho el Tribunal de última instancia.- Por su parte, el Banco del Pichincha, también impugna la forma de cálculo de la reparación por aplicación indebida del Art. 2232 del Código Civil y falta de aplicación del inciso primero del Art. 7 del mismo código, porque los juzgadores no han determinado la cuantía con “prudencia”, sino aplicando el Mandato Constituyente No. 2 de la Asamblea Constituyente, de manera retroactiva.- 6. 3.- Aunque con diferente argumento los dos recurrentes concuerdan en impugnar la forma cómo el Tribunal ad quem ha fijado el monto de la reparación por daño moral. Este monto indemnizatorio está íntimamente ligado a la naturaleza del derecho protegido, que es por completo subjetivo. Para la existencia del daño moral, no es necesaria la prueba del sufrimiento humano, así se ha expresado la doctrina y la jurisprudencia. “La prueba de la lesión a bienes, derechos o intereses extrapatrimoniales, incluidos los personalísimos, es por su naturaleza innecesaria, otras veces es imposible o sumamente difícil de probar; el daño moral y su intensidad pueden no tener una manifestación externa, quedan en el fondo del alma y ni siquiera exige una demostración: no haría falta la prueba del dolor de un padre que pierde el hijo esperado por mucho tiempo, el que ha de ser sostén de su vejez, para mencionar uno de los más crueles. El daño resarcible no se evidencia, como frecuentemente ocurre con los perjuicios patrimoniales. Por lo mismo, en la doctrina y en la jurisprudencia se ha concluido en que no se requiere una prueba directa de su existencia. El padecimiento se tiene por supuesto por el hecho antijurídico que lo provoca y es suficiente la valoración objetiva de la acción antijurídica. Para las lesiones del espíritu rige el principio in re ipsa. La prueba del daño moral deberá ser la del hecho ilícito que lo ha provocado, el delito o un cuasidelito que han afectado a bienes jurídicamente protegidos, y el de la atribución del mismo al que causó el daño y los fundamentos para declararlo responsable” (Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8. Página 2295. Quito, 17 de abril de 2002).

De acuerdo con nuestro ordenamiento legal la reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del Juez la determinación del valor de la indemnización reclamada, atentas las circunstancias previstas en el inciso primero del artículo 2232 del Código Civil.

El inciso tercero de la norma últimamente citada deja a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización, lo cual es perfectamente coherente con la naturaleza subjetiva



del daño moral, por lo que cualquier método de cálculo del daño, por salarios básicos, impuesto a la renta, indexación por índice de precios, etc., que son propias para fijar indemnizaciones de daños y perjuicios materiales u objetivos, que no se han demandado en este juicio, y que por tanto no deben aplicarse.- Por lo expuesto, cuando el Tribunal ad quem fija el monto de la reparación haciendo un cálculo en base al Mandato Constituyente 2, relativo a la remuneración máxima en el sector público, está utilizando un método ajeno a la naturaleza subjetiva del daño moral y por lo tanto existe aplicación indebida del mencionado Mandato Constituyente No. 2 de la Asamblea Constituyente, motivo por el cual se acepta el cargo propuesto por el Econ. Rafael Correa Delgado; por lo que se vuelve innecesario considerar los demás cargos. SÉPTIMO.-

Debido a que existe motivo para casar la sentencia, de conformidad a la norma del Art. 16 de la Ley de Casación, esta Sala procede a expedir la que corresponde.- 7.1.- De fojas tres a once de los autos de primera 23 instancia comparece el economista Rafael Vicente Correa Delgado, quien luego de consignar sus datos y generales de ley dice: "... En el mes de septiembre de 2002, al solicitar la emisión de la tarjeta de crédito DINERS, me enteré que me encontraba registrado en la central de riesgos del Banco del Pichincha como deudor moroso, con categoría E, pues según se me dijo mantenía una deuda con cargo a la tarjeta VISA 4565120126654008 y que el saldo adeudado era de US \$ 136,98. En vista de que la obligación que se afirmaba y adeudaba se encontraba cargada a una tarjeta de crédito que mantuve con el Banco La Previsora y cuya cuenta y contrato lo había terminado antes de que yo saliera del país, entre 1997 y 2001, mediante carta de 12 de septiembre de 2002, recibida el 17 de septiembre de 2002, solicité al Banco del Pichincha (hoy Banco Pichincha) que me entregue los respectivos estados de cuenta, con el fin de revisarlos y determinar el origen de la obligación.

De hecho, en aquella ocasión señalé que la información que aparece en una pantalla de computadora no es respaldo suficiente para exigir el pago, y, más aún para que se me registre por primera vez en mi vida en una central de riesgo. Pese a que en dicha comunicación constaba con toda claridad y exactitud mi dirección, teléfonos y dirección electrónica, no recibí ninguna respuesta. No debo dejar de señalar que verbalmente se me informó

que la información solicitada no la tenía el Banco y únicamente se exigía el pago en función de la información que aparecía electrónicamente.

Posteriormente, el 3 de enero de 2003, insistí en mi pedido sin que tampoco reciba respuesta alguna. Por ello, el 10 de abril de 2003, mi abogado el Dr.

Alejandro Ponce Villacís, remitió una tercera comunicación, en la que expresamente solicitó que me elimine del sistema "como deudor, pues no existe deuda", así mismo, mi abogado solicitó que la información que constaba en la central de riesgos sea eliminada como crédito incobrable. Sin embargo, una vez más no obtuve respuesta. Ante esta situación, en la que el Banco Pichincha mantenía silencio y se negaba de hecho a entregar la información solicitada, el 14 de mayo de 2003, presenté una queja ante la Superintendencia de Bancos por la conducta arbitraria del Banco Pichincha. Por ello, el 21 de 24 mayo de 2003 el Director de Reclamos de la Superintendencia de Bancos me informó que se estaba "oficiando al Banco del Pichincha a fin de que remita toda la información" sobre mi reclamo. Dos meses más tarde, esto es el 21 de julio de 2003, recibí el oficio No. DCR-2003-903 suscrito por el Director de Consultas y Reclamos, encargado, de la Superintendencia de Bancos y Seguros, en el que me informó que: "en la escritura de transferencia de activos y pasivos que hizo Filancard S.A. (sic) a favor del Banco del Pichincha C.A. en la Notaría Pública Trigésimo Quinta del Cantón Guayaquil, consta el nombre del señor Rafael 4565120126654008.

Correa con saldo deudor tarjetahabiente No.

Igualmente, informa que revisada la documentación de acciones judiciales, el señor Rafael Vicente Correa Delgado había sido demandado por el Banco la Previsora por morosidad en su tarjeta, causa esta que se ha presentado el 23 de abril de 1999". Además se adjuntó ha dicho oficio "la documentación remitido por el Banco del Pichincha".

Entre los documentos remitidos constaba una copia simple y diminuta de la escritura de Tránsito de Activos y pasivos que hace Filancard S.A. en Favor (sic) del Banco del Pichincha C.A., varios documentos impresos que se afirman son estados de cuenta que demuestran la falta de causa en la obligación exigida y el anatocismo en que se incurre, así como una copia de la demanda que había sido para ser tramitada ante el Juzgado Tercero de Civil de Pichincha. En estas condiciones, y dada la clara renuencia del Banco Pichincha a modificar su conducta, comparecí ante el Juez Tercero de lo Civil de Pichincha, sin haber sido citado, en el juicio verbal sumario 613-99-GB, dándome por citado, señalando casillero judicial y solicitando que se fijen día y hora para la audiencia de conciliación. El día 21 de enero de 2004 se realizó la audiencia de conciliación, a la que no acudió ni la actora ni su aparente



cesionario o sucesor en el derecho. Durante dicha audiencia, interpusé mis excepciones, las mismas que fueron concordantes con lo señalado en las distintas comunicaciones dirigidas al Banco Pichincha. Durante la etapa probatoria, ni la parte actora ni su supuesto sucesor en derecho comparecieron al proceso ni pidieron la práctica de prueba alguna. Yo, como demandado, solicité la práctica 25 de distintas diligencias probatorias tendientes a demostrar que la obligación demandada no solo era inexistente sino que además habría resultado imposible que la misma hubiera tenido origen por haberme encontrado fuera del país, precisamente en las fechas en las que supuestamente se generó la obligación. En vista de que existió una demora por más allá de los términos previstos en la ley, para resolver, demandé la recusación al Juez Tercero, demanda que fue aceptada, por lo que el caso pasó a ser conocido y resuelto por el Juez Sexto de lo Civil de Pichincha, quien el 15 de junio de 2006, a las 9h48, dictó sentencia, la misma que se ejecutorió, en la que consideró y declaró lo siguiente: “CUARTO.- El encausado con el aporte probatorio, a más de haber justificado que durante el lapso comprendido entre el mes de agosto de 1997 y agosto del 2001, se hallaba fuera del país ha probado también la imposibilidad de realizar consumos con la tarjeta de crédito, que se corrobora con la actitud nugatorio (sic) del accionante para exhibir los comprobantes de los consumos o las copias de los estados de cuenta notificados al demandado;

en tal virtud, la obligación no tiene soporte y se vuelve inexistente y, siendo inexistente, la misma carece de derecho del actor para proponer la demanda” (lo subrayado es mío). Así, resulta claro que el Banco Pichincha, actuando como cesionario de un derecho inexistente y de una obligación inexistente, a sabiendas de que ésta era la realidad, se abstuvo de corregir su error, y peor aún sin atender mis pedidos que se limitaban a acceder a los documentos que supuestamente justificaban la existencia de la supuesta deuda, resolvió deliberadamente mantenerme como deudor moroso y reportado a la central de riesgos con una categoría E, es decir, como deudor incobrable. Esta conducta del Banco me causó graves daños y me continúa causando daño, no sólo porque no tuve acceso durante más de cinco años a créditos dentro del sistema financiero, sino que además esta información se hizo pública en la época en la que actué como Ministro de Economía, lo cual afectó a mi imagen pública. Inclusive hoy, pese a que existe una sentencia ejecutoriada aún aparece en mi historial crediticio la operación que fue declarada como inexistente judicialmente”. Continúa manifestando que: “El Art.

26 1453 del Código Civil reconoce que las obligaciones nacen, entre otras fuentes, de los hechos que infieren injuria o daño a otra persona. En concordancia con esta norma, el Art. 2231 del Código Civil dispone que: “Art. 2231.-

Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no solo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral”. Adicionalmente, el Art. 2232, que se refiere con mayor claridad al daño moral, dispone lo siguiente: “Art. 2232.- En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.

Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes.

La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización, atentas las circunstancias previstas en el inciso primero de este artículo”. En el presente caso, el Banco Pichincha C.A. (antes Banco del Pichincha C.A.), me ha causado un grave daño moral al haberme incluido como un deudor moroso en la central de riesgos y haberme dado la calificación de E, en dicha central. Conforme, se ha señalado, dicha condición jamás la tuve, pues nunca existió obligación alguna ni deuda alguna, hecho que fue siempre conocido por el Banco demandado, al extremo que, habiendo solicitado, tanto extrajudicial como judicialmente la presentación y exhibición de los documentos que habrían justificado la existencia de la obligación, jamás lo hizo, pues no existe ni existió obligación alguna, conforme lo determinó el Juez Sexto de lo Civil de Quito.

Evidentemente, el Banco Pichincha no sólo buscó causarme un daño, al reportarme a la central de riesgos como deudor moroso, sino que además con dicha conducta buscó obtener el pago de una obligación inexistente y con ello lograr un enriquecimiento sin causa. La conducta del



Banco Pichincha y su afirmación al reportarme como deudor, claramente afectó mi crédito y mi credibilidad ante el sistema financiero, pues por varios años no pude ser sujeto de crédito, pues aparecía como deudor moroso. Es importante señalar que el hecho de reportarme como deudor moroso significó que dentro del sistema financiero yo me encuentre acusado de incumplir con las obligaciones con una institución del sistema. Por ello cabe recordar en este sentido que la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que, "... no se debe lanzar acusaciones que atenten gravemente contra el honor y el buen nombre de las personas" (Gaceta Judicial Año XCVI No. 6). Es sumamente claro que la imputación de una calidad que no tenía, es decir la de deudor moroso, constituye un grave daño a mi buen nombre. Más aún, cuando dicha imputación se hizo pública mientras me encontraba desempeñando las funciones de Ministro de Economía. La emisión y circulación de información falsa, a sabiendas de que es falsa, y peor aún información relativa a la supuesta falta de pago de una obligación, que se conoce es inexistente, constituye una clara conducta dolosa por parte del Banco Pichincha, conducta que me causó claramente daños morales y a mi crédito. Afirmo que el Banco Pichincha conocía de tal situación pues ante mis reiterados pedidos de presentación de los documentos que habrían justificado la obligación, el Banco lejos de reconocer su error mantuvo silencio y de hecho jamás pudo presentar tales justificativos, ni aún ante la orden judicial, lo cual quedó claramente evidenciado durante la inspección judicial realizada en el Banco. El Banco Pichincha, pretendió en mi caso, utilizar mecanismos indirectos e ilegales para obtener el cobro de una obligación inexistente, así, lejos de intervenir en el proceso, que este mismo informó sobre su existencia a la Superintendencia de Bancos, resolvió no intervenir en el proceso y prefirió mantenerme reportado a la central de riesgos como deudor moroso. Con ello, 28 deliberadamente buscó causarme un daño. La existencia de daño siempre genera la obligación de indemnizar y habiéndome causado daño el Banco Pichincha tiene la obligación de indemnizarme. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, en un caso que mantiene semejanzas con el mío, sostuvo que: "La atribución para su sanción, a persona plenamente identificada, con nombres y apellidos, de hechos que evidentemente la hacen desmerecer del público aprecio social y comercial, configura un daño moral..." (Sentencia de Casación en el juicio que siguió Alfonso Sáenz Alomía contra Banco Amazonas, R.O, 66 de 27 de abril de 2000)." Por lo que, al demandar dice que: "En virtud de los fundamentos de hecho y de derecho que anteceden, demando al Banco Pichincha C.A., representado por el señor Antonio Acosta Espinosa, para que, en sentencia, sea condenado a la indemnización de daños y perjuicios por los daños morales que me ha causado. En virtud de lo señalado, usted Señor Juez fijará una indemnización que no sea inferior a cinco millones de dólares de los Estados Unidos de América". 7.2.- Citada la parte demandada, el señor Alfonso Antonio Acosta Espinosa, en su calidad de Presidente Adjunto y representante legal del Banco Pichincha C.A., comparece a fojas 19 del expediente y contesta la demanda de la siguiente manera: "Niego pura y simplemente todos los fundamentos de hecho y de derecho de la acción planteada y, adicionalmente y en forma concreta, alego lo siguiente: 1. Improcedencia de la acción. 2. La relación de los hechos constante en la demanda es incompleta, parcial e inexacta. 3. El Banco que represento, a través de sus representantes y empleados, no ha realizado ningún acto que hubiera podido causar un supuesto daño moral al demandante. 4. Atentos el contenido de la demanda y la relación del hecho que supuestamente ha causado un daño moral al actor, en forma subsidiaria alego la prescripción de la acción para demandarlo".

Trabada de esta forma la litis y por falta de acuerdo en la junta de conciliación que consta a fojas veintiséis, se abrió la causa a prueba; y el Juez Primero de lo Civil de Pichincha dictó sentencia aceptando la demanda y fijando en cinco millones de dólares de los Estados Unidos de América la indemnización que debía pagar el Banco Pichincha C. A. al señor Rafael Vicente Correa Delgado, 29 por los daños morales a él causados. De esta sentencia el señor Antonio Alfonso Acosta Espinosa, en calidad de Presidente Adjunto y representante legal del Banco Pichincha C.A., presentó recurso de apelación. Luego del trámite correspondiente, la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Pichincha, dictó sentencia en la que admite el recurso de apelación presentado por el Banco demandado y reforma la sentencia fijando el monto de la indemnización en la cantidad de trescientos mil dólares de los Estados Unidos de América; fallo respecto del cual las partes presentaron sendos recursos de casación.- 7.3.- No existe omisión de solemnidad sustancial ni violación de trámite, por lo que se declara la validez del proceso.- 7.4.- Corresponde al actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio y que ha negado el reo; el demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa (Art. 113 Código de Procedimiento Civil), pero cada parte está



obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la ley (Art. 114 íbidem).- OCTAVO:

La doctrina y jurisprudencia nos permiten establecer los siguientes elementos del daño moral y la acción: 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. Mas, en caso de imposibilidad física de aquella, podrán ejercitarla su representante legal, cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad. De haber producido el hecho ilícito la muerte de la 30 víctima podrán intentarla sus derecho habientes, conforme a las normas de este código (Art. 2233 del Código Civil). 7)

Las indemnizaciones por daño moral son independientes por su naturaleza, de las que, en los casos de muerte, de incapacidad para el trabajo u otros semejantes, regulan otras leyes (Art. 2234 del Código Civil) (Gil Barragán Romero. Elementos de daño moral, Edino, 1995).- 8.1.-

La parte demandada ha aportado como prueba a su favor, lo siguiente: 1.- Los registros históricos de la Central de Riesgos del actor, a partir del año 1997, y, con calificación E, desde el 31 de agosto de 1998, los mismos que van de desde fojas 36 en adelante, donde efectivamente se puede apreciar que consta el nombre de Rafael Vicente Correa Delgado, con calificación B desde el 31 de diciembre de 1997, con calificación C, desde el 28 de febrero de 1998, D desde el 31 de mayo de 1998 y E desde el 31 de agosto de 1998, en adelante; 2.- Copia certificada de la escritura pública No. 1404, de transferencia de activos y pasivos que hace FILANBANCO S.A. a favor del Banco Pichincha C.A., otorgada el 24 de agosto del 2001, ante el Notario Trigésimo Quinto del Cantón Guayaquil, Ab. Roger Arosemena Benítez, que, adicionalmente, contiene el acuerdo general del Estado Ecuatoriano, único accionista del Filanbanco S.A., representado por el Ministro de Economía y Finanzas, los bancos Pichincha C.A., Guayaquil S.A., Bolivariano C.A., Produbanco y Filanbanco S.A. , para la transferencia de activos del Filanbanco y asunción de sus depósitos a la vista; el detalle de la cartera de Visa Previsora, cortado al 30 de julio de 2001, en que compra al Banco del Pichincha C.A., y en el que claramente se puede apreciar el nombre del actor en la foja signada con número 0027800 y que consta a fojas 329 del expediente; 3.- El Oficio No.

DCR-2003-566, del 20 de mayo de 2003 en el que Santiago Moreno Montiel, en su calidad de Director de Consultas y Reclamos de la Superintendencia de Bancos y Seguros solicita a Antonio Acosta Espinosa, en su calidad de Gerente General del Banco Pichincha, informe detalladamente, sobre el reclamo presentado por el economista Rafael Correa, por cuanto, al decir del reclamante, ha sido reportado a la central de riesgos, por una supuesta deuda con cargo a la tarjeta Visa Banco La Previsora No. 4565120126654008 y que 31 mediante contrato de compraventa de cartera habría pasado a manos del Banco Pichincha, oficio al cual Patricio Ron Torres, en su calidad de Procurador Judicial del Banco Pichincha C.A., en la Notaría Pública Trigésimo Quinta del Cantón Guayaquil se aprecia el nombre de Rafael Correa, con saldo deudor tarjeta habiente No. 4565120126654008; lo que demuestra que, efectivamente, en la transferencia mencionada constaba el nombre del actor, hecho éste que resulta indiscutible, mismo que también el demandado solicita se agregue y se tenga como prueba de su parte, en la que se informa de manera reiterativa que el nombre de Rafael Correa consta en la escritura de transferencia de activos y pasivos que hizo Filanbanco a favor del Banco del Pichincha C.A., con saldo deudor de U.S. \$160.33 por el uso de la ya mencionada tarjeta;

además, informa que, revisada la documentación de acciones judiciales, consta que actor ha sido demandado por el Banco La Previsora por morosidad en su tarjeta, causa ésta que se ha presentado el 23 de abril de 1999; 4.- El oficio No. INIF-SAIFQ1-2005 de fecha 18 de julio de 2005, dirigido al economista Fernando Pozo Crespo, en su calidad de Gerente General del Banco Pichincha C.A., suscrito por Oscar Andrade Veloz, en su calidad de Intendente Nacional de Instituciones Financieras, mediante el cual se solicita información sobre el contenido del oficio MEF-SGC-2005-1287 de 17 de junio del 2005, suscrito por Rafael Correa Delgado, Ministro de Economía y Finanzas, sobre la situación de la supuesta obligación que mantiene el referido funcionario como titular de la tarjeta de crédito No. 4565120126654008, emitida por



Banco La Previsora y que por compra de cartera hoy pertenecía al Banco Pichincha C.A., al cual se responde con oficio de fecha 21 de julio de 2005, insistiendo respecto del contenido de la escritura pública de 24 de agosto de 2001, otorgada en la Notaría Trigésima Quinta del Cantón Guayaquil, cuya obligación habría tenido origen en la tarjeta Visa Previsora ya referida, sobre la demanda para obtener el pago de la obligación, que se tramitaba ante el Juez Tercero de lo Civil de Pichincha, todo esto que fue ya materia del informe también referido, según oficio No. DCR-2003-903, diciendo además que no corresponde al Banco Pichincha C.A. presentar los justificativos; y, que si la 32 decisión sobre el origen de ésta obligación vencida, contraída por el deudor con el Banco La Previsora antes de 1997 y vendida por el Filanbanco S.A. a nosotros en el 2001; y, que si la decisión del Juez de lo Civil fuera favorable al deudor, extinguiendo la deuda, el acreedor, como es su derecho, solicitará al Filanbanco S.A., el reintegro de lo pagado por la transferencia de ese activo a su favor, lo que demuestra lo referido anteriormente, esto es, que la historia de la obligación se reduce a la escritura de transferencia tantas veces citada, pero nada dice respecto al registro en la central de riesgos; 5.- Copia certificada de un comprobante de pago del Banco Pichincha C. A., cuenta VS 4565-12012665-4008, nombre Rafael Correa, efectivo \$164.99, fecha 2005-12-20, asimismo, certificado de fecha 20 de diciembre de 2005, dirigido a Rafael Correa por medio del cual se certifica que el ex tarjeta habiente, con fecha 20 de diciembre del 2005, canceló su obligación pendiente de pago, por lo que no mantiene obligación alguna con “nuestra institución” de la tarjeta antes referida;

lo que de ninguna manera quiere decir que la obligación haya sido aceptada por el actor, más aún cuando mediante oficio No. 015.RC.FV.05 de fecha 05 de enero de 2006, que también es solicitado y aportado al proceso como medio de prueba, dirigido a la abogada María Ángela Gavilanes, del Departamento Legal de Visa – Banco del Pichincha, el economista Rafael Correa presenta un reclamo indicando que la obligación pendiente de pago que constaba en la central de riesgos bajo su nombre, se trata de un proceso jurídico que se encontraba en disputa y que, por tanto, se revise el proceso ya que el pago realizado por su secretaria no fue con su autorización, puesto que ella desconocía de este juicio, indicando además que el Banco MM Jaramillo Arteaga solicitó de manera urgente se realice ésta cancelación ya que solicitó un crédito personal y si no se cumplía con dicho pago se revertiría el préstamo aprobado. Hecho éste que ataría el daño, a más del moral, al enriquecimiento injusto. Estas pruebas actuadas por la parte demandada hacen concluir que la información en la que constaba el economista Rafael Correa Delgado, como deudor tarjeta habiente nació con la escritura de transferencia referida en los literales precedentes; y, que el registro en la central de riesgos se produjo por 33 parte de quienes regentaban la dirección y administración de la tarjeta Visa Banco La Previsora. No obstante, de esa misma escritura se infiere, que en su cláusula quinta, referente a las obligaciones del Filanbanco, que era obligación del Banco del Pichincha entregar toda la información recopilada de los tarjeta habientes, como requisito para el otorgamiento de las tarjetas de crédito Visa Filanbanco, Visa Banco La Previsora y FilanCARD, así como todos los contratos de emisión y uso de tarjetas de crédito Visa Filanbanco, Visa Banco La Previsora y FilanCARD y los correspondientes estados de cuenta; así también era obligación del Filanbanco ceder a favor del Banco Pichincha C.A. todos los derechos litigiosos que le asisten respecto de las acciones judiciales que ha iniciado en contra de los deudores morosos de las tarjetas de crédito Visa Filanbanco, Visa Banco La Previsora y FilanCARD, cuya cartera se transfiere en virtud de éste contrato. La cesión de los derechos litigiosos referidos deberá

realizarse en los términos establecidos en la ley.

Estas obligaciones lógicamente precautelan los intereses del Banco Pichincha C.A., para que éste pueda recuperar la cartera vencida ejerciendo los derechos que le corresponden por dicha transferencia, pero de los recaudos analizados no se aprecia documento alguno que evidencie la obligación contraída por el economista Correa Delgado, sino que solamente la fuente de información de la operación de la tarjeta de crédito fue de carácter informática, es decir a través del centro de cómputo, según lo refiere el numeral tres de la cláusula tercera del contrato aquí analizado y del rol de la foja 0027880, que consta a fojas 329 del expediente, donde se lee el nombre de Correa Delgado Rafael, y cuyo saldo de cartera asciende a la suma de \$ 97.29. Está probado que existía un registro sobre la obligación presuntamente adeudada por el economista Rafael Correa y que, por efectos de la transferencia analizada pasó a los registros como obligación vencida del Banco Pichincha C.A., manteniéndose su nombre en la central de riesgos; es claro también que esa deuda fue posteriormente cancelada por una persona



allegada al presunto deudor, por efecto de la cual se levantó la calificación del registro de dicha central.

inaceptable que el Por otra parte, es Banco Pichincha C.A. afirme que no corresponde a su 34 institución presentar los justificativos sobre el origen de la obligación vencida, contraída por el deudor con el Banco La Previsora, antes de 1997 y vendida por el Filanbanco al Banco Pichincha C.A. en el año 2001, ya que era obligación de las dos instituciones financieras el mantener una información fidedigna, especialmente sobre las obligaciones vencidas, tanto para resguardar los intereses de quienes participaron en la transferencia, cuanto para proteger los derechos de los terceros que podrían resultar perjudicados al momento de la recaudación. Este criterio concuerda con el emitido por el Director de Consultas y Reclamos de la Superintendencia de Bancos y Seguros, mediante oficio No. DCR-2003-614, de fecha 3 de junio de 2003, que consta a fojas 501 de los autos, y que dice: "... esta Dirección requiere que se envíe copia del documento de respaldo de la obligación, que debió haber sido entregado al momento de la suscripción de la escritura de transferencia de activos y pasivos ...". 6.- El informe pericial que consta de fojas 712 a 723 de los autos, cuya experticia se ha efectuado de un Cd -R tipo Imation, en el que se encuentra escrito "Cadena Radial Demanda Bco. Pichincha 12-05-7", del que se concluye que se trata de una grabación directa, que la frecuencia de grabación es continua, que la voz del economista Rafael Correa Delgado, Presidente de la República, es auténtica, y, que no existe ninguna alteración ni sonomontajes. Además anexa una transcripción, que una vez analizada, en nada aporta para demostrar los aciertos de la parte demandada sobre los cuales se trabó la litis.- 8.2.- El actor presenta las siguientes pruebas: 1.- Copia certificada de la comunicación de fecha 29 de mayo de 2007, suscrita por Carlos Pérez Barriga, y la nota informativa titulada "Hoy vence plazo para funcionarios morosos", en cuyo texto se lee: "

en la lista de la comisión legislativa también consta el Ministro de Economía y Finanzas, Rafael Correa, con un valor pendiente con el Banco del Pichincha calificado en el riesgo E ...";

2.- Oficio No. DNE-2006-593 de fecha 31 de agosto de 2006 suscrito por el doctor Rodrigo Espinosa Bermeo, en su calidad de Director Nacional de Estudios de la Superintendencia de Bancos, que informa:

" ... que de la revisión a la base de datos de la central de riesgos, reportada por el sistema 35 financiero a este organismo de control, se observa que a nombre de Correa Delgado Rafael Vicente, con cédula de ciudadanía No. 0908813512, en el historial crediticio registra operaciones como tarjeta habiente con el Banco Filanbanco en liquidación y el Banco del Pichincha, desde marzo de 2001 y agosto de 2001, respectivamente, las mismas que a esta fecha se encuentran canceladas ...". 3.- Oficio No. DNE-2006-646, de fecha 02 de octubre de 2006, suscrito por el doctor Rodrigo Espinosa Bermeo, en su calidad de Director de Estudios de la Superintendencia de Bancos, en el que dice: "... que esta institución no crea ni responde por el contenido de dicha base de datos ya que los datos individuales que provienen de la central de riesgos son suministrados por las instituciones del sistema financiero"; así mismo, a éste, se adjunta una comunicación de fecha 13 de septiembre del 2006, suscrita por el señor Antonio Acosta Espinosa, en la que, entre otras cosas que ya fueron analizadas, dice que: "... revisada adicionalmente la información constante en nuestro sistema de computación, al señor Rafael Correa Delgado, portador de la cédula de ciudadanía No. 090881351-2 se le había extendido la tarjeta No.

4565120126654008, y mantenía el saldo indicado en el numeral 1 precedente, por ello se justificaba su reporte en el sistema de central de riesgos ....". 4.- La exhibición de documentos constantes a fojas 557, 558 y 559, cuya acta consta a fojas 560 del proceso, mismos que demuestran que existieron múltiples comunicaciones dirigidas por el economista Correa Delgado al Banco Pichincha C.A., solicitando el soporte de la deuda que a él se le atribuía, documentos éstos que no obran del proceso; 5.- Oficios Nos. DNE-2006-593, DNE-2006-646 de fechas 31 de agosto de 2006 y 2 de octubre de 2006, suscritos por el doctor Rodrigo Espinosa Bermeo, en su calidad de Director Nacional de Estudios de la Superintendencia de Bancos y Seguros, y la comunicación de fecha 13 de septiembre de 2006, suscrita por Antonio Acosta Espinosa, dirigida al Director Nacional de Estudios de la Superintendencia de Bancos y Seguros, que ya fue analizada en el considerando anterior; 6.-

Solicitud de 01 de agosto del 2006 suscrita por el doctor Jaime Pazmiño Ochoa, que hace referencia al oficio No. DNE-2006-593, y a todos los reclamos 36 presentados por el actor en contra del Banco Pichincha C.A., mismas que también han sido motivo de análisis en el considerando precedente; no obstante, vale recalcar que el objeto principal de esos reclamos era la exhibición, la demostración de los respaldos de la presunta obligación, por la cual se



mantenía al economista Correa Delgado constando en la central de riesgos, respaldos éstos, que, como se ha dicho nunca se entregaron; al contrario, como ya se expuso, el representante del Banco Pichincha C.A.

sostiene que no es obligación de la mencionada institución bancaria demostrar la existencia de su deuda con el Banco La Previsora, situación ésta que ya mereció análisis en este fallo y que ha sido considerada como inaceptable; 7. Copia certificada de la sentencia dictada por el Juez Sexto de lo Civil de Pichincha, de 15 de junio de 2006, a las 09h48, constante a fojas 531 de los autos, en cuyos considerandos se lee:

“PRIMERO.-

La demanda se ha sometido al trámite legal correspondiente, en su curso se han observado las solemnidades de ley por lo que se declara la validez de lo actuado. SEGUNDO.- De conformidad con lo señalado en los artículos 113 y 114 del procedimiento civil cada parte se halla obligada a producir prueba suficiente a fin de robustecer sus requerimientos; excepción hecha de aquellas que por ley se presuman. TERCERO.- El Banco La Previsora, a través de su Procuradora Judicial, Dra. Myriam Noboa Mejía, demanda el pago de la suma de S/.

1'660.634,00 por los consumos realizados con la tarjeta Visa Previsora No.

4565120116654008 a su titular Rafael Vicente Correa Delgado. Al efecto, para fundamentar lo expuesto en su demanda como disposición legal invocada, a más de la presentación de su demanda, no ha gestionado el juicio, tampoco ha hecho uso del término probatorio y por ende no ha evacuado medio alguno de prueba. Por lo que la causa no tiene asidero legal. CUARTO.- El encausado, con el aporte probatorio a más de haber justificado que durante el lapso comprendido entre el mes de agosto de 1997 y agosto del 2001, se hallaba fuera del país, ha probado también la imposibilidad de realizar consumos con la tarjeta de crédito, que se corrobora con la actitud nugatoria del accionante para exhibir los comprobantes de los consumos o las copias de los estados de 37 cuenta notificados al demandado; en tal virtud, la obligación no tiene soporte y se vuelve inexistente y, siendo inexistente la misma, carece de derecho el actor para proponer la demanda.

Por las consideraciones anotadas y sin que haya necesidad de un mayor análisis de la prueba actuada, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, aceptándose las excepciones, por falta e insuficiencia de pruebas por parte del accionante, se rechaza la demanda.

Previsora ...”.

Con costas a cargo del Banco La Con esta certeza jurídica resulta indiscutible la inexistencia misma de la obligación en virtud de la cual se registró en la central de riesgos al economista Correa; g) Se ha aportado como prueba del actor el proceso que motivó la sentencia analizada en el literal anterior, razón por la cual no merecen volver a hacerlo; h) De la confesión judicial rendida por Acosta Espinosa se puede apreciar que el Banco Pichincha C.A. no tiene ni ha tenido en su poder los vales o vouchers que justifiquen consumos realizados por el actor con su tarjeta Visa Banco La Previsora, así mismo que es verdad que el Banco Pichincha C.A. aún a pedido de la Superintendencia de Bancos no remitió a esta entidad de control, copias de los comprobantes de consumo que supuestamente justificaban la existencia de la obligación, ya que es verdad que el Banco no recibió los vouchers que dieron origen a tal obligación, así también que el Banco Pichincha C.A. mantuvo el registro en la central de riesgos desde la fecha que adquirió la cartera hasta cuando el economista Correa pagó su acreencia.- 8.3.- El tratadista Dr. Enrique V. Galli, respecto de la definición de daño moral, dice que: “Si se tiene en cuenta la naturaleza de los derechos lesionados, el agravio moral consiste en el desmedro sufrido en los bienes extrapatrimoniales, que cuentan con protección jurídica.- Si se atiende a los efectos de la acción antijurídica, el agravio moral es el daño no patrimonial que se infringe a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley”. (Dr.

Enrique V. Galli. Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo I, p 604. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1954). Guillermo Cabanellas, en su conocido Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, define al daño moral como la lesión que sufre una persona en su honor, reputación, afectos o 38 sentimientos por acción culpable o dolosa de otra.- Para la existencia del daño moral, no es necesario la prueba del sufrimiento humano, así se ha expresado la doctrina y la jurisprudencia. “La prueba de la lesión a bienes, derechos o intereses extrapatrimoniales, incluidos los personalísimos, es por su naturaleza innecesaria, otras veces es imposible o sumamente difícil de probar; el daño moral y su intensidad pueden no tener una manifestación externa, quedan en el fondo del alma y ni siquiera exige una demostración: no haría falta la prueba del dolor de un padre que pierde el hijo esperado por mucho tiempo, el que ha de ser sostén de su vejez, para mencionar uno de los más crueles. El daño resarcible



no se evidencia, como frecuentemente ocurre con los perjuicios patrimoniales. Por lo mismo, en la doctrina y en la jurisprudencia se ha concluido en que no se requiere una prueba directa de su existencia. El padecimiento se tiene por supuesto por el hecho antijurídico que lo provoca y es suficiente la valoración objetiva de la acción antijurídica. Para las lesiones del espíritu rige el principio *in re ipsa*. La prueba del daño moral deberá ser la del hecho ilícito que lo ha provocado, el delito o un cuasidelito que han afectado a bienes jurídicamente protegidos, y el de la atribución del mismo al que causó el daño y los fundamentos para declararlo responsable” (Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8. Página 2295. Quito, 17 de abril de 2002).

De acuerdo con nuestro ordenamiento legal la reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del Juez la determinación del valor de la indemnización reclamada, atentas las circunstancias previstas en el inciso primero del artículo 2232 del Código Civil.

En la especie, es claro que al registrar en la central de riesgos al actor, y mantener ese registro a pesar de no tener los documentos que respaldaban la obligación, se comete un acto antijurídico, que produce daño al afectado, más aún cuando esta información se ha difundido por parte de los medios de comunicación mancillando el honor, el derecho al buen nombre, desprestigiándolo, considerando además que éste había recurrido por distintos medios, tanto a la entidad que mantiene el registro, cuanto al organismo de control sin que se le haya atendido a su pedido, esto es, la demostración de la obligación y de no existir aquella, el retiro inmediato del registro de la central de riesgos. Con la sentencia analizada en líneas anteriores, existe certeza de la inexistencia de la obligación que motivó el mantenimiento indebido en la central de riesgos.- 8.4.- La norma del Art. 2235 del Código Civil señala que las acciones que concede este Título por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto. Los actos ilícitos, sean estos delitos o cuasidelitos, son fuentes de obligaciones que pueden extinguirse por la prescripción. 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 proporcionaba 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 extintiva.- 8.5.- Identificado como ha sido el hecho antijurídico, el padecimiento se tiene por supuesto y es suficiente la valoración objetiva, como se ha estudiado extensa y detenidamente en el presente caso, razón por la cual, procede la reparación porque el actor ha sufrido daño moral que debe ser indemnizado por quien lo causó.- 8.6.- Sobre el monto de la indemnización, 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. El tratadista Dr. Enrique V. Galli explica que “es exacto que resulta difícil encontrar reparación adecuada al agravio moral. 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. Aunque incompleta y relativa, la resarcibilidad es siempre reparadora, y, en estas condiciones, preferible al desconocimiento del derecho”. (Dr. Enrique V. Galli. Enciclopedia 40 Jurídica OMEBA. Tomo I, p. 606. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1954).- Nuestra legislación, en el Art. 2232 del Código Civil, reconoce la reparación en dinero, dejando a la prudencia del juzgador la determinación de su valor. La prudencia, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de templanza, cautela, moderación, sensatez, buen juicio.- Por la motivación que antecede, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, casa el fallo dictado por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 27 de julio del 2009, las 16h34, y en su lugar, atentas las circunstancias analizadas, y en uso de la facultad conferida por el inciso final del Art. 2232 del Código Civil, se fija la indemnización pecuniaria, a título de reparación, en seiscientos mil dólares de los Estados Unidos de América que deberá pagar el Banco Pichincha C.A., al Econ. Rafael Vicente Correa Delgado. Sin costas.- Léase y notifíquese.- f. Dr.



Manuel Sánchez Zuraty, Dr. Carlos Ramírez Romero, Dr. Galo Martínez Pinto .-Jueces de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. Certifico. Dr. Carlos Rodríguez, Secretario Relator.-  
41 CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA, Quito a, 2 de junio del 2010, las 15h30.-

VISTOS (946-2009-SR): El actor, Economista Rafael Correa Delgado, solicita ampliación de la sentencia de casación; y, Antonio Acosta Espinosa, Presidente Adjunto y representante legal del Banco Pichincha C.A., pide aclaración y ampliación del mencionado fallo.- Se ha corrido traslado a las partes con las peticiones anotadas, en cumplimiento del inciso segundo del artículo 282 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil y para resolver se considera: PRIMERO. Acorde con el artículo 281 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil “El juez que dictó sentencia, no puede revocarla ni alterar su sentido en ningún caso; pero podrá aclararla o ampliarla, si alguna de las partes lo solicitare dentro de tres días”. El inciso primero del artículo 282 ibídem, complementa el precepto anterior señalando que “La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere oscura; y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas”. En caso de negarse los señalados recursos horizontales debe fundamentarse debidamente aquella negativa.- De las normas transcritas, se aprecia con claridad que dictada una sentencia, es inmutable por el mismo juez que la dictó, pero puede aclarar los pasajes oscuros de su texto o ampliar sus efectos a hechos y pretensiones que formen parte del objeto de la litis y que no hayan sido cubiertas por las conclusiones expuestas o resolver sobre frutos, intereses o costas no tomadas en cuenta en su parte resolutive; lo que significa que el peticionario deberá

señalar los pasajes oscuros a aclararse, estableciendo de qué forma se puede concluir que el texto es confuso en el primer caso; o, señalar cuáles son los hechos controvertidos no resueltos, en el segundo. SEGUNDO. El Economista 42 Rafael Correa Delgado, solicita que se amplíe la sentencia para que se disponga la entrega a la parte actora por la demora en el trámite, el valor total de la caución rendida por el demandado.- El Art. 12 de la Ley de Casación expresa que la caución se cancelará por el tribunal a quo si el recurso es aceptado totalmente por la Corte Suprema de Justicia; en caso de aceptación parcial el fallo de la Corte determinará el monto de la caución que corresponda ser devuelto al recurrente y la cantidad que será entregada a la parte perjudicada por la demora; si el fallo rechaza el recurso totalmente, el tribunal a quo entregará a la parte perjudicada por la demora, el valor total de la caución. En la especie, la Sala de Casación ha aceptado el recurso de casación presentado por el actor, ha dictado sentencia de mérito que le favorece, y ha rechazado el recurso presentado por el demandado; por lo tanto, como el actor es la parte perjudicada por la demora, se ordena la entrega al actor del valor total de la caución rendida por el demandado.- En este sentido se amplía el fallo emitido, respecto de lo solicitado por la parte actora.- TERCERO: Antonio Acosta Espinosa, Presidente Adjunto y representante legal del Banco Pichincha C.A., solicita aclaración y ampliación de la sentencia de casación, indicando que es necesario conocer cómo este Tribunal ha llegado a determinar que el tribunal ad quem ha valorado correctamente la prueba documental, consistente en la sentencia dictada por el Juez Sexto de lo Civil de Pichincha, en el juicio seguido por el Banco La Previsora contra el Economista Rafael Correa Delgado, si dentro de la sentencia de casación existe contradicción porque se admiten los argumentos contrarios expuestos por el Banco Pichincha C.A., esto es, que está probado que existía un registro sobre la obligación presuntamente adeudada por el economista Rafael Correa y que, por efectos de la transferencia analizada, pasó a los registros como obligación vencida del Banco Pichincha C.A., manteniéndose su nombre en la central de riesgos, deuda que fue posteriormente cancelada por una persona allegada al deudor, por lo que no habría lugar a indemnización alguna; que cómo se ha llegado a determinar que el registro en la Central de Riesgos es un hecho ilícito, si en el fallo se reconoce la existencia de la deuda y que fue cancelada en fecha anterior a la sentencia dictada por el Juez Sexto de lo Civil de Pichincha; que 43 cómo siendo el recurso de casación un recurso de derecho estricto, que deja a la prudencia del juez de instancia, no del juez de casación, la determinación del valor de las indemnizaciones, la Sala de Casación, sin ser juez de instancia, arrogándose una competencia que de acuerdo con la ley y la doctrina no la tiene, aumenta la indemnización fijada por otra instancia y consecuentemente desnaturaliza el recurso de casación; que en el considerando sexto de la sentencia nada concluye ni analiza, sobre los cargos formulados por Banco Pichincha C.A., al interponer el recurso de casación. También hace un análisis adicional sobre Filanbanco, entidad de propiedad del Estado Ecuatoriano, que vendió la acreencia del señor Economista Rafael Correa Delgado al Banco Pichincha C.A., acreencia que posteriormente fue



declarada inexistente por el Juez Sexto de lo Civil de Pichincha, en un proceso en el cual nunca fue parte el Banco Pichincha C.A.- La Sala considera que la motivación con la que se ha dictado la sentencia está explicada de manera clara y completa a lo largo de sus considerandos y resolución, por lo que no es necesario repetirla.- La actuación de la Sala de Casación como tribunal de instancia, está respaldada por el Art. 16 de la Ley de Casación que establece que si se encuentra procedente el recurso de casación, se casará la sentencia y se expedirá la que en su lugar correspondiere, que es, precisamente, lo que ha hecho esta Sala, porque la sentencia dictada contiene por una parte la casación del fallo del Tribunal ad quem, y como consecuencia, el fallo de mérito sobre el derecho material disputado, lo que respeta la hipótesis jurídica del primer inciso del Art.

16 de la Ley de Casación; y, en cuanto el monto de la indemnización reparatoria se ha fijado en base a la prudencia de los juzgadores, como ordena el inciso final del Art. 2232 del, Código Civil, y atento a la "gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta"; así consta en la sentencia emitida por esta Sala, por lo que no hay nada que aclarar ni ampliar a estos respectos en el fallo de casación.- Notifíquese.- f. Dr. Manuel Sánchez Zuraty, Dr. Carlos Ramírez Romero, Dr. Galo Martínez Pinto .-Jueces de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. Certifico. Dr. Carlos Rodríguez, Secretario Relator.-

44 ta

Sala, por lo que no hay nada que aclarar ni ampliar a estos respectos en el fallo de casación.- Notifíquese.- f. Dr. Manuel Sánchez Zuraty, Dr. Carlos Ramírez Romero, Dr. Galo Martínez Pinto .-Jueces de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. Certifico. Dr. Carlos Rodríguez, Secretario Relator.-

44

#### **RATIO DECIDENDI**

*"1. El daño moral se refiere a una afectación de tipo emocional más no económica y la prueba por lo tanto no puede ser directa porque no se puede demostrar el sufrimiento humano, por lo tanto lo que se debe probar es que el demandado ha cometido un hecho ilícito que ha causado dicho sufrimiento. 2. La acción de daño moral en caso de injurias o lesiones es independiente y no necesita una sentencia penal condenatoria para poder proponerla, por tanto no existe prejudicialidad para la acción de daño moral. 3. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2232 del Código Civil, el monto de la indemnización por daño moral debe ser fijado a prudencia del juez, siempre tomando en cuenta la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta."*



## **Anexo 2**

**Caso ecuatoriano: Irina Alekseevna Xomchuk contra CONECEL S.A  
Juicio numero: 764-2012.**

**Materia: Daño Moral**

**Resolución: Manda a pagar 20, 000,00 dólares de indemnización a Favor  
de la parte Actora.**



Juicio No. 764-2012 1

Quito, 17 de marzo del 2014

**REGISTRO OFICIAL**

**En el Juicio No. 764-2012 que sigue Irina Alekseevna Xomchuk contra la empresa Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL hay lo que sigue:**

**Juicio No. 764-2012**

**Jueza Ponente: Dra. Paulina Aguirre Suárez**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- Quito, a 17 de marzo del 2014, a las 10h00.-----**

**VISTOS (764-2012):** En virtud de que la Jueza y Jueces abajo firmantes, hemos sido debidamente designados por el Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución No. 004-2012 de 25 de enero del 2012; y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 04-2013 de 22 de julio del 2013, resolvió reestructurar la integración de las Salas conforme a la reforma introducida al artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial mediante Ley reformativa publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 38 de 17 de julio del 2013, designándonos para integrar esta Sala Especializada; y conforme el acta de sorteo que consta en el expediente, somos competentes para conocer la presente causa.-

**Antecedentes:** En el juicio ordinario que por daños y perjuicios y daño moral sigue Irina Alekseevna Xomchuk, por sus propios y personales derechos contra la Empresa CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, tanto la parte actora como la demandada interponen recursos de casación respecto de la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Guayas de 8 de junio del 2012, las 12h44 y del auto que se pronuncia sobre las peticiones de aclaración y ampliación de 3 de agosto del 2012 a las 10h04; sentencia que, en lo principal, confirma el fallo del juez de primer nivel, que acepta parcialmente la demanda.- La Sala de Conjueces en auto de 11 de julio del 2013, las 12h50, admite a trámite el recurso interpuesto por la parte demandada, Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL e inadmiten el recurso propuesto por la parte actora Irina Alekseevna Xomchuck.- El recurso se encuentra en estado **Juicio No. 764-2012 2**

de resolver, para el efecto, la Sala hace las siguientes consideraciones: **PRIMERO: Competencia:** Este Tribunal de la Sala es competente para conocer el recurso de casación en virtud de lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, el artículo 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y el artículo 1 de la Ley de Casación; por cuanto ha sido calificado y admitido a trámite por la Sala de Conjuces de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, por cumplir con los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación y formalidades acorde a lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley de Casación; así como por corresponder a este Tribunal la resolución del recurso de casación, en virtud del sorteo realizado conforme a lo previsto en el artículo 183, inciso quinto del Código Orgánico de la Función Judicial, como consta de la razón correspondiente.- **SEGUNDO.- Fundamentos de los recursos de casación:** El recurso de casación motivo de este análisis se fundamenta en las siguientes causales y vicios contemplados en el artículo 3 de la Ley de Casación. **2.1.-** En la causal segunda, por falta de aplicación de los artículos 349 y 346.2 del Código de Procedimiento Civil.- **2.2.** En la causal cuarta de casación por no haber resuelto todos los puntos materia de la litis.- **2.3.** En la causal tercera, por infracción del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, que ha conducido a una aplicación indebida del artículo 2232 del Código Civil y la falta de aplicación del artículo 2330 de ese Código.- **2.4.-** En la causal primera de casación por falta de aplicación de los artículos 993, 994, 1023, 1347 y 1348 del Código Civil; por errónea interpretación de los artículos 1572 y 2232 del mismo Código.- En estos términos fija el objeto del recurso y, en consecuencia, lo que es materia de análisis y decisión de la Sala de Casación en virtud del principio dispositivo consagrado en el artículo 168.6 de la Constitución de la República y regulado por el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial.- El recurso de casación es extraordinario y formalista, procede en casos excepcionales debidamente delimitados por la ley, y debe cumplir además, con ciertos requisitos para su procedencia. El recurso de casación tiene como finalidad el control de la legalidad de las sentencias de instancia, para la defensa de la normatividad jurídica objetiva y la unificación de la jurisprudencia, en orden a un interés público; y la reparación de los agravios inferidos a las partes por el fallo recurrido, en la esfera del interés particular del **Juicio No. 764-2012 3** recurrente. El Tradadista Humberto Murcia Ballén, sobre el objeto de la casación nos dice: *“Tradicionalmente se le ha asignado a la casación como objetivo la anulación de sentencia proferidas con violación de las reglas de derecho, o sea que dicho recurso corresponde al poder que tiene el Tribunal Supremo para asegurar el respeto a las leyes por los jueces; y desde este punto de vista la casación en una institución política que responde a un interés social evidente. En efecto, es esencial a todo régimen político que la ley sea estrictamente obedecida e interpretada de la misma manera en todo el territorio nacional. De ahí que la más relevante doctrina sobre el tema le haya asignado al instituto en comentario, hace ya cerca de dos siglos, esta finalidad esencial: la defensa del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia”* (Obra: Recurso de Casación Civil, Segunda Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005, pág. 73).- De conformidad a lo establecido en la doctrina y la jurisprudencia, se deben analizar en primer lugar las causales que corresponden a vicios *“in procedendo”*, que afectan a la validez de la causa y su violación determina la nulidad total o parcial del proceso, así como también se refieren a la validez de la sentencia impugnada; vicios que están contemplados en las causales segunda, cuarta y quinta; en segundo orden, procede el análisis de las causales por errores *“in iudicando”*, que son errores de juzgamiento, los cuales se producen, ya sea por violación indirecta de la norma sustantiva o material, al haberse producido una infracción en los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que tengan como consecuencia la violación de una norma de derecho o por una infracción directa de esta clase de normas, vicios que se hallan contemplados en las causales tercera y primera.- **TERCERO: Cargos contra la sentencia:** El recurso de casación se fundamenta en los siguientes cargos: **3.1-** Por la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación la recurrente expresa que la demanda fue deducida por la actora por sus propios y personales derechos, pero el lucro cesante, al ser daño patrimonial, debía ser reclamado por la totalidad de los herederos del fallecido, lo cual no ocurre, ya que en la demanda no se pide contar con los restantes herederos de la sucesión, por lo que la actora no se encuentra legitimada para reclamar la indemnización y el proceso se ha construido sin contar con todos los sujetos necesarios para su concurso, produciéndose la nulidad del mismo, o en su defecto, la improcedencia de la **Juicio No. 764-2012 4** demanda. Manifiesta que si se admite que una parte de la demanda fue la reparación de los daños morales, aun en este caso la actora no se encuentra legitimada para reclamarlos por expresa disposición del artículo 2233 del Código Civil, en caso de muerte de la presunta víctima, las acciones de reparación del daño moral



corresponden a los derecho habientes y no a la actora individualmente considerada. Que el derecho a reclamar las indemnizaciones correspondía a los herederos en conjunto y este particular fue materia específica de tres de sus excepciones, sin embargo, dice la recurrente, el fallo de primer nivel y el del tribunal de alzada omiten mencionar las excepciones relacionadas con la validez del proceso; como tampoco se considera la prueba actuada que demuestra la inexistencia de testamento alguno o de alguna decisión judicial que nombre a la actora como administradora común de los bienes de la sucesión. Al haberse demostrado que la actora no estaba legitimada para reclamar daños materiales por sus propios derechos no se formó la litis consorcio activo necesaria para entablar la reclamación, lo que conlleva a que el proceso sea nulo y la Sala haya incurrido en falta de aplicación de los 346.2 y 349 del Código de Procedimiento Civil.- **3.2.-** Con cargo en la causal cuarta de casación se acusa que en la sentencia se ha dejado de resolver todos los puntos materia de la controversia.- Al contestar la demanda propuso un total de nueve excepciones, las que pasaron a formar parte de la litis, pero en el fallo de primera instancia no se analiza ni resuelve motivadamente sobre sus excepciones, más allá de decir en forma genérica que se las rechaza y en lo concerniente a las pretensiones de la actora se declara probado el daño moral; esta resolución fue materia expresa del recurso de apelación según el escrito de fundamentación de ese recurso; por su parte, el fallo de segunda instancia solamente hace una transcripción de las excepciones pero sin una explicación motivada de las razones por las que se rechazan; por tal motivo solicitó aclaración y ampliación de la sentencia, petición que fue negada en providencia de 3 de agosto del 2012 a las 10h04.- Que según fallos jurisprudenciales que cita, cuando no se analizan las excepciones propuestas al contestar la demanda se incurre en el denominado vicio de "citra petita", sin que se llene ese requisito esencial con la expresión genérica en el fallo de que el demandado no ha probado sus excepciones. Indica la recurrente que se ha infringido la norma del artículo 273 del Código de **Juicio No. 764-2012** 5 Procedimiento Civil y los artículos 18 y 19 del Código Orgánico de la Función Judicial pues en el fallo se manda a pagar una indemnización sin analizar las excepciones postuladas y resolver sobre perjuicios morales cuando lo que se reclamó fueron daños materiales. Además señala que esta forma de resolver la causa sin una explicación para establecer el proceso lógico utilizado para determinar el monto de la reparación, carece del requisito de motivación y se infringen el artículo 276 del Código de Procedimiento Civil, el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial y el artículo 76 numeral 7), letra l) de la Constitución.- **3.3.-** Respecto de la causal tercera de casación, la recurrente manifiesta que si bien la ex Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado expresando que por vía de casación no es posible atacar la valoración de la prueba de los jueces de instancia y que el precepto contenido en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil no contiene propiamente una norma de valoración de la prueba, sin embargo también se ha manifestado que cuando el razonamiento efectuado por el tribunal de alzada se encuentra reñido con la lógica y las reglas de la experiencia humana, es posible se corrija este defecto por parte del tribunal de casación, siendo su potestad revisar las conclusiones del tribunal de instancia en casos de razonamiento absurdos, igualmente cuando se han cometido errores de suposición o preterición de las pruebas, cuando se ha acreditado un hecho sin que exista prueba o cuando no se da por acreditado un hecho pese a existir prueba idónea de su existencia. Que en el presente caso existen estos vicios de un razonamiento absurdo, de preterición y suposición de pruebas lo que ha conducido a una aplicación indebida y falta de aplicación de normas de derecho. Esta violación se produce porque el fallo de segunda instancia ha ratificado y hace suya la valoración de la prueba del juez de primer nivel que en su razonamiento incurre en los vicios antes señalados. Esto por cuanto en la sentencia del Juez de primera instancia se hace una valoración selectiva de la prueba al usar como elemento de convicción la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que hace responsable a CONECEL del accidente de trabajo sin tomar en cuenta que el fallecido tenía la calidad de trabajador eventual de la empresa SOLDEF; no se valora que los perjuicios materiales reclamados fueron ya materia de una sentencia indemnizatoria cuyos valores ya fueron satisfechos; que se incurre en una valoración reñida con la lógica sobre la prueba relativa a las circunstancias del **Juicio No. 764-2012** 6 accidente del hijo de la actora, como es el informe técnico No. 045C-2004 de los investigadores policiales en los que se concluye las circunstancias del accidente que son responsabilidad del accidentado y otras causas concurrentes con la existencia de una serie de factores naturales como la neblina y calzada mojada y la falta de señalización vial; por tanto, dice, no existe un nexo de causalidad para determinar la existencia del daño moral, aplicándose indebidamente el artículo 2232, inciso segundo, del Código Civil. Que la omisión en la valoración del contenido y alcance de las



pruebas del informe pericial y protocolo de autopsia, que revelan como otras causas del accidente la exposición imprudente del fallecido, ha dado lugar a que se deje de aplicar el artículo 2230 del Código Civil sobre que la apreciación del daño estará sujeta a reducción si el que la sufrió se ha expuesto a él imprudentemente.- **3.4.-** Finalmente, se mencionan los cargos imputados a través de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, que son los siguientes: Falta de aplicación de los artículos 933, 994, 1347 y 1348 del Código Civil, relativas a la sucesión, por cuanto, según la recurrente, la facultad para reclamar daños materiales e incluso el daño moral correspondía a la sucesión del fallecido Antonio Ruiz Xomchuk y del proceso no consta documento alguno probatorio que Irina Alekseevna Xomchuk sea representante de la masa hereditaria; por lo tanto, expresa que no existe legitimación en la causa ya que la actora esgrime como suyas pretensiones que solo podía reclamar la masa hereditaria.- En segundo lugar se acusa la errónea interpretación de los artículos 1572 y 2233, incisos primero y segundo, del Código Civil. Esto por cuanto en la demanda se reclaman daños de naturaleza civil (daño emergente y lucro cesante), mientras que la sentencia de segundo nivel (ratificatoria de la sentencia de primera instancia) se manda a pagar una indemnización que obedece a la “angustia” de la actora; por tanto, expresa la recurrente, que en la sentencia se explica como causa que motiva la indemnización al daño, la demanda reclama conceptos meramente materiales. Como tercer cargo la casacionista imputa la falta de aplicación de los artículos 1572 y 2233 del Código Civil, esto por cuanto en la sentencia de primer nivel, ratificada por la de segunda instancia, no existe la indicación del método o regla jurídica para sustentar la apreciación de los daños, sin aplicar un precepto legal o regla de la experiencia para explicar su decisión, por lo tanto, no está **Juicio No. 764-2012 7** debidamente motivada incumpliendo con la obligación establecida en el artículo 76 numeral 7 letra l) de la Constitución y el deber contemplado en el artículo 274 del Código de Procedimiento Civil. Expresa la casacionista que los daños reclamados son materiales, por lo que se incurre en falta de aplicación del artículo 1572 del Código Civil, pues no existe prueba sobre los daños materiales reclamados; y en el supuesto de existir daño moral, no se invoca norma alguna ni se explica el mecanismo para determinar los daños motivo por el cual se incurre en falta de aplicación del artículo 2232 del Código Civil, en la parte que da a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización.- **CUARTO.- Motivación:** Conforme el mandato contenido en el artículo 76, numeral 7, letra l) de la Constitución de la República, las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación, dice esa disposición constitucional, si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda o no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho establecidos en el proceso.- La falta de motivación y por lo mismo de aplicación de la norma constitucional en referencia ocasiona la nulidad de la resolución.- En materia de casación la obligación de motivar el fallo está circunscrita a que el Tribunal de Casación debe expresar con razonamientos jurídicos apropiados y coherentes, sustentados en el ordenamiento constitucional y legal vigentes o en principios del Derecho, las razones o motivos por los cuales considera que el fallo impugnado por esta vía extraordinaria no ha infringido normas legales, no ha incurrido en los errores que se acusan por parte del recurrente al amparo de alguna de las causales de casación y por ende, no es procedente casar la sentencia de instancia; o por el contrario, cuando la sentencia impugnada infringe la ley, ha incurrido en alguno de los motivos o causales de casación, procede casar el fallo; en resumen, la motivación en casación debe contemplar los fundamentos para casar o no la sentencia recurrida.- Cumpliendo con la obligación constitucional de motivación antes señalada, este Tribunal de la Sala fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación: **QUINTO.- Análisis del recurso de casación: 5.1.-** En virtud de que la recurrente acusa la infracción a la garantía del debido proceso contemplada en el artículo 76, numeral 7, letra l) de la Constitución, se procede a analizar en primer término ese cargo, por el carácter jerárquicamente supremo de las **Juicio No. 764-2012 8** normas constitucionales, según lo consagra el artículo 424 de la propia Carta Constitucional; cargo que además lo formula en sustento de las causales cuarta y primera del artículo 3 de la Ley de Casación.- La motivación es un requisito esencial, básico y fundamental que debe contener cualquier resolución de autoridad administrativa o judicial para su validez y eficacia jurídica; constituye el elemento central de aquella toda vez que el juzgador explica las razones que en derecho tuvo para haber arribado a determina decisión. La motivación es el reflejo y la expresión del orden y la justicia de quienes ejercen facultades administrativas o jurisdiccionales al resolver sobre las pretensiones o reclamos de los ciudadanos, cuando lo que se busca es que las juezas, jueces y tribunales administren justicia con estricto apego a la Constitución, los tratados internacionales y las leyes; a través de ella se cristalizan los



derechos a una tutela efectiva y al debido proceso; por tanto, al exigir que las decisiones judiciales estén debidamente fundamentadas lo que se pretende es excluir el abuso, la arbitrariedad, subjetividad o lo absurdo e ilógico en tales resoluciones. Este requisito de la motivación de las resoluciones judiciales nos la aclara el autor español Sergi Guash Fernández, al expresar: *"De esta manera, la motivación se concreta como criterio diferenciador entre racionalidad y arbitrariedad. Un razonamiento será arbitrario cuando carezca de todo fundamento o bien sea erróneo. Se trata, en definitiva, del uso de la racionalidad para dirimir conflictos habidos en una sociedad que se configura ordenada por la razón y la lógica... con la distinción del contexto de descubrimiento y del contexto de justificación es posible concebir la motivación de las sentencias como la justificación de la decisión tomada. No puede, por lo tanto, decirse que la motivación sea un simple expediente explicativo. Fundamentar o justificar una decisión es diferente a explicarla. Mientras para fundamentar es necesario es dar razones que justifiquen un curso de acción, la explicación requiere la simple indicación de los motivos o antecedentes causales de una acción... la motivación opera como una verdadera justificación racional de la sentencia en el sentido amplio del concepto. Desde esta perspectiva, el órgano jurisdiccional debe justificar los argumentos racionales que son fundamento de la decisión, sobre todo, cuando se trata de elementos valorativos. La motivación debe mostrar que la decisión está legal y racionalmente justificada sobre la base de aquellos elementos* **Juicio No. 764-2012** 9 (premisas) que la fundamentan. Justificar o fundar una decisión consiste, en definitiva, en construir un razonamiento lógicamente válido con independencia de si las razones son pensadas antes, durante o después de tomar la decisión... la corrección de estos razonamientos jurídicos derivará, no sólo de la validez de su razonabilidad formal o sometimiento a las reglas de la lógica, sino también de su adecuación a los valores y principios jurídicos reconocidos en la Constitución". (El Hecho y el Derecho en la Casación Civil, J. M. Bosch, Barcelona, 1998, pp. 444 y ss.)- Existe actualmente la tendencia de los recurrentes en casación de englobar el incumplimiento del requisito constitucional de motivación dentro de una o varias causales diferentes, como ocurre en este caso al acusarlo por las causales cuarta y primera, o incluso plantear este cargo en forma independiente. En principio esta manera de formular el recurso de casación parecería improcedente, pues como la Sala Civil y Mercantil ha explicado en varios de sus pronunciamientos: *"El recurso de casación es esencialmente formalista, requiere de cierta precisión en cuanto a que los cargos que se acusan por parte del recurrente, se encasillen en una de las cinco causales que contempla la Ley, siendo improcedente presentar argumentos que corresponde a determinada causal, pero formalizarlos por otra diferente, tanto más que cada una de las causales previstas en el Art. 3 de la Ley de Casación son autónomas e independientes, pues obedecen a un determinado tipo de infracción, sin que sea posible combinarlas o formular los cargos indiscriminadamente"* (sentencia de 26 de abril del 2013, a las 09h00, Juicio No.641-2012); *"... cada una de las causales de casación es autónoma y tiene su propia individualidad, así Humberto Murcia Ballen, en su obra "Recurso de Casación Civil", cuarta edición, Edit. Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996, Pág. 275 señala: "Por cuanto las diferentes causales de casación corresponde a motivos o circunstancias disímiles, son por ende autónomas e independientes, tienen individualidad propia y, en consecuencia, no es posible cambiarlas para estructurar en dos o más de ellas un mismo cargo, ni menos pretender que el mismo cargo pueda formularse repetidamente dentro de la órbita de causales distintas..."* (sentencia de 19 de noviembre del 2012, a las 09h00; Juicio No. 179-2011).- Sin embargo esta regla tendría su excepción en el caso del requisito de motivación, por cuanto se trata de una garantía básica al debido proceso contemplada en el artículo 76, numeral 7 letra l) de la **Juicio No. 764-2012** 10 Constitución de la República, norma de carácter supremo, jerárquicamente superior que prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico, de aplicación directa y obligatoria por parte de las juezas, jueces y tribunales de justicia, conforme los artículos 11.3, 169 y 424 de la Carta Constitucional.- La Corte Constitucional en sentencia No. 045-10-SEP-CC de 21 de octubre del 2010, publicada en el Registro Oficial Suplemento 331 de 30 de Noviembre del 2010, ha expresado el siguiente criterio, que es compartido por este Tribunal: *"La Corte de Casación debió subsanar el error de identificación, que era claramente comprensible, y efectuar sus reflexiones sobre el fondo, evitando obstaculizarlo por meras formalidades, puesto que todos los jueces y operadores de justicia deben hacer primar el principio procesal de iura novit curia, esto es, la jueza o juez puede aplicar una norma distinta a la invocada por el demandante o recurrente, a fin de no sacrificar la justicia por la sola omisión de formalidades. La rígida formalidad de la Ley de Casación contraría los principios fundamentales de un Estado constitucional de derechos y justicia, pues genera la violación de derechos constitucionales del*



**casacionista, dejándolo en indefensión al denegar la justicia, en flagrante vulneración a lo dispuesto en el artículo 169 de la Constitución de la República.** Ahora bien, el recurso de casación es un recurso extraordinario que nació de la necesidad de crear, dentro de la administración de justicia, una nueva estructura a la Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional de Justicia, que garantice un mayor grado de profesionalismo, confiabilidad y especialización en la administración de justicia, persiguiendo la celeridad, pero a la vez eficacia y un grado mayor de certidumbre jurídica para las personas; propende la defensa del derecho objetivo, velando por su correcta, general y uniforme aplicación e interpretación, así como la protección y restauración del derecho subjetivo de las partes en litigio cuando los tribunales hubieran aplicado indebidamente el derecho al caso particular sometido a su juzgamiento. El recurso de Casación permite enmendar el juicio o agravio inferido a los particulares, con las sentencias de los tribunales de primera instancia y de apelación o de alzada; entonces, la Casación busca lograr varios objetivos, como son la uniformidad y generalidad en la aplicación de la ley y doctrina legal en los distintos Tribunales del país, hacer justicia en el caso concreto en que una sentencia hubiere **Juicio No. 764-2012** 11 violado el derecho en perjuicio de algún litigante. De acuerdo con la Ley de Casación, cabe interponer la casación respecto a la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho; normas procesales, preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; por resolución en la sentencia o auto de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis; cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la ley, o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles; aspectos de fondo que deben ser resueltos en sentencia, y sobre los cuales debió pronunciarse la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, y no rechazarlo en base al señalamiento de que "la norma constitucional se refiere a la motivación, vicio previsto en la causal quinta y no en la primera del artículo 3 de la Ley de Casación" mismo que inobserva el principio procesal de iura novit curia dando preeminencia a una mera formalidad. En ese contexto, el accionar de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, contenido en el auto del 17 de agosto del 2009 a las 09h53 que rechaza el recurso de casación, sabiendo además que el recurso de casación fue presentado dentro del término legal, en lo fundamental, es violatorio de derechos constitucionales, pues colocó al recurrente en estado de incertidumbre e indefensión.- **5.3.-** En el presente caso, la empresa recurrente acusa el vicio de citra petita y, por ende, la violación del 273 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto en la sentencia no se ha resuelto expresamente acerca de sus excepciones; y, también el vicio de extra petita, al concederse una indemnización por daño moral cuando el objeto de la demanda fueron los daños patrimoniales. Revisada la sentencia impugnada por la vía de casación, tenemos que en considerando Séptimo se dice que dentro del proceso obra abundante prueba sobre el accidente de trabajo y sus circunstancias lo que ha ocasionado en la actora ansiedad, desesperación, angustia lo que de conformidad con el artículo 2234 del Código Civil determina que la indemnización por daño moral es independiente de otras por causa de muerte o incapacidad para el trabajo, por lo que se rechaza las excepciones expuestas por la demandada; en tanto que en considerando Quinto de la sentencia, el Tribunal hace una mera enumeración de las excepciones propuesta por la parte demandada, sin expresar un análisis de aquellas. El no haberse **Juicio No. 764-2012** 12 pronunciado expresamente respecto de las excepciones formuladas como medio de defensa del demandado, constituye otra forma en la que la sentencia carece del requisito de motivación, pues los juzgadores incumplen con su obligación de justificar razonadamente la decisión al omitir expresar su análisis acerca de todas y cada una de las excepciones, de tal manera que la parte demandada conozca expresamente los motivos por los cuales son desechadas, para así dar validez a la resolución judicial. Esta Sala de lo Civil y Mercantil, ha expresado que: "...la falta de motivación en su forma más evidente se produce cuando la resolución judicial no se ha sustentado en el análisis de los elementos de hecho establecidos en el proceso y la enunciación de las normas jurídicas o principios de derecho aplicables.- Pero también existe falta de motivación cuando ésta es aparente y no real, porque el juzgador utiliza argumentos falaces, absurdos o arbitrarios pretendiendo aparecer que existe una motivación, pero en realidad aquella no se justifica; en este caso estamos frente a una decisión judicial que carece de fundamentos jurídicos reales, verdaderos y lógicos que cumplan con la misión del proceso que es hacer justicia con sustento en la Constitución, las leyes y los principios fundamentales del Derecho, para así cumplir con la garantía de otorgar a los justiciables una auténtica tutela de sus derechos; por tanto, la motivación va más allá de la mera enunciación de normas jurídicas o de principios jurisprudenciales, sino que debe contener una racionalidad jurídica que



*justifique y legitime la decisión de un juez...*”, y continua manifestando: “En la especie, el Tribunal ad quem hace una afirmación: “... dichas excepciones no se han justificado fehacientemente dentro del proceso...”, refiriéndose a la excepciones propuestas en la demanda, pero ese Tribunal no justifica tal afirmación, cuando no expresa razonamientos jurídicos en los que demuestre los motivos por los que cada uno de los argumentos expuestos por la actora como excepciones no están justificados, limitándose a analizar unos y dejar a un lado otros, toda vez que no se analizan las excepciones de falta de legítimo contradictor cuando se ha demandado a una persona fallecida, la falsedad de la letra de cambio o la inejecutabilidad de la misma, sin explicar por qué no fue ilegal demandar a una persona fallecida y no a sus herederos como legítimos contradictores; por qué la letra de cambio objeto de la demanda en el juicio ejecutivo es válida y legítima o las razones por las que estima ejecutiva la **Juicio No. 764-2012** 13 cambial.- Esta omisión revela que la parte actora en este proceso no recibió una sentencia que satisfaga todos sus argumentos por las que se opone al proceso ejecutivo; resulta ser un análisis parcial del asunto sometido a la decisión de los jueces y por tanto, al tomar unos elementos y desechar a priori otros, la sentencia carece de una justificación racional y jurídica, es decir, carece de motivación. (sentencia de 21 de junio del 2013, Juicio No. 172-2012).- La falta de motivación tiene como consecuencia principalmente la nulidad del acto de la autoridad pública, en aplicación de la norma del Art. 76, numeral 7 letra l) de la Constitución de la Republica, en este caso de la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Guayas de 8 de junio del 2012, las 12h44. Por lo expresado, se encuentra que efectivamente la Sala de instancia en su fallo incurre en un error de falta de motivación, en tanto el auto de aclaración y ampliación asevera requisitos que incumple la sentencia; por lo que, anulando el fallo de segundo nivel, y en sustitución del mismo, corresponde dictar una nueva sentencia: **SEXTO: Sentencia de mérito: 6.1.-** Como ya se expresó en el considerando Primero de esta sentencia, este Tribunal es competente para conocer y resolver la presente causa.- No se han omitido ni violentado solemnidades sustanciales en la tramitación del presente proceso, y por tanto se lo declara como valido.- **6.2.-** Comparece Irina Alekseevna Xomchuk con su demanda manifestando que su hijo, Antón Ruiz Xomchuk trabajó para la Compañía CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, en la ciudad de Guayaquil desde el 7 de junio del 2004; siendo sus jornadas de laborales de 09h00 hasta las 19h00 y en generalmente se extendían hasta las 21h00, no obstante lo previsto en el artículo 47 del Código del Trabajo; debiendo cada semana realizar entre dos y tres viajes fuera de la ciudad de Guayaquil. Que el 27 de septiembre del 2004, su hijo salió a las oficinas de esa Empresa, sin que tenga conocimiento previo que debía realizar algún viaje, y pasadas las 22h00 de ese día, su hijo le comunicó telefónicamente indicándole que se encontraba laborando en un punto geográfico ubicado entre las ciudades de Portoviejo y Manta por cuanto se había presentado un problema técnico que debía solucionar urgentemente, sin recibir viáticos para su estadía en la ciudad de Manta, a donde debía dirigirse manejando una camioneta Chevrolet de placas GLU-892. Su empleador, en **Juicio No. 764-2012** 14 forma ilegal dispuso que su hijo realice una jornada de laborales mayor a las ocho horas agravando la situación al no proporcionar un chofer para la conducción de la camioneta y aún más su culpa cuando no consideró que el trabajo era fuera de la ciudad, en la noche y madrugada, con una jornada de casi veinte horas contiguas, toda vez que el accidente de trabajo ocurrió a las 04h15 del 28 de septiembre del 2004. Que en el juicio laboral por accidente de trabajo, la Primera Sala de lo Laboral de la Corte Suprema de Justicia, casó la sentencia de segundo nivel y dispuso que CONECEL pague las indemnizaciones previstas más un recargo del 50% de acuerdo con el artículo 398 del Código del Trabajo. Dice la demandante que de lo expuesto, se puede apreciar que la conducta negligente del empleador CONECEL, así como de las condiciones abusivas en que se desarrolló la relación laboral con su hijo, previo al accidente de 28 de septiembre del 2004 al obligarle a trabajar jornadas mayores a las ocho horas diarias y al obligarle a trasladarse fuera de la provincia sin otorgarle ni asegurarle condiciones de trabajo que no pongan en peligro su vida, tal como lo dispone el artículo 410 del Código de Trabajo. Que de lo expuesto se evidencia responsabilidad civil de CONECEL en el accidente ocurrido con su hijo Antón Ruiz conforme el artículo 29 de Código Civil que establece la culpa grave o negligencia grave por no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios, en los hechos relacionados con la jornada laboral que debió cumplir su hijo entre el 27 y 28 de septiembre del 2004, al no proporcionarle viáticos para su hospedaje, de un chofer para la conducción de la camioneta y obligarle a trabajar más de las ocho horas, lo que provocó el accidente donde perdió la vida su hijo. Que los artículo



2232 al 2234 del Código Civil determinan que existe daño moral cuando se manche la reputación ajena mediante difamaciones; cuando se causen lesiones;... y cuando se provoquen sufrimientos físicos o síquicos; y, que las indemnizaciones por daño moral son independientes por su naturaleza de las que en casos de muerte, de incapacidad para el trabajo u otras semejantes regulas otras leyes. Que las circunstancias fácticas de su acción están resumidas en buena medida en la sentencia expedida por la Primera Sala de lo Laboral de la Corte Suprema de Justicia de 10 de enero del 2007, dentro del proceso oral laboral seguido contra CONECEL en la que se ha determinado un **Juicio No. 764-2012** 15 conducta negligente de esa empresa. Señala que lo que está reclamando es la responsabilidad civil por el daño moral que ha sufrido directamente en relación a la dependencia económica, parentesco y de afecto que lo unían a su hijo fallecido y no como los perjuicios causados al muerto que pueden ser reclamados por sus herederos; habida cuenta que la indemnización laboral por accidente de trabajo ya fue demandada e indemnizada, lo que está reclamando es una indemnización en la esfera civil por daño moral irrogado por CONECEL a ella como demandante. Este daño se determina por cuanto desde el año 1989 hasta el mes de agosto del 2004 prestó sus servicios como docente en la ESPOL, pero el accidente y fallecimiento de su hijo la afectó psicológicamente embargándole sentimientos de ansiedad, angustia y depresión, lo que ocasionó una declinación en su rendimiento laboral a tal punto que la ESPOL en diciembre del 2004 decidió dar por terminada su relación de trabajo. Que además su hijo era una persona trabajadora y responsable con su familia pues contribuía con sus ingresos al sustento familiar, quien además cursaba la carrera de Ingeniería en Electrónica y Telecomunicaciones en la Escuela Superior Politécnica del Litoral, ESPOL; que luego de su fallecimiento le otorgó el título Post Mortem. Que el lucro cesante ocasionado desde enero del 2005, fecha en que dejó de trabajar en la ESPOL, acorde a su última remuneración mensual hasta diciembre del 2007, que suman 36 meses alcanza la cantidad de \$60.448,32; y que también como referencia, su hijo Antón Ruiz, percibía una remuneración de \$879.00 dólares al momento de fallecer, con la edad promedio laboral de una persona en el Ecuador que es de 25 años, representa la cantidad \$ 253.152 dólares. Con tales antecedentes, amparada en los artículos 2232 al 2234 del Código Civil demanda en juicio ordinario al CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A., en la persona de su representante legal, para que en sentencia se le obligue a lo siguiente: 1) La entrega de los bienes y documentos pertenecientes a su hijo Antón Ruiz, que se encuentran en el sitio de trabajo en la empresa CONECEL; 2) Valores por daño moral en la cantidad de \$200.000,00; 3) Lucro cesante desde enero del 2005 a diciembre del 2007, por remuneraciones no percibidas al haber perdido su empleo en la ESPOL, por la cantidad de \$ 60.448,32; 4) Al lucro cesante considerando el promedio de vida laboral en el Ecuador de 25 años, relativos a octubre del 2004 a octubre del 2028, remuneraciones no **Juicio No. 764-2012** 16 percibidas por Antón Ruiz Xomchuk en \$253.152,00.- Citada legalmente la empresa demanda, comparece a fs. 57 a 65 del cuaderno de primera instancia, por intermedio de su representante legal, quien luego de contestar la demanda y en oposición a la misma presenta las siguientes excepciones: a) Falta de legitimación activa de la demandante, para reclamar las indemnizaciones exigidas en la demanda; b) Falta de litis consorcio necesario, al no comparecer como actores la totalidad de los herederos de Antón Ruiz Xomchuk, ni haberse contado con los herederos conocidos, presuntos o desconocidos; c) Como consecuencia de lo anterior, nulidad del proceso; d) Improcedencia de la demanda; e) Inexistencia de daños y perjuicios imputables a su representada; f) Negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; g) En subsidio de las excepciones precedentes, responsabilidad atenuada y derecho a reducción en la apreciación del daño, por exposición imprudente al riesgo conforme el artículo 2230 del Código Civil; y, h) Igualmente en forma subsidiaria, enriquecimiento injusto de la actora.- **6.3.-** El Juez Trigésimo Primero de lo Civil de Guayas, en sentencia de primer nivel dictada el 26 de abril del 2010, las 11h49, acepta la demanda y ordena a la demandada pague a la actora la cantidad de veinte mil dólares americanos como indemnización por daño moral. Este fallo ha sido apelado por las partes, por lo que corresponde a este Tribunal resolver sobre los recursos de apelación. Al respecto, los recurrentes han determinado los puntos a los que se contraen sus apelaciones, conforme lo previsto en el artículo 408 del Código de Procedimiento Civil.- **6.4.-** De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 113 del Código de Procedimiento Civil, es obligación del actor probar afirmativamente los hechos propuestos en la demanda, y además, es obligación del demandado, probar su negativa si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, derecho o calidad de la cosa que se litiga; y, conforme el artículo 117 del mismo Código, solo la prueba debidamente actuada, esto es, la que ha sido solicitada,



proveída y evacuada legalmente hace fe en el proceso.- En la presente causa, se han actuado las siguientes pruebas: Por la parte actora: 1) Que se reproduzca como prueba de su parte todo cuanto de autos le fuere favorable; 2) Se tenga como prueba a su favor la copia de la sentencia expedida por la Sala de lo Laboral de la Corte Suprema de Justicia que determinó la obligación de CONECEL de pagar indemnizaciones laborales por **Juicio No. 764-2012 17** el accidente que causó la muerte de su hijo Antón Ruiz; 3) Se oficie a la Subsecretaria de Trabajo del Litoral para que remita copia útil del contrato de provisión de personal celebrado el 1 de marzo del 2004 entre CONECEL y la Compañía SOLDEF; así como la certificación de la autorización No. 90 de 9 de junio del 2004 que concedió Licencia de Intermediaria de personal a la Empresa SOLDEF S.A.; 4) Se oficie al Juez Cuarto del Trabajo de Guayas para que remita copia útil de la causa No. 611-04 seguido contra CONECEL S.A.; 5) Se disponga a la demandada remita copia certificada de los siguientes documentos: a) Contrato celebrado el 1 de marzo del 2004 con la Compañía Soldef, b) Cronograma de integraciones del año 2004 relativo a Antón Ruiz, c) Mensajes de datos y/o correos electrónicos remitidos a Antón Ruiz en el mes de septiembre del 2004, d) Nómina del personal que prestaba sus servicios para CONECEL en el año 2004, e) Listado de bienes y documentos de Antón Ruiz que se encuentran en esa Empresa; 6) Se oficie al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para que emita un certificado de afiliación de Irina Alekseevna Xomchuk, sobre sus remuneraciones y aportes de los años 2004 al 2008; igualmente sobre las remuneraciones y aportes de Antón Ruiz Xomchuk del año 2004; 7) Se oficie a CONECEL para que certifique el número telefónico (celular) asignado a Antón Ruiz y el respectivo contrato; 8) Se oficie a la Escuela Superior Politécnica del Litoral para que certifique sobre Irina Alekseevna Xomchuk respecto al nivel y calidad de empleada que fue en esa Institución durante sus años de labores; 9) Se oficie al Dr. Jaime Dalmau Yépez para que informe sobre las incidencias y repercusiones anímicas que la muerte de Antón Ruiz ocasionó en Irina Alekseevna Xomchuk; 10) Se oficie al Director del Registro Civil para que remita copia de la Partida de Defunción de Antón Ruiz Xomchuk; copia de la partida de matrimonio de Irina Alekseevna Xomchuk y Tomas Ruiz Sánchez con la inscripción al margen de la sentencia de divorcio; 11) Se oficie a la Escuela Superior Politécnica del Litoral ESPOL para que certifique del título Post Mortem de Ingeniero en Electrónica y Telecomunicaciones a Antón Ruiz Xomchuk; 12) Se oficie al Agente Fiscal de Manabí Ab. Byron Bello Zambrano para que remita copia de la diligencia de Protocolo de Autopsia realizada a Antón Ruiz Xomchuk; 13) Se agregue a los autos uno de los último recuerdos de Antón Ruiz Xomchuk; cinta protagafete usado durante el accidente y las notas periodísticas relativas al accidente de **Juicio No. 764-2012 18** tráfico en que perdió la vida Antón Ruiz Xomchuk; 14) Se agregue a los autos la publicación efectuada por los padres de Antón Ruiz Xomchuk en el Diario Expreso a los dos años del accidente en que perdió la vida donde se denuncia la falta de administración de justicia en materia de tránsito en la provincia de Manabí; 15) Se oficie a la Primera Sala de lo Laboral de la Corte Suprema de Justicia para que remita copia de lo actuado en la instancia de casación dentro del juicio laboral 385-06-1 propuesta en contra de la demandada; 16) Se oficie a la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia para que remita copia certificada de la Resolución 101-2007 dictada dentro del juicio de daño moral 279-2003; Se oficie a la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia para que remita copia certificada de la Resolución 210-2009 dentro del juicio por daño moral 114-2003 y de la Resolución 70-2003 dentro del juicio por daño moral No. 43-2002; 17) Se oficie a la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil para que remita copia certificada de la Resolución 1007-2004 dentro del juicio por daño moral 39-2003; 18) Se adjunte al proceso la Edición No. 12119 del Diario Expreso de 28 de septiembre del 2006 en el que consta la CARTA ABIERTA al Presidente de la Corte Suprema de Justicia por el accidente de Antón Ruiz Xomchuk; y las fotografías del Diario El Universo del estado en que quedó el vehículo que conducía Antón Ruiz Xomchuk el día del accidente; 19) Se acompañe copia de la escritura pública pro indiviso de los bienes dejados por Antón Ruiz Xomchuk a favor de sus padres Irina Xomchuk y Tomas Ruiz; 20) Se señale día y hora para que Juan Antonio Aguilar Vásquez representante legal de la demandada comparezca a rendir confesión judicial.- Por la parte demandada, se han solicitado y actuado las siguientes diligencias probatorias: 1) Se reproduzca y se tenga como prueba de su parte todo cuanto de autos le fuere favorable; 2) Se reproduzcan los documentos aparejados a la demanda, nombramiento que acredita la representación legales de CONECEL, contrato individual de trabajo de Antón Ruiz Xomchuk con la empresa SOLDEF Cía. Ltda., Contrato de provisión y administración de personal celebrado entre su representada y SOLDEF Cía. Ltda., Informe Técnico No. 045-C-2004 elaborado por los investigadores Sgts. Econ. Ardían Cano Páez y PN



Iván Isin Saguay y autopsia sobre las causas del accidente y fallecimiento de Antón Ruiz; 3) Se agregue como prueba de su parte los documentos: Declaración Jurada y Acta Notarial de 7 de diciembre del 2004 autorizadas por el Notario **Juicio No. 764-2012** 19 38º del cantón Guayaquil; Copia certificada del certificado del Registrador de la Propiedad de Guayaquil que acredita la no inscripción de esa posesión efectiva al 19 de mayo de 2008, un ejemplar original de Manual de formación de conductores no profesionales de ANETA junto a una copia que acredita al señor Antón Ruiz Xomchuk aprendió a conducir en la Escuela de Capacitación de ANETA y un ejemplar original de Manual del Conductor de la Comisión de Tránsito del Guayas. En segunda instancia, a más de las pruebas descritas anteriormente y actuadas en primera instancia, se han solicitado y actuado las siguientes diligencias probatorias: Por la parte actora: 1) Se señale día y hora para que los testigos Sandy Mantilla, Alex Rubio y Verónica Ruiz rindan declaración al tenor del interrogatorio del escrito de fs. 51 del cuaderno de segunda instancia; 2) Se oficie al Jefe del Registro Civil de Guayas para que remita copia del Acta de la Partida de Nacimiento de Antón Ruiz Xomchuk y del Acta de la Partida de Matrimonio de Irina Alekseevna Xomchuk ; 3) Se oficie al Juez Cuarto del Trabajo de Guayas para que remita copia certificada del juicio laboral No. 611-04 seguido contra CONECEL. Por la parte demandada: 1) Se oficie a la Universidad de Especialidades Espíritu Santo (UEES) para que informe sobre: Si la señora Irina Alekseevna Xomchuk se desempeña o se ha desempeñado como catedrática, funcionaria, asesora o empleada de ese centro de estudios; la fecha de inicio de sus labores y de ser caso, la fecha de terminación; copia del curriculum vitae, contrato de trabajo o servicios personales, facturas, recibos, comprobantes de retención; 2) Se remita oficio a la Universidad del Pacífico para que informe los mismos aspectos que en el caso del numeral anterior; 3) Se oficie a la Escuela Superior Politécnica del Litoral (ESPOL) para que igualmente certifique sobre esos aspectos y si dicho Centro de Estudios tiene abierto el Centro de Estudios Arqueológicos y Antropológicos (CEAA), de ser negativa la respuesta indique la fecha de cierre o suspensión de ese Centro de Estudios y los motivos por los cuales dejó de funcionar.- **6.5.-** Respecto de la acción de daño moral, cabe expresar: Las disposiciones de los artículos 2231 y 2232 del Código Civil contienen las siguientes reglas o normas sobre la responsabilidad e indemnización por daño moral: 1era., **Autonomía.-** Las normas sustantivas específicas que regulan el derecho a la reparación por daño moral no establecen prejudicialidad para la acción por daño moral en lo civil ni disponen que la decisión del juez de lo **Juicio No. 764-2012** 20 penal será vinculante para el juez de lo civil y, por el contrario el artículo 2232 del Código Civil ha previsto la autonomía de la acción por daño moral al disponer que: “Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito”, están especialmente obligados a la reparación por daño moral quienes causen los hechos que establece la ley. Por tanto, la existencia del daño moral debe ser analizada y valorada por el juez de lo civil; en este sentido se ha pronunciado la Sala de lo Civil y Mercantil de esta Corte Nacional en: Juicio No. 510-2010, Resolución No. 247-2012 de 24 de julio del 2012; Juicio No. 270-2011, Resolución No. 389-2012 de 18 de octubre del 2012; y, Juicio No. 308-2011, Resolución No. 69-2013, de 7 de febrero del 2013. 2da., **Causas:** En términos generales son fuente de la obligación de indemnización por daño moral las acciones u omisiones ilícitas que causen o provoquen sufrimientos físicos o psíquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes. Particularmente están obligados a la indemnización por daño moral quienes incurran en los siguientes casos: que realicen imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona; que manchen la reputación ajena mediante cualquier forma de difamación; quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor; provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios o procesamientos injustificados. 3era, **Ilícitud.-** La acción u omisión que ha producido el daño debe ser de carácter ilícito; y, según Guillermo Cabanellas ilícito es “*Lo prohibido por la ley a causa de oponerse a justicia, equidad, razón o buenas costumbres*” (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual). 4ta. **Gravedad.-** La indemnización por daño moral debe hallarse “*justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta*”. *Igualmente la doctrina enseña que “...desde el punto de vista de la función compensatoria de la indemnización, resultan relevantes la intensidad de la aflicción sufrida por la víctima y el valor del bien que ha sido afectado*” (Enrique Barros Baurie; Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pág. 314). 5ta. **Nexo Causal.-** El artículo 2232 del Código Civil establece que: “*La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado*”. Arturo Valencia Zea, nos explica: “*Entre el hecho (culposo o no culposo imputable a una persona física o jurídica y el daño causado debe existir una relación de Juicio No. 764-2012* 21 *causalidad, es decir, que el daño debe ser efecto o resultado de aquel hecho.*” (Derecho Civil, Tomo III, de las obligaciones

Editorial Temis, Bogotá, 1978, pág. 240).- *“El requisito de causalidad se refiere a la relación entre el hecho por el cual se responde y el daño provocado. En circunstancias que sólo se responde civilmente por daños, y no por conductas reprobables que no se materialicen en perjuicios, la causalidad expresa el más general fundamento de justicia de la responsabilidad civil, porque la exigencia mínima para hacer a alguien responsable es que exista una conexión entre su hecho y el daño”* (Enrique Barros Baurie; Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pág. 314). Sobre la naturaleza jurídica del daño moral, el Tratadista Chileno Arturo Alessandri Rodríguez, señala que: *“El daño moral puede no tener ningún efecto patrimonial, ser meramente moral. Es así cuando consiste única y exclusivamente en la molestia o dolor que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o efectos. El daño moral, ha dicho una sentencia, es aquel que proviene de toda acción u omisión que pueda estimarse lesiva a las facultades espirituales, a los efectos o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana: en último término, todo aquello que signifique un menoscabo en los atributos o facultades morales del que sufre el daño. Son daños de esta especie el dolor o sufrimiento que experimenta un individuo con una herida, lesión, cicatriz o deformidad, con su desprestigio, difamación, menosprecio o deshonra, con el atentado a sus creencias, con su detención o prisión, con su procesamiento, con su rapto, violación, estupro o seducción, si es mujer, con la muerte de un ser querido y, en general, con cualquier hecho que le procure una molestia, dolor o sufrimiento físico o moral. 146. Indemnización del daño moral. Aunque las opiniones están divididas, la generalidad de la doctrina y de la jurisprudencia admite la indemnización del daño meramente moral, del que consiste en la molestia, dolor o sufrimiento físico o moral que experimenta una persona.”* (De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pág. 164, 165).- Este Tribunal considera importante hacer una distinción entre el daño material y el daño moral. Según lo dispuesto por el artículo 1572 del Código Civil, la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante.- El inciso final de esta norma legal **Juicio No. 764-2012 22** exceptúa de la regla de que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, los casos en que la ley la limita al daño emergente, así como las indemnizaciones por daño moral.- René Abeliuk Manasevich, en su libro Las Obligaciones, enseña que *“La distinción entre ambos deriva de que el daño emergente es el empobrecimiento real y efectivo que sufre el patrimonio del acreedor, y el lucro cesante, la utilidad que deja de percibir el acreedor por el incumplimiento o cumplimiento tardío de la obligación”* (ob. cit, Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pág. 791).- El artículo 2231 del Código Civil también hace la distinción entre el daño material y el daño moral, al establecer que *“Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral”*.- Esta Sala de lo Civil y Mercantil, en sentencia de 24 de octubre del 2012, dentro del juicio ordinario No. 1050-2011, ha señalado: *“Otro aspecto de importancia es la determinación de un daño o gravamen real que afecten directa o indirectamente el patrimonio de la víctima. La Doctrina distingue entre los daños materiales o patrimoniales directos; los primeros están constituidos por la pérdida o menoscabo del patrimonio de una persona, que se traduce generalmente en el daño emergente y lucro cesante, así la destrucción de una cosa que es la fuente del ingreso económico de la víctima implica el valor real del bien, así como el beneficio o ganancia que ese bien producía a su propietario; el accidente que produce una incapacidad total o parcial para trabajar; entre otros, son fuente de este tipo de daño material directo; en el segundo caso, los daños inmateriales lesiona un derecho extra patrimonial que no conllevan un daño directo al patrimonio, si lesionan a la persona en el orden afectivo, causándole dolor y sufrimiento, como ocurre en el caso del daño moral”*.- **6.6.-** En la presente causa corresponde analizar los siguientes aspectos: **6.6.1.- Legitimación activa y nulidad procesal:** Según se desprende de la propia demanda, la actora, Irina Alekseevna Xomchuk, comparece a demandar por sus propios y personales derechos las indemnizaciones por daño moral; en oposición a esto, la empresa demandada, CONECEL S.A., entre sus excepciones, alega falta de legitimación activa de la demandante, falta de litis consorcio activo necesario al no comparecer como actores la totalidad de los herederos de Antón Ruiz **Juicio No. 764-2012 23** Xomchuk, como consecuencia de ello, nulidad de la causa. El artículo 2233 del Código Civil dispone: *“La acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal. Mas, en caso de imposibilidad física de aquella, podrá ejercitarla su representante legal, cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad. De haber producido el hecho ilícito la muerte de la víctima, podrá intentarla sus derecho habientes, conforme las normas de este*

*Código. Cuando el daño moral afecte a las instituciones o personas jurídicas, la citada acción corresponderá a sus representantes.”* La norma antes transcrita es clara en cuanto expresa que la legitimación activa para demandar las indemnizaciones por daño moral, en caso de fallecimiento de la víctima, es de sus derecho habientes, es decir, las personas que por ley pueden beneficiarse de los haberes, pensiones o indemnizaciones que correspondían al trabajador, empleado o pensionista de la seguridad social, en caso de fallecimiento, lo cual no puede confundirse con el patrimonio de la sucesión y su representación, esto es, el acervo hereditario que puede estar constituido por los créditos a favor del causante y cuyo reclamo corresponde a quien ejerza la administración de la herencia.- La actora legitima su demanda en cuanto expresa ser ella, personalmente, la víctima del daño moral por el sufrimiento psicológico que le significó la pérdida de su hijo, en las circunstancias que detalla en su demanda y que estima son de responsabilidad de la demandada CONECEL S.A., que a su vez, es la persona jurídica llamada a responder por esos cargos, de tal manera que en esta causa se ha configurado la litis consorcio necesaria.- La falta de legitimación activa o pasiva no es causa de nulidad procesal, como lo expresa la recurrente, sino de imposibilidad de dictar sentencia de mérito. Esta Corte Nacional en varias resoluciones ha manifestado que la legitimidad de personería constituye la capacidad procesal para comparecer a juicio por sí mismo o en representación de otro, como actor o demandado; y la falta de representación es causa de nulidad procesal, de acuerdo con el artículo 346.3 del Código de Procedimiento Civil. En cambio, la legitimación en causa se refiere a la calidad que debe tener la parte en relación con el interés sustancial discutido en el proceso; es decir que, para que exista la legitimación en causa, el actor debe ser la persona que pretende ser el titular del derecho discutido, y el demandado la persona llamada por la ley a contradecir la demanda mediante las excepciones; por lo **Juicio No. 764-2012** 24 que, de no existir la litis consorcio necesaria, la legitimación estaría incompleta y no será posible la sentencia de fondo; la falta de legitimación en causa implica el rechazo de la demanda, no la nulidad procesal.- **6.6.2.- Daños morales, responsabilidad subjetiva:** En el presente caso la acción versa sobre los daños morales que le han ocasionado a Irina Alekseevna Xomchuk, en su condición de madre del fallecido, Antón Ruiz Xomchuk, por cuanto su muerte es responsabilidad de la empresa demandada CONECEL S.A.- El artículo 2234 del Código Civil dispone: *“Las indemnizaciones por daño moral son independientes por su naturaleza, de las que, en casos de muerte, de incapacidad para el trabajo u otras semejantes, regulan otras leyes.”*- Como se indicó anteriormente, en el daño moral el bien jurídico tutelado es la dignidad, el honor, la estabilidad emocional, psicológica de la persona que se ve afectada por la acción ilícita de otra. En esta causa, la actora, al cuantificar los daños y las indemnizaciones que reclama, confunde lo que es el daño material con el daño moral, que, como se indicó en el numeral 6.5. de este fallo, son distintos; por tanto, la indemnización por daño moral no comprende los rubros relacionados con la pérdida patrimonial, presente o futura, que podría haber ocasionado a la accionante, vale decir, las remuneraciones o ingresos que por la actividad comercial o profesional habría percibido la víctima, como lo plantea equivocadamente la actora a solicitar se le indemnice por la pérdida de ingresos en su trabajo como empleada de la Escuela Superior Politécnica del Litoral, ESPOL, así como los supuestos ingresos que su hijo fallecido, habría podido obtener en su expectativa de vida laboral; en este último caso, a más de constituir indemnizaciones por daño material, aquellas han sido cubiertas en el juicio laboral que por indemnizaciones por accidente de trabajo (cuya copia certificada obra del proceso), conforme al artículo 398 del Código del Trabajo y según sentencia de la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia de fecha 10 de enero del 2007 (fs.427 a 430 primer nivel). Por tanto, en esta causa procede única y exclusivamente considerar la indemnización por daño moral que la actora en su demanda cuantifica en doscientos mil dólares americanos. La prueba relativa a las labores docentes o de asesoría de la actora, su historia laboral del IESS, su experiencia y preparación académicas, no son pertinentes al caso; de la misma manera, las pruebas actuadas por la empresa demandada sobre los servicios prestados por la actora en otras **Juicio No. 764-2012** 25 Instituciones de Educación Superior, pues no se está reconociendo daño patrimonial. Respecto de la ilicitud del acto y la responsabilidad extrapatrimonial de la demandada, cabe expresar que como bien lo analiza la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia en sentencia antes mencionada, en la que establece claramente que la relación de trabajo real existió entre el fallecido Antón Ruiz Xomchuk, y la empresa Porta, actualmente CONECEL, de quien recibía las directrices que debía cumplir el trabajador, y cuya incuria, al no asegurar al trabajador las condiciones de trabajo que no presenten peligro para su salud y vida, conforme al artículo 410 del Código del Trabajo, y en el caso, CONECEL incurrió en una actitud



absolutamente contraria a esa norma al exigir al trabajador realice una jornada laboral excesiva de diecinueve horas contiguas y no proporcionarle un chofer para la conducción del vehículo accidentado, situación que a criterio de este Tribunal constituye un acto de negligencia grave; en tal sentido, la alegación de que el fallecido no era trabajador de CONECEL sino de la tercerizadora SOLFEF Cía. Ltda., carece de fundamento, pues en la determinación de la responsabilidad civil por daño moral no se mira solamente la relación contractual laboral, sino principalmente de quién provino el acto ilícito. El nexo de causalidad existe por cuanto el incumplimiento de las obligaciones de CONECEL sobre las condiciones de trabajo ha derivado en la muerte del hijo de la actora, siendo esta última víctima de un gran padecimiento como consecuencia de aquello. De esta manera queda establecido la ilicitud del acto, la responsabilidad de la empresa demandada y el nexo de causalidad; por tanto la prueba relativa a la relación contractual de trabajo con la tercerizadora, el contrato civil de servicios de tercerización no son prueba eximentes de responsabilidad. Tanto más que la beneficiaria directa del trabajo de Antón Ruiz Xomchuk fue la demandada, como lo establece la sentencia de la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia en el juicio de indemnizaciones por accidente de trabajo, fallo que tiene efecto de cosa juzgada y por lo mismo no le corresponde a este Tribunal revisar ese aspecto. Por otra parte, la empresa demandada argumenta y presenta prueba documental al respecto, de que el accidente que sufriera Antón Ruiz Xomchuk fue consecuencia de varios factores como causas concurrentes, tales como la mala configuración y mal diseño del tramo de la vía, la falta de señalización, **Juicio No. 764-2012** 26 falta de iluminación artificial, la presencia de niebla a la hora y lugar del accidente y la calzada mojada; que acorde al informe policial, el vehículo que conducía el hijo de la demandante “...desatiende momentáneamente la conducción del móvil y sobrepasando el eje central demarcado sobre la calzada, invadiendo y obstruyendo el carril contrario de circulación...”.- Al respecto este Tribunal de Casación estima que si bien un accidente de tránsito puede deberse a la concurrencia de varios factores, sin que necesariamente se atribuya a uno solo de ellos, en este caso la omisión ilícita de la demandada de no garantizar condiciones de trabajo que protejan la vida y salud del fallecido es el elemento de causalidad que se juzga, al haberse forzado la jornada laboral exigiendo a la persona un esfuerzo exorbitante, que al igual que los demás factores, influyeron en el accidente; por lo que, para efecto de determinar la responsabilidad particular de la demandada, que es lo que se examina en este juicio, lo procedente es determinar su omisión negligente, conforme lo analizado.-Consecuentemente, se desechan las excepciones de falta de derecho de la actora, improcedencia de la demanda e inexistencia de daños y perjuicios imputables a la demandada.- **6.6.3.- Responsabilidad atenuada:** La demandada alega como excepción subsidiaria la responsabilidad atenuada y el derecho a la reducción en la apreciación del daño, por exposición imprudente al riesgo, conforme el artículo 2230 del Código Civil que dispone: “La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.” Esto por cuanto Antón Ruiz Xomchuk, tenía licencia de conducir tipo B que la obtuvo previo curso en la Escuela de Conducción de ANETA, y conocía o debió conocer los riesgos que implicaba conducir cansado, conforme a los manuales e instructivos de conducción que anexa como prueba documental. A este respecto caben dos consideraciones: la primera que el artículo 2230 del Código Civil es aplicable a la indemnización de daños y perjuicios materiales que son cuantificables en cuanto corresponden a daño emergente y lucro cesante, donde es factible aplicar una rebaja si la víctima se ha expuesto imprudentemente al daño, en tanto que según el artículo 2232 del mismo Código, el monto de la indemnización por daño moral queda a prudencia del juez atentas las circunstancias de la infracción; la segunda es que la víctima es la persona que imprudentemente aumenta el riesgo y las consecuencias gravosas del daño, pero, en este caso, **Juicio No. 764-2012** 27 la víctima del daño moral no es Antón Ruiz Xomchuk, sino la actora, su madre, quien ha sufrido daño psicológico por la pérdida de un ser querido, por lo que mal puede plantearse que se expuso al daño imprudentemente.- **6.6.4.- Enriquecimiento injustificado:** El daño moral no tiene como finalidad el enriquecimiento de la persona que demanda tal indemnización, sino una compensación pecuniaria por el sufrimiento, la pena, el dolor moral que sufre una persona víctima de una conducta ilícita, por ello, aun cuando se suelen solicitar indemnizaciones desmesuradas, corresponde al juez de la causa determinar el valor de aquellas, atentas la gravedad del perjuicio sufrido y de la falta, conforme lo previsto en el artículo 2232 del Código Civil; por tanto, aunque el actor se excediera en su pretensión corresponde al juzgador moderarla, sin que entonces proceda alegar enriquecimiento injustificado.- **6.7.-** Resulta difícil cuantificar el daño moral, por tratarse de “sufrimientos, lesiones a la honra, padecimientos de carácter extra patrimonial”; pues 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. El tratadista Dr. Enrique V. Galli explica que *“...es exacto que resulta difícil encontrar reparación adecuada al agravio moral. La indemnización en dinero con que se consume la reparación, no conforma como equivalente del sufrimiento moral, pero la imposibilidad de lograr una reparación perfecta, no justifica que no se acuerde ninguna. Aunque incompleta y relativa, la resarcibilidad es siempre reparadora, y, en estas condiciones, preferible al desconocimiento del derecho”*. (Dr. Enrique V. Galli. Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo I, p. 606. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1954).- El artículo 2232 del Código Civil, en la parte pertinente dispone: *“..quedando a prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo.”*, las cuales se refieren a la gravedad del perjuicio sufrido y de la falta. Sobre este tema se ha dicho que la acción indemnizatoria del daño moral es de carácter reparatoria y no sancionadora, por tanto, no cabe se mande a pagar sumas exorbitantes de dinero como en muchos casos se demanda o cantidades tan exiguas que ni siquiera justifiquen el ejercicio de esta acción, pues que la valoración del daño moral esté a “prudencia del juez”, no significa que aquel tiene una amplia libertad para fijar ese valor, sino que debe ponderar sus decisión. En el **Juicio No. 764-2012** 28 presente caso, este Tribunal considera que la cantidad de veinte mil dólares americanos fijada por el Juez de primer nivel cumple con la finalidad de de indemnizar el daño moral.- **DECISIÓN:** En base a las consideraciones que anteceden, este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, CASA LA SENTENCIA dictada por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Guayas de 8 de junio del 2012, las 12h44; y en su lugar, con los argumentos expuestos en este fallo, se desechan los recursos de apelación y se confirma la sentencia del juez de primer nivel. Devuélvase a la recurrente el valor consignado como caución.- Sin costas ni honorarios.- Notifíquese.- f) Dra. Paulina Aguirre Suárez., Dr. Wilson Andino Reinoso, Dr. Paúl Iñiguez Río, Jueza y Jueces de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia.- Certifico.- f) Dra. Lucia Toledo Puebla.- SECRETARIA RELATORA.-



### **Anexo 3**

**Caso Ecuatoriano: Freddy Romero Romoleroux contra Banco Centro Mundo S.A.**

**Juicio ordinario No.- 194-2007**

**Materia: Daño Moral**

**Resolución: Se rechaza la demanda**



## Caso ecuatoriano

Año I -- Quito, Lunes 21 de Diciembre del 2009 -- Nº 92

**Nº 80-08 En el juicio ordinario No.- 194-2007, que por daño moral sigue, Freddy Martín Romero Romoleroux, contra Alvaro Valenzuela Del Valle, en su calidad de Gerente General y representante legal del Banco Centro Mundo S. A., se ha dictado lo siguiente: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL Quito, a 8 de abril del 2008; las 14h55.**

PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL Quito, a 8 de abril del 2008; las 14h55. VISTOS: En virtud del llamamiento efectuado por el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia, mediante oficio número 2472-SP-CSJ de 12 de diciembre del 2007, originado en la aceptación de la renuncia presentada por el señor doctor Héctor Cabrera Suárez, en aplicación del inciso cuarto del artículo 61 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, el Dr. Juan Montalvo Malo, Conjuez Permanente, asume el despacho de todas las causas, e integra la Sala con las mismas atribuciones y deberes del principal, por todo el tiempo que dure la falta del titular, por lo que la Sala debidamente conformada avoca conocimiento de la presente causa.- Freddy Martín Romero Romoleroux, mediante escrito de 25 de marzo del 2008 (fs. 151), solicita que, “en vista de que ha transcurrido en exceso el término concedido a Ustedes en el Artículo 17 de la Ley de Casación para que despache el presente recurso, les solicito que se sirva ordenar que el mismo sea remitido a la correspondiente sala de Conjuces para que lo despachen dentro del término previsto en la ley”. Al respecto, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia ha dictado la resolución publicada en el Registro Oficial, Suplemento No. 221 de 28 de noviembre del 2007, que dispone: “...Art. 1.- Declarar que el artículo 17 de la Ley de Casación prevalece ante el artículo 203 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, en las causas que se tramitan en casación, reconociendo que es potestativo remitir el proceso a la Sala de conjuces...”. En consecuencia, en estricta aplicación de la Ley de Casación y la resolución invocada, esta Sala, rechaza la petición presentada por la parte actora.- En lo principal, Alvaro Valenzuela Del Valle, en su calidad de Gerente General y representante legal del Banco Centro Mundo S. A., deduce recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Machala, dentro del juicio ordinario que, por indemnización por daño moral, sigue Freddy Martín Romero Romoleroux contra dicha entidad. Como el recurso le fuera negado, deduce el de hecho, que por concedido, permite que el proceso pase a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia para conocer las razones de la negativa a la concesión del de casación. Por el sorteo de ley, se ha radicado la competencia en esta Sala, la que aceptó a trámite el recurso de casación; finalizada la etapa de sustanciación correspondiente, para resolver considera. PRIMERO: El recurrente acusa infracción de las normas contenidas en los artículos 68 y 115 del Código de Procedimiento Civil; 2231 y 2235 del Código Civil y 42 del Código Penal, y sustenta su impugnación en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por cuanto el Tribunal de último nivel no ha tomado en cuenta estas disposiciones, es decir, se las habría inaplicado. Estos son los límites, dados por el propio recurrente, en los cuales se desenvolverá la actividad jurisdiccional de la Sala como Tribunal de casación, al regir en esta materia el principio dispositivo. SEGUNDO: El casacionista alega que no se tomó en cuenta el artículo 68 numeral 4º del Código de Procedimiento Civil, que dispone que los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda deben ser expuestos con claridad y precisión; que en la demanda presentada contra su representado, nunca se dio cumplimiento a esta disposición, porque los fundamentos de hecho “...corresponden a los contratos y cuasicontratos, no pueden considerarse fundamento en un juicio de daño moral...”, y se ha citado como fundamento de la pretensión “el Art. 258-A, del Código Civil...”. En consecuencia -sostiene-, se debía declarar la nulidad de todo lo actuado hasta la calificación de la demanda y “enviar la misma a que se aclare, toda vez que el fundamento legal para proponer la demanda no existe y el juzgador no puede basar su resolución en bases legales inexistentes.” Si el recurrente considera que en la tramitación de la causa se ocasionó una nulidad procesal, debió fundamentar tal cargo sobre la base de la



causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación y no por la primera ibídem. Ahora bien, aun cuando así se lo hubiese hecho, debe anotarse que, en ningún caso, la oscuridad o indeterminación de lo pedido en la demanda o de los fundamentos de hecho no es motivo para declarar una nulidad procesal; El Juez, simplemente, se verá imposibilitado para dictar una sentencia de mérito porque carecerá de los elementos de juicio necesarios, sin que pueda suplir esa falta; en cuanto a la indebida concreción de los fundamentos de derecho, no es motivo para rechazar una demanda: El juez, en aplicación de los principios *iura novit curia* y *da mihi factum, dabo tibi ius*, está autorizado -y es su deber hacerlo- para suplir las omisiones de derecho en que hayan incurrido las partes (por lo demás, hay que decirlo, es claro que la disposición citada se refiere al delito de peculado bancario, artículo 258-A, por lo cual se trató de un evidente *lapsus calami* en la transcripción del cuerpo legal al que pertenece esa disposición, el Código Penal), conforme señala el artículo 280 del Código de Procedimiento Civil. Se rechaza, por lo tanto, la acusación de que se dejó de aplicar el artículo 68 numeral 4º del Código de Procedimiento Civil. TERCERO: El recurrente cita como infringidos los artículos 115 del Código de Procedimiento Civil y 42 del Código de Procedimiento Penal; el primero, relativo a la sana crítica que ha de emplear el juzgador al valorar la prueba; el segundo, respecto a la facultad que se concede a una persona para presentar una denuncia penal ante el fiscal competente o ante la policía judicial; sostiene que, por el hecho de haber presentado una denuncia en contra del actor, mal podía la sala de instancia considerar que hubo daño moral, mucho menos cuando no se ha demostrado conforme a derecho la existencia de malicia o temeridad en la denuncia penal que propusiera, a su tiempo, el Banco Centro Mundo S. A. contra el hoy actor. Sin embargo, no especifica de qué manera estas disposiciones fueron infringidas; por lo demás, hay que recordar que, si se fundamenta la casación en la causal primera del artículo 3 de la ley de la materia, el recurrente da por correctas las conclusiones que, sobre la valoración de la prueba, ha llegado el Tribunal de última instancia; si consideró que dicho Tribunal no podía declarar con lugar la pretensión de daño moral porque no se probó que hubo ejercicio abusivo del derecho a presentar una acción penal, debió sustentar su impugnación al amparo de la causal tercera del artículo 3 citado, que prevé los vicios en que puede incurrir el Tribunal de instancia al valorar las pruebas, en forma que aquellos errores hayan conducido, a su vez, a la vulneración de una norma sustantiva de derecho. Por lo tanto, se desecha por indebidamente sustentado el cargo de que se han infringido los artículos 115 del Código de Procedimiento Civil y 42 del Código de Procedimiento Penal. CUARTO: El casacionista sostiene que no se ha tomado en cuenta el artículo 2258 del Código Civil, en relación con el artículo 2231 del mismo Código, porque el Tribunal de última instancia ha considerado, indebidamente, que la excepción de prescripción de la acción de daño moral no ha lugar, pues desde la fecha en que se perpetró el acto ilícito contra el hoy actor, no habían transcurrido más de cuatro años hasta la citación con la demanda; que ello condujo a que se declare con lugar una demanda de daño moral, la cual no tiene ningún fundamento, porque el Banco Centro Mundo S. A. se ha limitado a ejercer su legítimo derecho a presentar una acusación penal contra el hoy actor, denuncia que, aunque no fue acogida, sin embargo no fue expresamente calificada como maliciosa o temeraria, por lo que en ningún momento se cometió abuso del derecho, fuente de la obligación de indemnizar que ha sido reclamada y mal concedida por el Tribunal ad quem. Se estudiará a continuación esta acusación, que, de manera central, sustenta el recurso de casación presentado. QUINTO: El Tribunal de última instancia señala en su sentencia (fojas 38-41 vta. del cuaderno de segundo nivel): “QUINTO: Corresponde analizar si la acción de daño moral seguida por el actor se encuentra prescrita o no. Al respecto, el Art. 2235 del Código Civil señala: ‘Las acciones que concede este Título por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto’. Para poder analizar si ha transcurrido el tiempo previsto en la norma indicada, hay que determinar cuál es la fecha de perpetración del acto. En la sentencia materia del recurso de apelación, se han tomado como punto de partida [SIC] para declarar que se encuentra prescrita la acción de daño moral, las fechas de presentación de la denuncia (31 de Mayo del 2000) y de la acusación particular (22 de Junio del 2000), por parte del demandado en contra del actor. Sin embargo, dicha apreciación carece de toda lógica jurídica para el presente caso, puesto que si el fundamento para que el actor haya propuesto la acción por daño moral ha sido el hecho de que



en el proceso penal que le siguió el demandado, se lo declaró inocente y por ende fue sobreseído definitivamente, la fecha efectiva en la cual se plasmó la perpetración del acto, no ha sido otra que la fecha en la cual se ratificó por parte de la Sala de lo Penal, Colusorios y de Tránsito [SIC] de la Corte Superior de Justicia de Machala, el auto de sobreseimiento definitivo a favor del señor Romero Romoleroux, la cual corresponde al 22 de junio del 2004. Por ende, si la fecha efectiva de perpetración del acto que dio origen a la demanda por daño moral ha sido el 22 de junio del 2004, los cuatro años que señala el Art. 2235 del Código Civil para la prescripción de la acción no se cumplieron, en vista de que el 20 de Octubre del 2004 quedó perfeccionada la citación por boleta con la demanda de daño moral al Banco Centro Mundo S. A...". El punto de discrepancia es, pues, la interpretación de la frase del artículo 2235 del Código Civil que dice "contados desde la perpetración del acto". Para el Tribunal, ha de considerarse la fecha en la cual el Tribunal correspondiente emitió la resolución de sobreseimiento a favor del hoy actor; para el casacionista, desde que se dio inicio al proceso penal que dio motivo a esta acción de daños y perjuicios. Para resolver los cargos formulados contra la sentencia de última instancia, es preciso señalar cuáles fueron los hechos que motivaron la presentación de la demanda de indemnización por daño moral -y que no han sido controvertidos por los litigantes por lo cual se convierten en hechos firmes-; en la demanda (fojas 2-4 vta. del cuaderno de primer nivel) se dice textualmente: "...Desde el año 1996 venía desempeñando las funciones de Gerente del Banco Centro Mundo en la sucursal de la ciudad de Machala, hasta el 12 de Mayo del 2000, en que perdí mi empleo en virtud de una improcedente denuncia y posterior libelo de acusación particular propuestas en contra del suscrito compareciente y de los señores Jesús Ortega Moreno y Faustino Secades García... por el señor Jaime Emilio Giese Jiménez en su calidad de Gerente General Subrogante del Banco Centro Mundo S. A. ...que originó un injusto enjuiciamiento penal de mi persona en el Juzgado Segundo de lo Penal de El Oro por la presunta perpetración del delito de peculado bancario tipificado y reprimido por el artículo 257 del Código Penal, mediante auto cabeza de proceso dictado en contra de los supuestos sindicados, por el Juez Segundo de lo Penal de El Oro el veintitrés de Junio del dos mil; las 11h00, en que se dispuso como medida cautelar en mi contra la retención de los valores de los certificados de depósito que tenga el suscrito compareciente y la prohibición de enajenar mis bienes inmuebles en las ciudades de Machala y Guayaquil; como consecuencia de la denuncia y posterior acusación particular según la cual en mi calidad de Gerente de la Sucursal de Machala del Banco Centro Mundo, he ocasionado perjuicio económico en primer momento a personas que confiaron en mi palabra y luego al Banco Centro Mundo ya que es quien finalmente afrontó con el pago de los certificados entregados al compareciente y los otros denunciados, que yo no tenía autorización del Banco Centro Mundo para realizar estas negociaciones y mucho menos para reunirme con inversionistas extranjeros; que, al realizar estas negociaciones en el Banco es lógico que los inversionistas nacionales confiarían en que esta negociación era real y legal, y permitía con este hecho que se perjudique a nacionales, que por lo expuesto y por tratarse de un delito punible y pesquisable de oficio y de acción pública solicita se ordene la captura e investigación de los denunciados Freddy Romero R., Jesús Ortega y Fausto Secades por cuarenta y ocho horas para fines de investigación, iniciándose de esta manera un temerario sumario en lo que a mí respecta y en cuya dilatada sustanciación a más de arruinar mi carrera como funcionario bancario de alto nivel y prestigio como Tecnólogo Financiero, al manchar mi reputación y poner fin a mis lógicas aspiraciones de merecidos ascensos en la actividad bancaria del país y del extranjero en virtud de una meritoria y brillante carrera profesional... acarreado con ello graves e impredecibles consecuencias de carácter material y sobre todo moral, haciéndome víctima de sufrimientos físicos y psíquicos, como angustia, ansiedad y humillaciones por tan injusta e ilegítima acción penal propuesta en mi contra a más de eso me ocasionó grave perjuicio al ser removido y separado de mi cargo...". Añade que el 22 de junio del 2004, se dictó a su favor sobreseimiento definitivo, "...cesando desde esa fecha la perpetración de los irreparables daños morales psíquicos y económicos causados con un procesamiento penal injustificado...". SEXTO: Según expuso el propio actor en su demanda, los sufrimientos físicos y psíquicos como angustia, ansiedad y humillaciones por la injusta e ilegítima acción penal propuesta en su contra, tuvieron como origen la denuncia penal presentada en su contra por la



entidad hoy demandada, Banco Centro Mundo S. A. Pues bien, es lógico que a partir del inicio del proceso penal, y de las medidas que ocasionaron que el hoy actor haya experimentado, según su demanda, tales afectaciones en su patrimonio moral, se haya ocasionado el supuesto hecho ilícito que originaría para el banco la obligación de indemnizarle; de ninguna manera puede considerarse esta fecha como aquella en la que se dictó el auto de sobreseimiento definitivo, pues con esta resolución judicial se dio fin al proceso penal. Respecto a este tema, el profesor ecuatoriano Juan Larrea Holguín (Derecho Civil del Ecuador, Tomo XV, Obligaciones extra contractuales, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2004, p. 247), señala: “Este tiempo [para la prescripción de la acción] se ha de contar ‘desde la perpetración del acto’. Debe entenderse que el acto ilícito debe estar plenamente cumplido y ha producido ya su efecto negativo, puesto que, los actos preparatorios del delito perpetrado o cuasidelito, si no han perjudicado a nadie, no dan lugar a indemnización, aunque sean susceptibles de condenación penal” (el resaltado es de la Sala). El profesor Cabanellas define por su parte el término “Perpetración” como “Comisión de un hecho. Hecho consumado.” (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VI, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 21ª edición, 1989, p. 218). Si a partir de la presentación de la denuncia se inician para el actor los sufrimientos, angustias y humillaciones, esa es la época en la que se perpetra, se consume, el supuesto acto ilícito y no otra; la fecha en la que se dicta el auto de sobreseimiento, como él mismo lo señala en su demanda, es en la que “cesa” el daño, sin que pueda verse en esta figura una especie de delito continuado, inaplicable por lo demás como concepto al delito civil. Y por acto ha de entenderse la acción ilícita y dolosa que ha tenido la intención de dañar, uno de los elementos que configuran precisamente la obligación de indemnizar, junto con la existencia del daño y la existencia de un nexo de causalidad entre el hecho o acto ilícito y el daño producido. Junto a la fecha en que se presentó la denuncia (31 de mayo del 2000, copias certificadas a foja 68 vta. del cuaderno de primer nivel), hay que tomar en cuenta la del inicio del proceso penal y fecha en la que se dictaron las medidas de carácter real y personal contra el hoy actor, en relación con los hechos relatados por él en su demanda (23 de junio del 2000, fojas 118-119 vta.), por lo que a la fecha en que se perfeccionó la citación con la demanda (20 de octubre del 2004, razón actuarial a foja 9), habían transcurrido más de los cuatro años señalados en el artículo 2235 del Código Civil para la prescripción de la acción. Es claro entonces que el Tribunal de última instancia dejó de aplicar el artículo 2235 del Código Civil, lo que ha incidido en la resolución de la causa, por lo que la sentencia se halla incurso en uno de los vicios previstos en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación y debe ser casada, con el mérito de los hechos establecidos en ella, de conformidad con el artículo 16 de la Ley de Casación. SEPTIMO: Al contestar a la demanda (fojas 11-25), el Banco Centro Mundo propone entre sus excepciones la de prescripción de la acción, que debe analizarse en primer lugar. Conforme se ha analizado en el considerando precedente, la época o fecha de perpetración del acto ha de contarse a partir de la presentación de la denuncia y del inicio del proceso penal, y de ninguna manera desde la fecha en la que se dicta el auto de sobreseimiento, conforme se ha explicado en el considerando precedente. Si ha lugar esta excepción, no es menester estudiar las demás. Por las consideraciones que anteceden, esta Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Machala, y en su lugar, rechaza la demanda por los fundamentos expuestos en esta resolución. Devuélvase al recurrente la caución por él constituida. Sin costas.- En virtud de que la Secretaria Relatora de esta Sala, ha sido designada Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia; acorde con el artículo 107 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, actúe como Secretaria Relatora encargada, la doctora Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora de la Tercera Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia. Notifíquese, publíquese y devuélvase. f.) Dr. Viterbo Zevallos Alcívar (V.S.), Magistrado. f.) Dr. Mauro Terán Cevallos, Magistrado. f.) Dr. Juan Montalvo Malo, Conjuez Permanente. f.) Dra. Lucía Toledo Puebla Secretaria Relatora encargada de la Primera Sala Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.



## **Anexo 4**

**Revista De Jurisprudencia Argentina Por Graciela Medina  
En la cual se afirma que las personas jurídicas son causantes de daño  
moral, por ejemplo cuando un periódico divulgue información de una  
persona sin ser cierto aquello.**

## GRACIELA MEDINA

### 1. Acusación de deslealtad a un administrador

### 2. Atribución por alteraciones psicóticas

(Ver Revista de Derecho de Daños, t°45, pág. 415, n° 9).

### 3. Por publicación de noticia inexacta en medio de prensa

Si el periódico demandado no acredita la fuente de su información tornando inexcusable el error cometido al publicar una noticia inexacta -en el caso se imputó la comisión de un delito al actor-, consecuentemente corresponde hacer lugar al resarcimiento solicitado en concepto de daño moral.

Dado que el ejercicio de informar no puede extenderse en detrimento de otras garantías constitucionales, como son la integridad moral y el honor de una persona, de ninguna manera se puede amparar un ejercicio irresponsable del periodismo o tratarlo con alguna contemplación; en virtud de ello la ligereza en la forma de redactar la información en la que se imputa la comisión de un delito al actor, y además sin acreditar la fuente policial habitual, adquiere entidad causal adecuada como fuente del daño moral. La falta de correspondencia objetiva entre lo informado y las constancias del juicio penal, en el cual el actor nunca reconoció ni confesó el hecho imputado como lo indica la noticia, y la falta de toda actividad probatoria de la demandada tendiente a explicar un origen de la noticia que pudiera desplazar su responsabilidad o justificar su error, hace que deba responder por el daño moral causado in re ipsa al atribuir falsamente el reconocimiento de un delito penal. Si la empresa periodística, con el deber de resguardar los derechos de las personas, actúa precipitadamente, sin la necesaria previsión de las consecuencias dañosas que razonablemente derivan de la publicación de la información, configura la culpa y el detrimento a derechos personalísimos, como son la honra y la reputación del actor por las que se reclama, siendo procedente la acción intentada.

SCBA, Ac. 60.813 del 11-5-99, "Spacarstel, Néstor c/EL DÍA S.A.", en LA LEY BUENOS AIRES n° 6, julio 1999, pág. 655 con nota de Daniel A. Prieri Belmonte.

### XIX - DAÑO PRODUCIDO POR RUIDOS MOLESTOS

#### 1. Gritar goles (Ver Revista de Derecho de Daños, t° 4, pág. 415, n° 10-A)

### XX- DAÑO MORAL EN MATERIA CONTRACTUAL

#### 1. Procedencia

En materia contractual, donde resulta de aplicación el art. 522 del Cód. Civil, el resarcimiento del daño moral debe ser interpretado con criterio restrictivo, para no atender reclamos que respondan a una susceptibilidad excesiva o que carezcan de significativa trascendencia jurídica, quedando a cargo de quien invoca la acreditación precisa del perjuicio que alega haber sufrido.

SCJBA, Ac. 56.328, 5-8-97, "Bernard, T. c/Banco Municipal de La Plata s/ds. y ps."

#### 2. Necesidad de probar

Tratándose del incumplimiento de obligaciones contractuales, la indemnización del daño moral sólo es procedente a expensas de que el mismo se acredite fehacientemente (doc. art. 522 del Cód. Civil), al par de distinguir entre las lesiones a los sentimientos, a los afectos y a la tranquilidad anímica y espiritual -que perfilan el daño moral- y las inquietudes propias y corrientes de los negocios o los pleitos.



## **Anexo 5**

**Sentencia de la Sala primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica**

### **La sentencia número 752**

**Afirma que las personas jurídicas son víctimas de daño moral cuando se desprestigia una marca frente al pensamiento del consumidor.**

### **Sentencia número 928**

**Afirma que las personas jurídicas no pueden demandar daño moral por tema de sufrimiento, dolor, angustia, sino únicamente cuando se derive en consecuencias económicas por ejemplo cuando por el daño causado un comerciante haya perdido sus clientes, es decir daño objetivo.**

## El daño moral en la jurisprudencia de la Sala primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

1).-También ha sido cuestionado por este órgano decisor, si a la persona jurídica se le puede causar un daño de naturaleza moral. Al respecto ha dicho en Sentencia número 752 de las 13 horas 30 minutos del 5 de octubre de 2006:

*Que “VI.- ... El artículo 41 constitucional no distingue en cuanto a personas – físicas o jurídicas- como posibles víctimas de daños, en cualquiera de sus diferentes calificaciones. Esto supone que, aún cuando no es pacífico en la doctrina, desde la perspectiva constitucional es plausible que personas jurídicas puedan verse afectadas por padecimientos de orden moral, -sin que sea necesario, para el sub-lite, deslindar si ello ocurre sólo en supuestos de responsabilidad contractual, extracontractual, o en ambos-, claro está, aun cuando esos no necesariamente guardan consonancia con ciertas afectaciones extrapatrimoniales de las personas físicas. Así, el sufrimiento, el estrés, la angustia, o la depresión, entre otros, sólo pueden experimentarlos estas últimas, pero ello no mengua que ciertas afectaciones a personas otrora denominadas morales, que no califican ni como daño emergente, ni lucro cesante, puedan llegar a tener cabida bajo el cariz del daño moral. Puede pensarse, verbigracia, en el desprestigio de una marca en la percepción del consumidor, que sea imputable a un sujeto distinto a su titular. Sin embargo, la indemnización prevista por el legislador en la ley de comentario, cubre las diferentes modalidades de daños que puedan aquejar a los representantes, distribuidores y fabricantes nacionales y no se cuenta con permiso legal para conceder sumas adicionales, porque –se reitera- el canon 2 habla de indemnización. Esto supone que han de entenderse incluidos los daños -en sus diversas manifestaciones- y perjuicios causados, ergo, nociones tales como daño emergente, lucro cesante, daño patrimonial y daño moral, en sus dos vertientes, son los componentes de esa “indemnización” plenaria y global, no particular a un tipo de menoscabo.” 1*

2).- Sin embargo, esta postura no es pacífica, pues en una sentencia posterior número 928 de las 9 horas 15 minutos del 24 de noviembre de 2006, se estimó la improcedencia del daño moral subjetivo cuando se tratara de persona jurídica, así:

*“...una persona jurídica –como lo es la denunciante-, por su naturaleza, no puede reclamarlo. Se trata de entes creados por el ser humano sin capacidad para sentir emociones. Solo pueden reclamar, si es el caso, la reparación del daño moral objetivo, tal y como se infiere no solo del voto número 1026 de las 10 horas 54 minutos del 18 de febrero de 1994 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, citado por el Tribunal, sino también del precedente de este órgano jurisdiccional antes transcrito [Sentencia número 151 de las 15 horas 20 minutos del 14 de febrero del 2001]. Para su procedencia, según se indicó, quien lo alega debe demostrarlo.”2*

La Sala ha dicho que el daño moral no procede en incumplimientos contractuales en sentencia número 942 de las 16 horas del 20 de diciembre de 2000, así ha establecido:

*“Lo que ruega aquí el actor es una indemnización por la frustración económica que el incumplimiento contractual le causó. Esto dice de un daño material, no moral. Ciertamente, Todo incumplimiento contractual, genera para aquél que resulta su víctima una molestia, incluso una angustia; más si se estimara que por esa razón frente a todo incumplimiento debe existir una indemnización por daño moral, se exorbitaría la protección legal más allá de toda lógica. De toda suerte, nunca podría concederse esta indemnización asumiendo que el incumplimiento contractual, sin otro elemento de juicio, baste para acreditar el daño moral. El principio in re ipsa, aplicable en el daño moral subjetivo, dice de un agravio directamente relacionado con el honor, el buen nombre, la fama, etc, que a su sola presencia hace ostensible un daño en la esfera no patrimonial del individuo, imposible de cuantificar*



económicamente. Aquí el daño supone la pérdida de una expectativa económica, que desde luego debió causar aflicción a condición de que tal expectativa fuere cimentada sobre hechos ciertos y no meramente hipotéticos. De toda suerte la frustración no debería existir si la indemnización se dio en sus justos términos. El que esto no se hubiera logrado tiene que ver tanto con lo que se pidió cuanto con lo que se demostró, vale decir con la actividad del propio reclamante.”

### **Daño Moral Objetivo Dentro De La Corte Suprema De Justicia De Costa Rica**

Por su parte, el daño moral objetivo, ha sido definido en la resolución número 112 de las 14 horas quince minutos del 15 de julio de 1992

Así: “...lesiona un derecho extrapatrimonial con repercusión en el patrimonio, es decir, genera consecuencias económicamente valiables (vg. el caso del profesional que por el hecho atribuido pierde su clientela en todo o en parte). [...] Por otra parte, en lo atinente al daño moral objetivo, la Sala de Casación, en voto de mayoría, ha señalado: “V.- ... Tampoco tienen precio el honor, la dignidad o la honestidad; y en tales casos, como se trata de bienes morales, la obligación indemnizatoria se dirige a reparar el daño moral sufrido, mas aquí también puede producirse un daño material indirecto, pues la ofensa al honor puede menoscabar el buen nombre de la víctima y afectarla en su patrimonio, lo que da lugar a la indemnización del daño moral objetivado advertir, para que no se interpreten con error las anteriores apreciaciones, que la expresión “daño indirecto” se ha venido usando para hacer referencia al daño que se produce como reflejo o repercusión necesaria de un acto ilícito que vulnera directamente otros bienes jurídicos, no así en el sentido equivalente a “daño remoto”, no indemnizable, con que esa misma expresión se usa en la doctrina sobre la causalidad adecuada...”. (Sentencia número 7 de las 15 horas 30 minutos del 15 de enero de 1970).”



**Anexo 6**  
**Revista chilena**  
**Juicio ordinario**

**Actor: Importadora y Exportadora J.Y.C. Ltda.**

**Demandado: Sociedad Comercial Cisandina Chile Ltda.**

**Resolución: Se declara sin lugar la demanda por ser la accionante una persona jurídica, la cual no tiene derecho al honor, no puede sufrir dolor, ni lesión de sentimientos.**

**Revista Chilena: Comentario a demanda de daño moral causado a persona jurídica.**



Revista Chilena de Derecho, vol. 34 N° 1, pp. 135 - 138 [2007]

## COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

### Negación de Daños Morales a una Persona Jurídica en Materia Contractual

*Importadora y Exportadora J.Y.C. Ltda. con sociedad Comercial Cisandina Chile Ltda.* (2005): Corte Suprema 14 de marzo de 2005 (demanda en juicio ordinario de cobro de pesos), publicado en *Gaceta Jurídica* 297 (2005), p. 85

#### Marcelo Barrientos Zamorano

Doctor con mención Doctor Europeo, Universidad de Salamanca. Magíster en Derecho de la Empresa, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile

---

#### RESUMEN

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

**Palabras Clave:** Personas jurídicas, daños morales, dolor, sufrimiento.

---

#### ABSTRACT

Is there a sentence from the Chilean's Supreme Court on March 14 th 2005, which confirms a sentence from Santiago's Appeal Court from January 31 th 2001, in order to clarify that non pecuniary loss, that moral persons argue on trial, it's not possible. It must be consider that those moral persons are unable to suffer any pain or anguish who could be accept as true like a non pecuniary damage as well. The pecuniary compensation on those cases must consider honor, prestige or commercial status in the business traffic.

**Keywords:** Moral person, non pecuniary loss, pain, suffering.

---

#### COMENTARIO

¿Es posible que una persona jurídica pueda sufrir un daño moral?

Nos parece necesario echar una mirada al Derecho comparado en la materia antes de expresar una opinión.

El daño moral que pudiera ser causado a una persona jurídica es un terreno extremadamente debatido en la doctrina mundial, pues solo las personas físicas gozarían realmente de un patrimonio moral. Sin embargo, en una tendencia del Tribunal Supremo español de ampliar la



categoría de daño moral, gracias a la discrecionalidad judicial, se ha reconocido e indemnizado menoscabos patrimoniales sufridos por empresas o sociedades “moralmente” dañadas.

Este tema se puede fácilmente complicar en su análisis por la similitud, atendida la existencia de una persona jurídica que sufre daño moral, con el problema de daño patrimonial indirecto, al producirse un menoscabo del crédito comercial. La categoría del daño moral y su propia existencia a nuestro entender solo tiene sentido en el ser humano, no en las personas jurídicas, ontológicamente ajenas a la dimensión espiritual propia del ser humano. Solo las personas naturales poseen dignidad.

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

Solo las personas naturales, que son las únicas capaces de sentirse dignas, logran ese orgullo que da el buen actuar y logran percibir el efecto que ello tiene en los demás. La dignidad robustece la personalidad, atiza la sensación de integridad y felicidad. Nos resulta difícil pensar entonces en una persona jurídica feliz o digna. Tiene, eso sí, utilidades o pérdidas, daños emergentes o lucros cesantes, en definitiva, pueden tener perjuicios patrimoniales que probados deban ser indemnizados, especialmente en el caso de una exportadora de locos como la de la sentencia que analizamos. Esto no lo discutimos.

Yzquierdo Tolsada, citando abundante jurisprudencia que les reconoce a las personas jurídicas la posibilidad de ser legitimados activos de daños morales y otras tantas que no, estima que no es posible deducir en el ordenamiento español una respuesta firme sobre el tema. El mismo autor citado considera que *“sin embargo, a mí me parece que la tendencia resulta exagerada”*, aludiendo con ello a que le parece excesivo pretender que además de honor, la persona jurídica tiene también derecho a la intimidad.

Este criterio es el mismo en la doctrina comparada y en la jurisprudencia, las personas jurídicas son indemnizables por daño moral, si logran probar que este se ha producido. Aunque existen sentencias contradictorias en todos los ordenamientos europeos lo que nos hace afirmar que no existe una solución unívoca.

El problema, creemos más bien, es de determinación exacta del perjuicio que se reclama. En el caso de la violación de un derecho de marcas que afecta a bienes o derechos de carácter no estrictamente patrimonial de las personas jurídicas, especialmente la imagen, como señala un autor *“más que daños morales cabe hablar de daños al prestigio de la marca”*. Es por esta razón que los daños morales en la práctica apenas son objeto de reclamación. La misma sentencia chilena que comentamos lo señala: *“Que no obstante lo dicho, todo daño moral puro o con consecuencias patrimoniales para ser indemnizable requiere que tengan carácter de certidumbre y realidad, por lo que aquellos que obedecen a meras conjeturas o a una posibilidad no lo son, pues constituyen, específicamente daños patrimoniales indirectos”*.

La reputación de las personas jurídicas en Inglaterra, dentro del *Common Law*, no es reconocida. La indemnización procede única y exclusivamente en caso de que la difamación acarree consecuencias a la condición económica, pero en caso alguno por la mera acción de atentar contra la persona jurídica. El daño, en consecuencia, se indemniza en relación al probado en juicio, lo que no es sino volver a la calificación de daño patrimonial indemnizado, es decir, aquel que se ha podido probar desde del punto de vista del patrimonio.

En el Derecho de los EE.UU. una persona jurídica es objeto de indemnización en el caso de difamación a su reputación, asimilable a *civil tort*, si con tal ataque se menoscaba su capacidad de crédito, que no es más que el concepto de eficiencia de manera genérica en sus



relaciones comerciales, dependiendo en gran medida del impacto que en la opinión pública pueda tener el ataque que pueda recibir. La indemnización, en todo caso, siempre deberá ser medida con los daños debidamente producidos y probados en el patrimonio de la persona jurídica.

En este caso, la Corte de Apelaciones de Santiago razona bien a nuestro juicio, ya que no se ha probado la disminución del negocio de la demandante. Una cosa es el daño moral directo que deriva de la lesión de la reputación mercantil y otra los daños patrimoniales que surgen de modo indirecto de esa lesión (indudablemente la difamación de una sociedad con fin de lucro y, la consiguiente pérdida de relaciones, implica también una pérdida de ganancias).

En ningún caso lo que afirmamos está en contra de la extensión de las garantías constitucionales. No existe tal incompatibilidad, porque la garantía constitucional al honor y prestigio de una persona jurídica no tiene necesariamente que ser reparada mediante una indemnización por daño moral, sino que más bien, por un resarcimiento del lucro cesante. Ello no es inconciliable en modo alguno con la defensa de sus intereses y utilidades o su reputación comercial.

Entendemos que un tribunal no puede conceder una indemnización por daño moral a una persona jurídica, en el caso que se incline por esta tendencia jurisprudencial, si no tiene evidencia de la existencia del mismo. Debe probar el que lo alega no solo que ha sido menguada su actividad comercial, sino que además, corresponde acreditar que tal situación ha tenido su origen en el hecho que imputa al causante de la misma. *“En todo caso, el análisis de la jurisprudencia muestra una notable prudencia en la expansión de la reparación indemnizatoria del daño moral a las personas jurídicas. Los casos en que se ha aceptado el daño moral a una empresa son demasiado marginales como para constituir una teoría general acerca de la indemnización del daño moral a las sociedades”.*

## CONCLUSIÓN

Creemos que otorgar a las personas jurídicas daños morales es extralimitar el ya escurridizo, inasible, borroso e incomprensible para muchos concepto de daño moral. Entendemos que es una vía tentadora para un sentenciador o un litigante que se sentirán indudablemente seducidos por abrir la justificación del daño extrapatrimonial a perjuicios difíciles de demostrar, sobre todo, por la valoración que de él hará de manera discrecional en la sentencia el juzgador de la instancia.

No consideramos que sea el camino más aconsejable, para aliviar los problemas de dificultad probatoria de ciertos daños patrimoniales fronterizos, otorgar daños morales a personas jurídicas. Es mejor, y más honesto también, afrontar la cuestión desde el punto de vista patrimonial en estos casos. Promuévase, con este fin, la prueba del lucro cesante. Autorícese como peritaje suficiente en juicio la conexión estadística significativa para acreditar ganancias futuras que se alegan como pérdidas. Consíéntanse las pericias en tribunales para dar mayor entrada a procedimientos estadísticos de valoración de daños. No vemos la dificultad en tales probanzas y su implementación daría criterio científico y contrastable a los daños alegados. Es, por lo tanto, perfectamente viable esta solución en el sistema chileno de prueba en juicio civil.

Abrir pasó al daño extrapatrimonial en materia de indemnización a personas jurídicas, no hace sino aumentar esa sensación de sospecha que surge de constatar que muchas veces, lamentablemente, no es sino un complemento esta partida del lucro cesante. Todo lo anterior gracias a que nos movemos, en estos casos, en una línea demarcatoria entre ambos detrimentos que no tiene deslindes suficientemente claros, lo que da pie, frecuentemente, a confusiones en tribunales y en la doctrina que se encarga de su estudio.