



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

“El daño moral causado por el despido intempestivo discriminatorio en el Ecuador. Análisis del caso no. 01333-2018-00138”.

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

Autor:

Álvaro Moisés Díaz Yanza

C.I. 0105340111

diaz.moises21@gmail.com

Director:

Dr. Juan Carlos Cabrera Prado

C.I. 0102621653

Cuenca- Ecuador

10/01/2020



RESUMEN

En el presente trabajo se realizará el análisis crítico sobre la procedencia de la indemnización por daño moral en la terminación unilateral de la relación laboral en el Ecuador.

Para establecer el problema nos vimos en la necesidad de analizar el proceso número 01333-2018-00138, donde la discusión de fondo o el problema jurídico era la procedencia de la responsabilidad civil en el despido intempestivo discriminatorio.

De esta manera puesto que por una parte se considera que no procede un indemnización adicional a la tarifada legal, otros consideran que si procede la indemnización adicional por daño moral en determinadas relaciones laborales, a consecuencia el objetivo del presente análisis es determinar cuál de las dos corrientes es aplicable en nuestra legislación.

Palabras clave: Responsabilidad civil. Daño moral. Daño extrapatrimonial. Despido intempestivo. Compensación. Satisfacción. Reparación integral.



ABSTRACT

In this paper, a critical analysis will be carried out on the origin of compensation for moral damage in the unilateral termination of the labor relationship in Ecuador. To establish the problem we saw the need to analyze the process number 01333-2018-00138, where the substantive discussion or the legal problem was the origin of civil liability in the untimely discriminatory dismissal. In this way, since on the one hand it is considered that there is no additional compensation to the legal rate, others consider that if the additional compensation for moral damage in certain labor relations is appropriate, the objective of the present analysis is to determine which of the two currents is applicable in our legislation.

Keywords: Civil Liability. Moral damage. Extrapatrimonial damage. Untimely dismissal. Compensation. Satisfaction. Comprehensive reparation.



CONTENIDO

RESUMEN.....	2
ABSTRACT	3
CONTENIDO	4
DEDICATORIA	9
AGRADECIMIENTO	10
INTRODUCCIÓN.....	11
CAPITULO I.....	13
ANALISIS DEL CASO NUMERO 01333-2018-00138	13
1.1 Planteamiento del problema	13
1.2 Propositiones o hipótesis.....	14
1.3 Unidad de análisis	16
1.3.1 Caso N. 01333-2018-00138 y sus particularidades.....	16
1.4 Lógica que vincula los datos.....	18
1.4.1 Preguntas Guías	18
1.5 Localización de la fuente de datos	19
1.6 Análisis e interpretación	20
1.7 Informe previo	20
1.7 Fuentes de consulta	22
1.8 Recursos	22
CAPITULO II.....	23
MARCO TEORICO	23
2.1 La responsabilidad civil	23
2.2 Clases de Responsabilidad Civil	24
2.2.1 La responsabilidad Civil contractual.....	24
2.2.2 La responsabilidad Civil Extracontractual.....	25
2.3 Sistemas de la responsabilidad civil	25



2.3.1 Sistema de responsabilidad objetiva	26
2.3.2 El sistema de responsabilidad subjetiva.....	27
2.4 Elementos de la Responsabilidad Civil Subjetiva	28
2.4.1 El hecho.....	28
2.4.2 El daño	28
2.4.3 La culpa	33
2.4.4 El nexo causal	33
2.5 El daño moral	35
2.6 Elementos que constituyen el daño moral	39
2.7 Naturaleza de la Reparación del Daño Moral	41
2.7.1 Reparación del daño moral tiene carácter Resarcitorio	41
2.7.2 La reparación integral	42
2.8 Daño moral y su Naturaleza Jurídica	45
2.9 Elementos de procedibilidad de la acción.....	46
2.10 El daño moral en la relación laboral.....	46
CAPITULO III.....	49
HIPÓTESIS Y RESOLUCIONES DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA.....	49
3.1 Antecedentes de hecho del caso en mención	49
3.2 Primera instancia.....	50
3.2.1 Accionante.....	50
3.2.2 Demandado	54
3.2.3 Decisión adoptada por el Juez de la Unidad de lo Civil y Mercantil de Cuenca.	55
3.3 Segunda instancia.....	57
3.3.1 Parte demandada	57
3.3.2 Parte demandada	60
3.3.3 Decisión del tribunal.....	64
3.4 Recurso de casación.....	65



3.4.1 Parte actora	65
3.4.2 Parte demandada	69
3.5 Decisión del tribunal	71
CAPITULO IV	73
ANÁLISIS NORMATIVO DEL CASO NÚMERO 01333-2018-00138.....	73
4.1 Análisis normativo del problema jurídico planteado en el caso	73
4.1.1 Características que puede generar daño moral en la relación laboral	78
4.1.2 Procedencia de la acción por daño moral en la terminación de la relación laboral.....	80
4.1.3 Particularidades del caso	81
4.2 Comentario sobre de los actos de proposición del caso	88
4.2.1 Pretensión de la parte actora	89
4.3 Análisis de la decisión final adoptada dentro del proceso	90
4.3.1 Primera instancia	91
4.3.2 Segunda instancia	91
4.3.3 Recurso de Casación.....	93
4.4 Entrevistas a doctores afines a la materia	94
CONCLUSIONES	97
ANEXOS.....	99
BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIA LEGAL	104
Referencia Legal	106



Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio
Institucional

Alvaro Moises Diaz Yanza en calidad de autor y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación “El daño moral causado por el despido intempestivo discriminatorio en el Ecuador. Análisis del caso no. 01333-2018-00138”, de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el repositorio institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 10 de enero de 2020

Alvaro Moises Diaz Yanza

C.I. 0105340111



Cláusula de Propiedad Intelectual

Alvaro Moises Diaz Yanza, autor del trabajo de titulación “El daño moral causado por el despido intempestivo discriminatorio en el Ecuador. Análisis del caso no. 01333-2018-00138”, certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor.

Cuenca, 10 de enero de 2020

Alvaro Moises Diaz Yanza

C.I. 0105340111



DEDICATORIA

A mi familia, por su gran apoyo a lo largo de mi vida y a lo largo de toda mi carrera universitaria.

A todas las personas que estuvieron en todo momento apoyándome e inculcándome valores, que me ayudaron seguir adelante en todo momento.



AGRADECIMIENTO

Principalmente agradezco a mi familia, por haberme brindado su apoyo en todo momento: por sus palabras de motivación y sus consejos.

A la Universidad de Cuenca, especialmente a la facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, por haberme brindado tantas oportunidades en el ámbito académico.

Un agradecimiento especial a mi tutor de tesis, quien con sus conocimientos y disposición no solo contribuyó en la elaboración de este trabajo de titulación, sino impartió conocimiento dentro y fuera de las aulas.



INTRODUCCIÓN

En nuestro país existe una estabilidad laboral relativa, salvo en algunos casos, esta facultad puede ser ejercida por los empleadores con el pago de una indemnización tarifada legal, de aquí nace una interrogante ¿si el ejercicio de esta facultad conferida por la ley puede generar responsabilidad civil, provocando un daño de carácter moral?

Para responder esta interrogante, es necesario realizar un análisis de la doctrina y la jurisprudencia alrededor del tema, para establecer de manera más clara una solución al problema jurídico planteado, puesto que en nuestra legislación no encontramos una norma que la resuelva, simplemente se puede llegar a la solución aplicando reglas generales de la responsabilidad civil.

Dentro del presente estudio, se realizará un análisis del caso número 01333-2018-00138, que se presentó por daño moral causado por el despido intempestivo discriminatorio, el 09 de enero del 2018 ante el juez de lo Civil del Cantón Cuenca.

Para empezar con el análisis del problema jurídico que nace alrededor del caso, el primer capítulo se concentra en el planteamiento del problema, hipótesis, unidad de análisis, fuentes de información y lógica que vincula el problema jurídico con las preguntas guías.

El segundo capítulo del análisis se centra en establecer que es la responsabilidad civil, sus clases, características, sistemas de responsabilidad civil, elementos de la responsabilidad civil subjetiva que es acogida por nuestro Código Civil, el daño moral, sus elementos y la reparación integral.



En el tercer capítulo del análisis del caso número 01333-2018-00138, se centra en el análisis de las hipótesis y resoluciones del proceso judicial número 01333-2018-0138, sentencia de primera y segunda instancia, sentencia de casación, utilizando para ello tres pautas; la naturaleza de acción por daño moral, elementos de procedibilidad de la acción, los argumentos de las partes dentro del proceso y finalmente el análisis normativo del problema jurídico dentro del tema.

En el cuarto capítulo, contiene los derechos en conflicto, punto de controversia en torno a la causa, argumentos principales de las partes y sus pretensiones y la decisión final adoptada dentro del proceso.

De esta manera se realizara el presente análisis, donde podremos apreciar los diferentes criterios doctrinarios, teorías alrededor del tema, los argumentos y pruebas aportadas por las partes que nos permitirán llevar a una resolución del problema jurídico.



CAPITULO I

ANALISIS DEL CASO NUMERO 01333-2018-00138

1.1 Planteamiento del problema

En el Ecuador, existen dos formas de terminación del contrato de trabajo, las mismas que son las regulares y las irregulares, dentro de estas últimas encontramos al despido intempestivo.

Debemos recalcar que el despido intempestivo es una forma unilateral de terminación del contrato de trabajo que le faculta la ley laboral al empleador (esto considerando que la estabilidad en el Ecuador es relativa salvo en algunos casos), pero cuando el despido es intempestivo el empleador está obligado a cancelar los rubros establecidos por la ley, por el ejercicio de esta facultad.

De aquí surge una interrogante, ¿si el ejercicio de la terminación unilateral del contrato de trabajo, puede provocar responsabilidad Civil, dando como resultado un daño de carácter moral?, la primera postura, se basa en que no puede existir responsabilidad civil por la terminación unilateral del contrato de trabajo, a consecuencia de que la ley le otorga esta facultad, entonces como es el ejercicio de una facultad reconocida por la ley no puede provocar daño al trabajador, si esto fuera el caso ningún empleador despediría a sus trabajadores.

Existe otra posición, que considera que si puede existir responsabilidad civil en la terminación del contrato de trabajo, si el empleador incurre en actos ilícitos, deberá responder por los daños que su conducta antijurídica ocasione, si es



que afecta la personalidad y dignidad del trabajador a través de la lesión de sus bienes personales.

1.2 Propositiones o hipótesis

Debemos primero aclarar que, con el afán de garantizar derechos fundamentales de los actores dentro del proceso, se utilizarán nombres ficticios, a la actora se la conocerá como señora Álvarez y el demandado Banco Confidencial.

Para ello se plantea como hipótesis “si la terminación unilateral de la relación laboral, en este caso el despido por discriminación, puede provocar responsabilidad civil, dando como resultado un daño de carácter moral, o simplemente es el ejercicio de un derecho del empleador, a consecuencia de que la estabilidad laboral no es absoluta en el Ecuador.”

Dentro del proceso número 01333-2018-00138, referente a la acción por daño moral por despido intempestivo:

- **ACCIONANTE:**

Demanda que por daño moral presenta la actora el 9 de enero del 2018 en contra de su ex empleador, que se encuentra a fojas 19:

“ la demanda presentada por la actora, en la que señala que, desde el 30 de marzo de 2000, venía prestando sus servicios lícitos y personales para el demandado en calidad de Gerente, y que, fruto de su desempeño laboral, la institución le confirió varios reconocimientos por el cumplimiento de sus objetivos, todo ello mientras gozaba de una excelente salud, hasta que, por adolecer de una lamentable enfermedad (Linfoma Folicular Grado II, CD 20 positivo Cáncer) el demandado tomó la decisión de despedirla el 08 de abril de



2016. Afirma que no podía entender como a una institución a la que entregó varios años de su vida ahora le daba la espalda, y que, como consecuencia del profundo dolor que aquello le causó, incluso se enfermó de Fibromalgia razón por la cual, su médico tratante, dispuso que asista al departamento de psicología del IESS, aquí se le diagnosticó un episodio depresivo asociado a conflictos en el área laboral y específicamente por haber sido notificada con su salida del trabajo, tratamiento psicológico que viene realizando hasta la presente fecha; expresa que dicha depresión cambió su vida pues no ha podido realizar las mismas actividades placenteras, sociales y cotidianas que realizaba antes del despido, y que, el actuar indolente del demandado la transformó en una carga para su hogar. Razón por la cual, solicita el pago de un millón de dólares por concepto del daño moral causado como consecuencia “del dolor, sufrimiento, y la grave angustia sufrida al haber sido despedida intempestivamente por mi condición de enferma de cáncer.”

- **ACCIONADO:**

Contestación presentada por la parte demanda el 7 de marzo del 2018, que se encuentra en fojas 60:

“La demanda es absolutamente improcedente. Aduce que en nuestro país la estabilidad de los trabajadores es relativa y no absoluta, y en virtud de aquello, el demandado, despidió a la actora, cancelando obviamente las indemnizaciones correspondientes por despido intempestivo; que, aquello no implica la existencia de un daño moral que deba ser reparado, pues si así fuese, ningún empleador optaría por la terminación unilateral del contrato de trabajo, lo cual atentaría contra el derecho constitucional a la libertad de



contratación. Afirma que la accionante, además de la indemnización por despido intempestivo, ya recibió \$52.764,96, por disposición de los jueces de la Sala Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, al haber considerado que aquella había sido despedida por actos de discriminación conforme lo previsto en el artículo 195.3 del Código de Trabajo; y, que en total, ha cobrado de la institución, la cantidad de \$158.377,93. Opone las siguientes excepciones: cosa juzgada (pues el despido por supuesta discriminación fue juzgado y sancionado dentro del juicio 01371-2016-00458, seguido ante la Unidad Judicial Laboral de Cuenca), negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda e, improcedencia de la acción.”

1.3 Unidad de análisis

Análisis Jurídico del caso número 01333-2018-00138, que, por daño moral es propuesta, el 9 de enero del 2018 ante el Juez de lo Civil y Mercantil del Cantón Cuenca y presentó la mencionada demanda en contra de su ex empleador

1.3.1 Caso N. 01333-2018-00138 y sus particularidades

En el análisis Jurídico del caso número 01333-2018-00138, que, por daño moral es propuesta por la parte actora el 9 de enero del 2018 ante el Juez de lo Civil y Mercantil del Cantón Cuenca.

En el presente caso tanto en primera, segunda instancia y Casación tuvo una sentencia que declaro sin lugar la pretensión de la parte actora, en primera instancia el juez declaro sin lugar la demanda puesto que para que proceda la indemnización por daño moral se debe determinar varias particularidades como



el hecho ilícito, pero no basta la simple violación a la ley sino que la misma provoque daños y demostrar la relación causal entre el acto y el daño causado, por lo que el juzgador considera que luego de actuada toda la prueba por las partes procesales la parte actora quien tiene la obligación de probar los hechos no demostrar el actuar ilegítimo de la parte demanda, al despedir a una trabajadora de manera intempestiva, ha sido sancionada con la ley que regula la contratación laboral.

Con relación al daño, no cabe duda su existencia, de la valoración de las pruebas, los padecimientos que ha sufrido la parte accionante, conforme lo indicó el perito de la parte demandada y también los peritos de la parte accionante, se relacionan más con su estado de salud, más no como consecuencia total del despido que ha ejercido la parte demandada

Consecuentemente, el juzgador considera que la accionante no ha demostrado la ilicitud del acto y la gravedad del mismo, ni tampoco que la parte demandada haya actuado con dolo o culpa, y por ende la inexistencia del nexo causal.

En segunda instancia, la parte actora motiva su recurso de apelación basándose que el juez de primera no motiva su decisión, tampoco valora la prueba de la parte actora que demuestra los elementos que deben concurrir para la existencia de daño moral, por otro lado el demandado apela las costas judiciales arguyendo que existe un abuso de derecho por la otra parte, en cuanto la misma sabía que no existía daño moral, haciendo un mal uso de herramientas jurisdiccionales, el tribunal rechaza el recurso de apelación pero no existe motivación del fallo.



La actora junto a su defensa casa la sentencia, fundamentándose en el numeral 2 del artículo 268 del COGEP, la recurrente acusa a la sentencia de no contener los requisitos previstos en los numerales 6, 7 y 8 del artículo 95 del mismo cuerpo legal a saber: relación de los hechos probados relevantes para la resolución, motivación y pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

La Corte Nacional de Justicia considera que no existe la motivación de la decisión siendo esta uno de los derechos constitucionales de las personas, por en este punto procede el recurso de casación, pero con relación al fondo del proceso considera, la indemnización civil por daño moral, a criterio de este tribunal solo procedería cuando más allá de los límites del ámbito contractual, la actuación del empleador en el despido, configure conductas que independientes del vínculo constituyen un tipo delictual, cuasi delictual o un ilícito civil, que lesiona la integridad personal, la intimidad, la honra, la reputación, o la imagen, en menoscabo de la dignidad personal del trabajador; supuestos fácticos no alegados ni probados en este caso, por lo que no justificado en el despido un cuasi delito o un ilícito civil imputable al empleador, como nexo causal productor del daño cuya indemnización se pretende, no procede la reparación demanda.

1.4 Lógica que vincula los datos

1.4.1 Preguntas Guías

- ¿Puede el despido intempestivo discriminatorio provocar responsabilidad civil?
- ¿Qué aspectos influyen para que el despido intempestivo injustificado provoque daños morales?



- ¿En las indemnizaciones por despido intempestivo, se cuantifica todos los daños incluidos daños morales y materiales?
- ¿Cómo se cuantifican los daños tanto morales como materiales causados por el despido intempestivo?
- ¿Qué aspectos son relevantes para demostrar la existencia de daño moral?
- ¿Cuál es la finalidad de la indemnización a la víctima del daño moral?

1.5 Localización de la fuente de datos

En el presente trabajo, a consecuencia de que el caso sujeto a análisis debe cumplir varios requisitos académicos para ser aprobado, esto hizo muy complejo la identificación y localización del mismo para el presente trabajo, luego de haber identificado el caso, se procedió a obtener información mediante los medios electrónicos del Consejo de la Judicatura (eSATJE), con posterioridad de manera personal se obtuvo copias simples del proceso número 01333-2018-00138, acudiendo al Consejo de la Judicatura.

Identificado el caso, se procedió a realizar una investigación de su contexto y antecedentes, para realizar con posterioridad una entrevista estructurada, a dos expertos de la materia, con el fin de determinar la importancia del tema dentro de la sociedad en general.

Se utilizará en el presente análisis, una técnica principal que es la observación descriptiva, para analizar de manera minuciosa el caso, con la aplicación de las herramientas antes mencionadas, se obtendrá la información y datos importantes para su posterior análisis y la redacción del informe final.



1.6 Análisis e interpretación

Luego de que, personalmente y por medios físicos se obtuvo copias simples del proceso número 01333-2018-00138, del Consejo de la Judicatura, para su estudio se aplicará técnicas que nos permita el análisis del tema, tales como: entrevistas semiestructuradas, a dos expertos en la materia, además la obtención de bibliografía de autores sobre el tema.

La investigación es cualitativa, porque se analizará los discursos o argumentos principales de las partes y la sentencia dictada en primera, segunda instancia y casación, en el proceso número 01333-2018-00138, que por daño moral, causado por un despido discriminatorio, luego de la obtención de todo el material se realizará un estudio profundo del mismo, para posteriormente estructurarlo en un todo coherente y con contenido lógico.

1.7 Informe previo

La acción propuesta es por daño moral a consecuencia del despido intempestivo discriminatorio, en fecha 9 de enero del 2018 ante el Juez de lo Civil y Mercantil del Cantón Cuenca:

PRETENSIÓN: “el pago de una indemnización pecuniaria por concepto de Daño Moral, causado por el despido discriminatorio, por su condición de enferma de cáncer.”



DESCRIPCIÓN DEL CASO

9 de enero del 2018	La actora, presenta una acción por daño moral a consecuencia del despido intempestivo discriminatorio.
11 de enero del 2018	A consecuencia de que la demanda cumple con requisitos legales, es clara y completa se acepta a trámite.
7 de marzo del 2018	Comparece el representante legal de la parte actora
18 de abril del 2018	Se desarrolla la audiencia preliminar
4 de junio del 2018	Se desarrolla la Audiencia de Juicio, en donde se declara sin lugar la demanda.
5 de julio del 2018	Se acepta el recurso de apelación.
31 agosto del 2018	La sala de la Corte Provincial de Justicia, avoca conocimiento de la causa.
31 octubre del 2018	Se realiza la audiencia de Recurso de Apelación, que desestima el recurso de apelación.
17 diciembre del 2018	Se admite el recurso de casación, por la sala de la Corte Provincial de Justicia.
29 de enero del 2019	Se admite a trámite el recurso de Casación, por la sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia.
16 de abril del 2019	Se desarrolla la audiencia del recurso de casación, donde declara sin lugar la demanda



1.7 Fuentes de consulta

Para el análisis del caso, son utilizados varios medios que nos sirven como fuente de información, pero como fuente principal tenemos al juicio número 01333-2018-00138, el cual se obtuvo de manera personal y por medios físicos del Consejo de la Judicatura, además se realizará un análisis del Código Civil, de la Constitución del Ecuador, Jurisprudencia de Corte Nacional de Justicia y doctrina sobre la responsabilidad civil.

1.8 Recursos

A consecuencia, de que se utilizará varias técnicas y herramientas científicas como: entrevistas preestablecidas, la obtención de copias simples del proceso y un análisis permanente, esto demanda recursos económicos, en movilización, a los lugares en donde se practicarán las herramientas antes mencionados, con la finalidad de obtener toda la información necesaria para el estudio detallado del caso.



CAPITULO II

MARCO TEORICO

2.1 La responsabilidad civil

La responsabilidad civil es definida por el autor Pablo Rodríguez, como “el deber jurídico de reparar los daños que se producen con ocasión del incumplimiento de una obligación” (GREZ, 1999)

La responsabilidad civil, en síntesis, consiste en el efecto que conlleva el incumplimiento de una obligación, cuando de ello se sigue daño patrimonial, lo que se traduce en la sustitución de una obligación incumplida por una nueva obligación resarcitoria de los perjuicios patrimoniales provocados. (MORENO, 2009)

Para Vásquez Ferreyra “hay responsabilidad civil cuando un sujeto, actuando antijurídicamente, ocasiona un daño a otro y en mérito a la atribución que de tal resultado hace el ordenamiento jurídico al imputado sea a título de culpa o por factores ajenos en principio a esa idea, tiene la obligación de reparar el daño causado. (VASQUEZ, 1993)

La responsabilidad civil, es considerada como una obligación de reparar el daño causado por culpa o por el riesgo creado de acuerdo a los sistemas de responsabilidad que veremos con posterioridad, la responsabilidad civil está íntimamente relacionada con la restauración patrimonial o extrapatrimonial, provocado por una persona.



Debemos tener claro que la responsabilidad civil, no sola conlleva a resarcir derechos patrimoniales sino también extrapatrimoniales, como son el daño moral, estos últimos intenta resarcir por vía de compensación.

2.2 Clases de Responsabilidad Civil

El origen de la Responsabilidad Civil, puede encontrarse en un contrato, aquí se configura la responsabilidad civil contractual o puede originarse por la comisión de un ilícito culposo o doloso en este caso se perfecciona la responsabilidad civil extracontractual.

2.2.1 La responsabilidad Civil contractual

Esta responsabilidad tiene origen en el incumplimiento de una obligación que nace de un acuerdo de voluntades que crea, extingue o modifica efectos jurídicos, nuestro Código Civil en el artículo 1561, establece que los contratos legalmente celebrados es ley para los contratantes, este principio es uno de los primeros efectos de los contratos.

Este principio trae consigo el deber jurídico de cumplir las obligaciones que nacen de los contratos, sino es el caso se nace la obligación de resarcir los daños que trae consigo su incumplimiento.

Para Izquierdo Tolsada, “la responsabilidad civil contractual es aquella que se produce cuando, existiendo una relación obligatoria previa entre dos o más partes, una de ellas incumple su prestación contractual y ello provoca daños a la/s otra/s; es decir, el daño se produce cuando el “otro”, quien mantiene una relación como acreedor o deudor dentro de una relación jurídica perfeccionada



en un contrato, incurre en una acción que en los términos del contrato no debía cometer, o deja de hacer algo que si debía (omisión).” (TOLSADA, 2001)

2.2.2 La responsabilidad Civil Extracontractual

La responsabilidad Extracontractual, “en cambio, surge cuando la obligación resarcitoria nace entre personas que no se encontraban previamente vinculadas por un contrato o relación análoga, o estándolo, el agente dañoso genera consecuencias negativas no previstas en la relación contractual.” (TOLSADA, 2001)

Para el autor Claudio Contreras la responsabilidad Civil Extracontractual “deriva de la ejecución de un hecho ilícito, doloso o culpable que causa injuria o daño a la persona o propiedad de otro y que genera el deber jurídico de indemnizar los daños y perjuicios causados a la víctima” (MORENO, 2009)

En esta clase de responsabilidad no nace la obligación de resarcir por el incumplimiento de una obligación contractual, sino que nace por la comisión de una conducta ilícita ya sea culposa o dolosa de acuerdo al sistema subjetivo de la responsabilidad.

2.3 Sistemas de la responsabilidad civil

Uno de los problemas que existe dentro de la responsabilidad civil, es que criterios tomar para atribuir a un sujeto la obligación de resarcir los daños producidos, para esto existen dos teorías la primera y la aceptada por nuestro código civil es la responsabilidad subjetiva, la otra teoría es la responsabilidad civil objetiva.



2.3.1 Sistema de responsabilidad objetiva

Esta teoría nace como consecuencia de las críticas a la teoría subjetiva de la responsabilidad civil, puesto que se consideraba a esta teoría como injusta, a consecuencia de que era muy difícil probar la culpa de la persona, esto hacia que varios daños se queden sin ser resarcidos.

La teoría de la responsabilidad civil objetiva conocida también como la del riesgo, aquí, para la existencia de responsabilidad civil no es un requisito fundamental el elemento culpa, siendo el hecho y daño elementos que constituyen dicha teoría.

La teoría objetiva establece “la idea de la responsabilidad sin dolo o culpa, basada en el principio del riesgo creado” la misma se da cuando una persona realiza una actividad que tiene alta potencialidad dañosa, consecuencia de la misma se concreta el daño, aunque la actividad sea lícita, la persona es responsable de los daños causados a terceros. (RAYMUNDO, 1946)

El sistema de responsabilidad objetiva, como se puede constatar, es una manifestación más de la corriente que hace perder su carácter subjetivo al Derecho, transformándolo en un derecho más objetivo, más social, en el sentido de establecer que si alguien desarrolla una actividad peligrosa y crea un riesgo, debe soportar las consecuencias, justa contrapartida del beneficio o del agrado que dicha actividad le reporta (MORENO, 2009)

Al hacer referencia al tema, debemos tomar en cuenta, en la actualidad existen avances tecnológicos que pueden poner en riesgo la vida y la salud de las personas, frente a estos avances existe siempre un riesgo aceptado por la ley,



pero cuando se crea un riesgo adicional al ordinario, aquí nace la responsabilidad de reparar el daño, fuera o no el actuar culpable de la persona.

2.3.2 El sistema de responsabilidad subjetiva

La principal característica de este sistema de responsabilidad es su carácter subjetivo, puesto que recurre a la culpa como elemento constitutivo de la responsabilidad civil.

Esta circunstancia no es sino la consecuencia del principio subjetivista en lo jurídico y del gran papel que corresponde a la voluntad en el Derecho: este elemento no solo es importante en los contratos, sino también en los delitos y cuasidelitos. Por lo tanto, la víctima de un delito o cuasidelito deberá soportar los costos del daño salvo que pruebe que éstos fueron causados por un tercero mediante culpa o dolo en su actuar (MORENO, 2009)

La responsabilidad civil subjetiva se origina de una conducta culposa que cause daño, generando de esta manera la responsabilidad de reparar el daño, por medio de la satisfacción del derecho vulnerado y si esto no es posible, mediante la compensación, para la existencia de la responsabilidad civil subjetiva para Mazeaud deben concurrir algunos requisitos “para que haya responsabilidad civil, se necesita un daño, un perjuicio y por consiguiente una persona que sufra, una víctima” (MAZEAUD, 2012)

La responsabilidad civil basada en un elemento subjetivo como es la culpa, es reconocida en nuestro Código Civil en el artículo 2229, al establecer “por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado”.



Como podemos colegir, la teoría subjetiva recurre a términos subjetivos como el dolo (el designo de hacer daño a alguien) y la culpa definida por Carrara como la violación de las leyes del deber de prever, siendo esta la teoría más aceptada, en si la culpa se manifiesta como la imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia a deberes o reglamentos.

2.4 Elementos de la Responsabilidad Civil Subjetiva

Como ya mencionamos con anterioridad, la teoría de la responsabilidad civil subjetiva es reconocida en nuestro Código Civil, esto es en el artículo 2229, por esto es importante establecer sus elementos:

2.4.1 El hecho

El hecho jurídico es todo “fenómeno, suceso o situación que da lugar al nacimiento, adquisición, modificación, transmisión o extinción de los derechos u obligaciones” (CABANELLAS)

Lo importante de los hechos es la transcendencia jurídica, puede provenir ya sea de la naturaleza o del actuar Humano, en la responsabilidad civil el hecho que importa es el que produce un daño, objeto de indemnización “el hecho imputable dañoso o ilícito civil es todo que como consecuencia del dolo, de la culpa o el riesgo asumido por una persona, produce daño a otra. En esta fuente se incluye el delito en cuanto puede generar la obligación civil de reparar el daño causado.” (CAMACHO, 1979)

2.4.2 El daño

El daño es uno de los elementos fundamentales de la responsabilidad civil, entendida como el detrimento en la persona o en los bienes de la víctima, que



debe tener ciertas particularidades, este daño debe ser real, actual, directo y antijurídico.

La Real Academia de la Lengua lo define como el efecto de dañar, y define dañar como: causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor, molestia. (Real Academia de la Lengua Española, 2014)

Desde una perspectiva objetiva, el daño se define como el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona ya es sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio. (ZANNONI, 1987)

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. (FRUGOLÍ, 2015)

El daño, lo podemos definir como el menoscabo, detrimento tanto en la persona o en sus bienes, para que el daño sea indemnizable se lo tiene que demostrar, en nuestro Código Civil no encontramos la definición del daño, aunque de esto nace una ventaja, porque la norma es abierta, esto nos permite que toda daño que se pueda imputar malicia o negligencia, es resarcible.

2.4.2.1 Elementos del daño

Pero el daño debe cumplir ciertos requisitos Para Zannoni “en primer lugar la lesión o sufrimiento deben haber afectado un interés propio. En segundo lugar, el perjuicio o daño debe ser cierto. Y por último, subsistir al tiempo del resarcimiento” (ZANNONI, 1987)



Raymundo M. establece que el daño “debe ser de existencia cierta; generalmente será un daño ya producido, pero puede también ser un daño futuro, en sentido que sea la evolución o el desarrollo de un daño cuya existencia se conoce desde ya” (RAYMUNDO, 1946)

El daño debe ser **cierto**, la certidumbre del daño “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” (SALTO, 2015).

Para Acuña Anzorena citado por Zannoni la certeza “se refiere a su existencia y no a su actualidad o su monto” (ZANNONI, 1987). La certeza hace referencia a la existencia a su realidad, pero esto no deja a un lado que el daño futuro que provocará un daño sea también resarcible.

El daño no debe ser consecuencia de una hipótesis, puesto que esta ya no sería cierta, esto haría que el daño no sea indemnizable, “el daño es cierto cuando aparece con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral del demandante” (JAVIER, 2007)

El daño, **debe ser actual o subsistente**, aquí debemos determinar que al momento de la sentencia judicial es donde se estima la reparación del daño y se condena a su resarcimiento, pero no solo se repara daños actuales sino también se debe considerar los daños futuros, por ejemplo cuando una persona como consecuencia de una conducta ilícita pierde parte de su pierna, existe un daño actual que debe ser resarcido, pero además este hecho va afectar a su futuro, en su vida cotidiana, salud, trabajo y otras actividades.



El daño debe ser también **directo**, “daño directo es el que proviene directa e inmediatamente de un hecho ilícito” (MORENO, 2009).

El daño debe ser **antijurídico**, “la legitimidad del daño se halla condicionado, no sólo por la licitud del acto que lo causa, sino también, cuando se trata del uso de las distintas libertades consagradas en la constitución, por su mesurado ejercicio y por la falta del animus nocendi.” (AGUILAR, 1951)

2.4.2.2 Tipos de daño y su reparación

Existen dos clases de daño; daño patrimonial y el extrapatrimonial, cuando existe un menoscabo del patrimonio de la persona se considera como daño patrimonial, aquí se enmarca el daño emergente y el lucro cesante.

El daño patrimonial “consiste en una lesión de carácter patrimonial. La víctima sufre un perjuicio pecuniario por el menoscabo de su patrimonio o de sus medios de acción”. (MORENO, 2009)

El daño extrapatrimonial es el menoscabo a bienes extrapatrimoniales, “consiste en el dolor, la aflicción el pesar que causa a la víctima el hecho ilícito; no la lesiona en su patrimonio, sino en sus sentimientos, sus afectos o creencias” (MORENO, 2009)

En el daño extrapatrimonial, puede existir un daño a la persona y a la moral, al referirnos al daño moral este puede ser de carácter objetivo y subjetivo; cuando existe un agravio moral que afecta al patrimonio de la víctima es objetivo, pero cuando el daño moral afecta a la víctima en su personalidad es de carácter subjetivo.



En el daño extrapatrimonial, el detrimento se da en lo emocional, social, esto hace que a diferencia del daño material, la valoración económica del daño extrapatrimonial sea muy difícil.

2.4.2.2.1 Reparación de cada uno de los daños

Por el incumplimiento de una obligación, nace una nueva que es la de resarcir los daños provocados por dicho actuar, para el daño patrimonial es muy fácil pues se lo hace mediante la satisfacción del derecho vulnerado, se cuantifica tanto el daño emergente y el lucro cesante provocado por el actuar ilegítimo.

Como recordamos en el daño extrapatrimonial existe dos tipos de daño a la persona y a la moral, el daño a la persona no se puede ser cuantificado por este motivo el resarcimiento se lo hace mediante la compensación.

El daño moral abarca dos categorías una objetiva, la que tiene repercusiones en el patrimonio de la víctima este daño puede ser cuantificado, por lo que es resarcido mediante la satisfacción del derecho vulnerado, la categoría subjetiva del daño moral, conocida también como el daño moral puro, no puede ser cuantificada por lo que se busca reparar el daño mediante la compensación del derecho vulnera.

De lo anterior nace la diferencia de la satisfacción y compensación; la primera dice relación con una reparación de los derechos vulnerados que pueden ser cuantificados; por ejemplo cuando se rompe la ventana de una casa, aquí se satisface el derecho pagando el valor de la ventana.

En cambio la compensación se refiere a la reparación de derechos que no pueden ser cuantificados; por ejemplo cuando una persona sufre un accidente



de tránsito, consecuencia de la misma pierde la vista, aquí el derecho vulnerado no es cuantificable, por este motivo se lo debe compensar.

2.4.3 La culpa

La teoría subjetiva defienden la culpa como fundamento de la responsabilidad civil, la culpa para Planiol es el incumplimiento de una obligación preexistente”..... “La culpa consiste en no haber previsto las consecuencias del acto o en haber obrado aun habiéndolas previsto”. (MAZEAUD, 2012)

La teoría subjetiva recurre al elemento subjetivo como es la culpa definida por Carrara como la violación de las leyes del deber de prever, siendo esta la teoría más aceptada, en si la culpa se manifiesta como la imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia a deberes o reglamentos.

Claudio Contreras en su obra “La Responsabilidad Civil Extracontractual”, señala las conductas que abarca la culpa:

“Negligencia: la falta de cuidado que se debe a una omisión.

Imprudencia: la falta de cuidado se refiere a una acción arriesgada.

Impericia: la falta de cuidado y de diligencia se debe a la ausencia de conocimientos, experiencia o habilidades en el ejercicio de una determinada actividad.” (CLAUDIO, 2009)

2.4.4 El nexa causal

Para que exista la responsabilidad civil debe existir un nexa causal, entre el daño y la conducta culposa, es indispensable determinar si la conducta es



causa suficiente para generar dichos daños, debiendo prevalecer el nexo que los vincule.

Es muy difícil determinar el vínculo entre la conducta culposa y el perjuicio, puesto que para un mismo hecho pueden existir varios perjuicios, según sea el caso, para que exista nexo causal “es preciso que el perjuicio experimentado sea consecuencia de la culpa cometida” (MAZEAUD, 2012)

Para Raymundo M. no es necesario simplemente que exista el daño y que el hecho sea imputable sino que “es necesario también que entre el hecho ilícito y el daño exista una relación de causalidad, que el primero pueda ser considerado la causa del segundo, en otros términos, que haya entre esos dos elementos una relación de causa efecto...” (RAYMUNDO, 1946)

El nexo causal puede ser entendida como “consecuencia de la modificación del mundo exterior que es motivado por la acción de la persona y de las cosas que constituyen los elementos actuantes, expresada en hechos que van a constituir una cadena continua que denominamos hechos que son antecedentes de aquel y hechos que son su consecuencia”

En la teoría subjetiva de la responsabilidad civil es indispensable que el actuar culposamente tenga como consecuencia el daño o perjuicio a la víctima, para Mazeaud “... los que exigen una culpa para comprender la responsabilidad civil: exigen que la culpa sea la causa del perjuicio.... Los partidarios del riesgo... declaran que el perjuicio tiene que provenir del hecho, culpable o no...” (MAZEAUD, 2012)



Este requisito podemos evidenciarlo en el artículo 2229, del Código Civil que establece “por regla general todo daño que puede **imputarse** a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por esta” imputar significa atribuir una cosa a una persona.

Alrededor del tema hay dos tendencias, una defendida por VON BURI, teoría definida como de la condición sine qua non, para esta teoría solo hay que estudiar si el demandado no hubiera obrado, ¿se habría producido el perjuicio? Solo se debe observar que sin la intervención del demandado el perjuicio no existiera.

Frente a esta tesis, VON KRIES propone la tesis de la *causalidad adecuada*, que sostiene que se requiere que la relación entre el acontecimiento y el perjuicio sea adecuada y no meramente fortuita, es decir que el actuar del demandado debe ser apropiado o adecuado para que produzca el daño.

2.5 El daño moral

Aunque el daño moral, tanto su conceptualización, delimitación y justificación no están del todo claros, varios autores definen al daño moral, para Alessandri es “dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos” (RODRIGUEZ A. A., 1943)

Es aquella especie de agravio implicado con la violación de alguno de los derechos personalísimos sea de sus derechos subjetivos que protegen como bien jurídico las “facultades” o “presupuestos” de la personalidad, la paz, la tranquilidad de espíritu, la vida íntima o derecho de privacidad, la libertad



individual, la integridad física, el honor, la honra de la persona.... (FALCONI, 2005)

El daño moral para Luis Humberto Abarca es “toda ofensa subjetivamente considerada, de un derecho extrapatrimonial que el ordenamiento jurídico confiere a las personas y que se manifiesta objetivamente como un agravio al titular del derecho o víctima de la ofensa, que provoca un detrimento, menoscabo o vulneración de un derecho extrapatrimonial de que se trate” (LUIS, 2014)

Otros autores definen al daño moral como “una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente perjudicial” (MATILDE, 1996)

Debemos aclarar que el daño moral es un perjuicio extrapatrimonial, pero el mismo puede diferenciarse entre un daño moral con consecuencias patrimoniales y el daño moral puro, entendida la primera como un menoscabo a la esfera íntima pero que tiene repercusiones en el patrimonio de la víctima, es conocido también como daño moral objetivo, pues sus efectos sobre el patrimonio se pueden apreciar objetivamente.

En cambio el daño moral no patrimonial o puro, es aquel hecho ilícito que no trae consigo un menoscabo patrimonial a la persona afectada, sino solo un menoscabo, molestia, perturbación o agravio a su esfera íntima, sus sentimientos, creencias, afectos, atributos morales o su proyecto de vida.



Esta última conocida también como daño moral subjetivo, Luis Humberto Abarca afirma “si la conducta antisocial que vulnera uno o más derechos extrapatrimoniales del ofendido ocasionándole un daño moral que afecte indirectamente a su patrimonio y que lo podamos apreciar mediante operaciones mentales de análisis lógico crítico inductivo, aunque no es susceptible de una valuación económica nos encontramos en el daño moral de efectos subjetivos...” (ABARCA, 1996)

Lo expuesto no debe hacer creer, en modo simplista, que el daño moral es menoscabo cuya entidad se agota en su ataque o lesión de derechos extrapatrimoniales, mientras que el daño material es pura y exclusivamente a bienes materiales. (ZANNONI, 1987)

Ya hemos visto con anterioridad que si bien existe un daño a bienes extrapatrimoniales, como la vida, salud, integridad, estos daños provocan pérdidas también en bienes de carácter patrimonial.

De los conceptos anteriores, podemos conceptualizar al daño moral como toda lesión, detrimento, menoscabo perjuicio que afecta a una persona en sus intereses morales, libertad, en su esfera íntima y que también puede tener efectos patrimoniales.

En nuestro Código Civil los artículos 2231 y 2232 hacen referencia al daño moral:

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.

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 artículo 2232 hace referencia a una indemnización de los daños meramente morales, pero se debe probar la gravedad del perjuicio y de la falta, al hacer referencia a la gravedad depende mucho de las personas, porque un acto puede ser agravio para una persona y para otra no.



2.6 Elementos que constituyen el daño moral

Asegurar que todo daño causado a una persona debe ser resarcido, es una consideración errónea, si afirmáramos este particular caeríamos en un ámbito de la arbitrariedad, es fundamental que concurren ciertas circunstancias para que se origine el deber de indemnizar.

Para que un daño sea resarcible se debe demostrar en el proceso varios elementos, que constituyen la acción, para Zannoni A. el derecho no resarce cualquier dolor, humillación, aflicción, o padecimiento, sino aquellos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico sobre el cual el dolorido, humillado, padeciente o afligido tenía un interés reconocido jurídicamente. (ZANNONI, 1987)

Bernardo Barraza, establece que deben concurrir tres elementos para la existencia del daño moral:

- a. Que la víctima sufra un daño o afección en sus derechos inherentes a su personalidad.
- b. 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.
- c. Relación directa e inmediata entre el hecho ilícito realizado en la producción del daño. (ALONSO, 2015)

Mendoza lucia reconoce que para la acción civil del daño moral deben concurrir tres elementos:



- La existencia u omisión ilícita o negligente
- La producción del daño a alguno de los bienes de la personalidad
- La relación causa-efecto entre el hecho y el daño (MENDOZA, 2014)

De lo antes mencionado, podemos observar que la responsabilidad civil subjetiva, tiene una gran influencia sobre el daño moral, pues la culpa juega un rol importantísimo para su conformación, a consecuencia de esto, para la existencia de daño moral, se debe demostrar todos los elementos antes descritos de la responsabilidad civil subjetiva, entendida el daño moral como “toda lesión de sentimientos legítimos, como es el sentimiento de la propia conservación y de los efectos que nos rodean y hacen agradable la vida; cuando estos sentimientos resultan atacados hay daño moral” (RAYMUNDO, 1946)

Bernardo Barraza en su obra “daño moral y su cuantificación” señala que debe haber tres elementos constitutivos daño moral (ALONSO, Daño Moral y su Cuantificación, 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.



Para la existencia de daño moral “no es necesario considerar el bien lesionado ni la causa de la lesión, sino el perjuicio final” (AGUIAR, 1951)

2.7 Naturaleza de la Reparación del Daño Moral

La reparación por el daño moral, para Aguiar tiene una función reparativa, pues “el dinero no constituye una reparación de la ofensa a nuestro ser moral, es por lo menos compensatorio de algunos de daños que produce, en cuanto puede procurarnos ciertos goces, capaces de amortiguar la pena o el dolor que aquel agravio nos causó” (AGUIAR, 1951)

Alrededor del tema surgen, dos teorías la primera que establece que las indemnizaciones por daño moral tienen una naturaleza sancionatorio ejemplar, Eduardo Zannoni en su obra “El daño en la Responsabilidad Civil”, cita las palabras de Georges Ripert el cual expresa “Lo que mira en realidad la condena, no es la satisfacción de la víctima, sino el castigo del autor. Los daños e intereses no tienen aquí carácter resarcitorio sino únicamente ejemplar”. (ZANNONI, 1987)

2.7.1 Reparación del daño moral tiene carácter Resarcitorio

Esta teoría es la más aceptada por todos, considera que la naturaleza de la reparación del daño moral es resarcitoria, “que sea difícil demostrar la realidad del dolor, del pensar, de las aflicciones y más aún, que ese dolor o en general, sentimientos que el daño provoca, no tenga precio, no significa que no sean susceptibles de apreciación pecuniaria” (ZANNONI, 1987)

Por otra parte El Dr. José García Falconi en su obra “Parte Práctica del juico por la acción de Daño Moral y forma de cuantificar su reparación”, cita al autor



Tomasello Harta expresa lo siguiente: “El dinero que el ofensor paga a la víctima no será la representación exacta del dolor que experimente, pero le servirá para compensarlo procurándole los medios de aliviarse de él, o de buscar otras ventajas o satisfacciones que le permitan disiparlo, o hacerlo de alguna manera mucho más soportable.” (GARCIA, 2005)

Esta teoría, manifiesta que la verdadera finalidad de la reparación del daño moral es de tipo resarcitoria, se puede dar median la satisfacción cuando se vulnera derechos que se pueden reparar y volver al estado anterior, ejemplo el daño patrimonial o mediante compensación dice relación con una reparación monetaria, vía indemnización cuando son derechos extrapatrimoniales.

2.7.2 La reparación integral

En la actualidad la reparación integral es un tema fundamental en la responsabilidad civil, junto al tema “el principio de la dignidad humana constituye el fundamento jurídico, político y filosófico de la responsabilidad, toda vez que el planteamiento kantiano que de ella se hace, según el cual la persona es un fin en sí mismo, sin que pueda ser utilizada como medio para los fines de otros, es el eje central del moderno derecho de daños. El principio de dignidad humana reformula el derecho de la responsabilidad para orientarlo no como un mecanismo sancionatorio o de represión sino, por el contrario, como instrumento de reparación a favor de la víctima, con el objeto de dejarla indemne, es decir buscar la restitutio in integrum de la lesión sufrida”. (BOTERO, 2014)



Para Kant la obligación de responder por los daños causados es “basada en la igualdad absoluta de la dignidad de todos los hombres por el solo hecho de ser seres racionales libres” (CLAUDIO, 2009)

Frente a la violación de derechos fundamentales que afectan la integridad de la persona, nos preguntamos si, ¿es posible la restitución al estado anterior a la violación de derechos?, o ¿es suficiente una indemnización pecuniaria?, para responder estas interrogantes debemos ahondar en la reparación integral, que tiene como objetivo no solo reparaciones patrimoniales sino también las extrapatrimoniales.

Existen diversos aspectos que se debe considerar al momento de reparar una violación de derechos:¹ la restitución, indemnización o compensación, proyecto de vida, la satisfacción y garantías de no repetición.

La restitución: esto hace referencia al restablecimiento de las cosas al estado anterior a la violación del derecho, esto es complicado en la mayoría de los casos según la Corte Interamericana de los Derechos Humanos:

“Es preciso tomar en consideración que en muchos casos de violaciones a derechos humanos, como el presente, no es posible la restitutio in integrum, por lo que, teniendo en cuenta la naturaleza del bien afectado, la reparación

¹ “Estudio relativo al derecho a la restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, Documento E/CN.4/Sub.2/1993/8 de fecha 2 de julio de 1993, numeral 137, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Comisión de Derechos Humanos, 45° Período de Sesiones de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías)



se realiza, inter alia, según la jurisprudencia internacional, mediante una justa indemnización o compensación pecuniaria”²

Indemnización: muchas veces se confunde este tema con la reparación integral, siendo solo una parte de la reparación, que busca compensar en dinero el daño provocado, para esto se debe considerar los daños reales provocado tanto patrimoniales como extrapatrimoniales.

Proyecto de vida: en el caso *Loaiza Tamayo vs Perú*, en la sentencia del 27 de noviembre de 1998, la corte se refirió al “proyecto de vida”, atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas.³

Alrededor del tema el problema se plantea en torno a su cuantía y forma de pago.

Las medidas de satisfacción: de acuerdo a la CIDH estas medidas apuntan “...el reconocimiento de la dignidad de las víctimas, el consuelo de los derechos humanos de que se trata, así como evitar que se repitan violaciones como las del presente caso...”⁴

² Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 189; Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 222.

³ Corte IDH. Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 187; Corte IDH. Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132, párr. 77

⁴ Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 268.



Las medidas de satisfacción se relacionan con una dimensión sustancial de la reparación, con la finalidad de resarcir el dolor de las víctimas, no mediante el pago de indemnizaciones sino más bien con medidas simbólicas.

La reparación integral es reconocida en el Ecuador, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 18, “ la reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud”

2.8 Daño moral y su Naturaleza Jurídica

Con referencia a la naturaleza jurídica del daño moral, se considera que es fundamentalmente subjetiva, esto es depende del grado de la afección personal moral a la persona, para la jurisprudencia Argentina considera al daño moral como:

“la disminución o privación 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 gratos afectos”.

También es considerado el daño moral como “aquel que se causa con motivo de la ejecución de un hecho ilícito, el incumplimiento de un contrato o la frustración de la relación en su etapa precontractual, siempre que se afecte a la persona o se vulnere un bien o derecho de la personalidad, o un derecho de familia propiamente tal”. (FERNANDO, 1990)



En base a lo antes mencionado, podemos observar que la naturaleza Jurídica del daño moral, es fundamentalmente subjetivo, porque el daño es causado a la persona pero en sus derechos subjetivos.

2.9 Elementos de procedibilidad de la acción

Los elementos que se deben acreditar dentro del proceso son las de la responsabilidad civil subjetiva, pues para que proceda la acción por daño moral, se debe recurrir a varios presupuestos tales como:

- El hecho
- El daño
- La culpa
- El nexo causal

La acción civil para reclamar la reparación pecuniaria por daño moral tiene por objeto hacer efectivo el derecho que con el carácter de acreedor tiene el particular perjudicado con la injuria o daño ocasionados por el agente dolosa o culposamente; derecho que lo tiene en contra del civilmente responsable, que con el carácter de deudor personal, solidario o subsidiario debe cumplir con la obligación correlativa haciendo efectivo el pago de la indemnización. (RUBEN, 2010).

2.10 El daño moral en la relación laboral

Una de las características que posee la relación laboral es su estabilidad tanto relativa y absoluta, esta última entendida como el derecho del trabajador de permanecer en su puesto de trabajo siempre y cuando no exista una causa



legal para su terminación, en nuestro país existe una estabilidad relativa por regla general.

Partiendo de estos supuesto cuando existe la terminación unilateral del contrato de trabajo por el empleador, nace el derecho de indemnizaciones, lo que en doctrina se conoce como compensaciones en el ámbito laboral, la ex Corte Suprema de Justicia establece que de acuerdo a la responsabilidad pueden clasificarse en: laboral y civil, mientras que el laboral se refiere a los rubros comunes por el despido intempestivo, los regulados por el Código de Trabajo, aquí no se incluye rubros por daño moral, la responsabilidad civil u ordinaria surge de actividades o riesgos extraordinarios de la actividad que no encajan en el ámbito laboral, aquí se debe demostrar netamente el factor culpa y los demás elementos de la responsabilidad civil subjetiva si es el caso, como son la conducta antijurídica, el daño y el nexo causal.

Si es verdad el despido intempestivo es una potestad de los empleadores, pudiendo ejercerlo con las respectivas indemnizaciones, si no existiera esta figura, se atentaría contra el derecho constitucional de la libertad de contratación, pero a consecuencia del despido intempestivo pueden existir ciertas particularidades que rebasan los límites contractuales teniendo origen la responsabilidad civil.

Pero, no en todo despido intempestivo se puede causar responsabilidad civil, si esto fuera así, se crearía una inseguridad jurídica para los empleadores, el daño moral en esta situación es excepcional cuando se configura ciertas especificidades que vulneran derechos y causan daños que no son cuantificados en la indemnización laboral. En el caso estudiado no se puede



establecer que exista un simple despido arbitrario, no encaja al uso regular de los derechos que tiene el patrón, a consecuencia de que es un despido por razones discriminatorias, provocando una grave y trascendente vulneración de derechos como es la integridad psicológica y la dignidad de la persona, teniendo en consideración que la discriminación encaja en un acto voluntario generalmente intencional y doloso.

De aquí que existe una grave violación a la dignidad de la persona que encarna la discriminación, la sola inclusión del asunto como violación de derechos constitucionales (derecho a la Igualdad) da la pauta de la gravedad de la afectación de la persona que no solo es afectada en su dignidad sino que por ese mismo acto pierde su fuente de ingresos, surgiendo notoriamente un daño moral de carácter objetivo.

En el caso analizado, la señora Álvarez demanda al banco Confidencial por daño moral, para esto hace hincapié en varios hechos que pretende probar para demostrar la existencia de Responsabilidad Civil, estos son los requisitos de la teoría subjetiva de la responsabilidad; el hecho, el daño, la culpa y el nexo causal.



CAPITULO III

HIPÓTESIS Y RESOLUCIONES DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA

3.1 Antecedentes de hecho del caso en mención

Debemos primero recalcar que para garantizar derechos fundamentales del actor y demandado se utilizaran nombre ficticios, por lo que a la actora del caso se la conocerá como señora Álvarez y al demandado Banco Confidencial.

La señora Álvarez venía prestando sus servicios lícitos y personales desde el marzo del año 2000, era una excelente profesional, esto fue evidenciado en los reconocimientos dados por el Banco Confidencial, pero lamentablemente la señora Álvarez en diciembre del 2015 fue diagnosticada de cáncer, enfermedad que es considerada catastrófica de acuerdo al Ministerio de Salud Pública del Ecuador.

A consecuencia de esta enfermedad la señora Álvarez tenía que seguir un tratamiento, por lo que no podía continuar en sus labores cotidianas, comunico sobre su enfermedad y tratamiento a las autoridades del Banco, puesto que debía ausentarse de manera temporal de su trabajo.

Luego de varias sesiones de quimioterapia, la señora Álvarez se sentía mejor y decidió reintegrarse a su puesto de trabajo, donde le visitó el Jefe de Talento Humano y le pregunto, ¿cómo así está trabajando?, ella respondió que ya estaba mejor y se reintegró a su trabajo, luego de esto le llamo la doctora del Banco, la cual le comunico que necesitaba un certificado que acredite su buen estado de salud para poder ingresar su asistencia.



Dentro de la misma semana en la que se reintegró a su puesto de trabajo, la señora Álvarez recibió una noticia que la devastó, pues el banco decidió prescindir de sus servicios, esta noticia cambio totalmente su vida, ella no entendía como una institución a la que le entregó tanto tiempo de trabajo le daba la espalda sin causa alguna.

Acudió a altos funcionarios del Banco Confidencial, a lo que ellos le dieron la espalda argumentando que no debe confundir “amistad con institucionalidad”, esto aumento el daño causado por el actuar ilegítimo del Banco Confidencial, a consecuencia de esto la señora Álvarez tuvo que acudir al psicólogo, el cual le diagnostico un episodio depresivo, asociado con conflictos en el área laboral.

Frente a estos hechos la señora Álvarez, presento una demanda por daño moral causado por el actuar ilegítimo del Banco Confidencial, ante el Juez de lo Civil y Mercantil del Cantón Cuenca en los siguientes términos:

3.2 Primera instancia

3.2.1 Accionante

Los argumentos centrales de la parte actora comparece a fojas 19 y argumentando:

“Es el caso señor Juez desde el 30 de marzo de 2000, venía prestando sus servicios lícitos y personales para la parte demandada, en calidad de Gerente, y que, fruto de su desempeño laboral, la institución le confirió varios reconocimientos por el cumplimiento de sus objetivos, todo ello mientras gozaba de una excelente salud, hasta que, por adolecer de una lamentable enfermedad (Linfoma Folicular Grado II, CD 20 positivo Cáncer) el Banco tomó



la decisión de despedirla el 08 de abril de 2016. Afirma que no podía entender como a una institución a la que entregó varios años de su vida ahora le daba la espalda, y que, como consecuencia del profundo dolor que aquello le causó, incluso se enfermó de Fibromalgia razón por la cual, su médico tratante, dispuso que asista al departamento de psicología del IESS, en donde fue atendida por el psicólogo Juan Pablo Bueno, quien le diagnosticó un episodio depresivo asociado a conflictos en el área laboral y específicamente por haber sido notificada con su salida del trabajo, tratamiento psicológico que viene realizando hasta la presente fecha; expresa que dicha depresión cambió su vida pues no ha podido realizar las mismas actividades placenteras, sociales y cotidianas que realizaba antes del despido, y que, el actuar indolente del Banco la transformó en una carga para su hogar. Razón por la cual, solicita el pago de un millón de dólares por concepto del daño moral causado como consecuencia “del dolor, sufrimiento, y la grave angustia sufrida al haber sido despedida intempestivamente por mi condición de enferma de cáncer.”

3.2.1.1 Fundamento de derecho de la parte actora

La parte actora fundamenta su demanda:

En los artículos 2232, el cual establece que “podrá demandar que podrá 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 provoquen***



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.

Además la parte actora recurre, a fallos Jurisprudenciales de la Corte Nacional de Justicia, sobre la independencia del daño moral:

Gaceta Judicial serie XVII #5 pagina 1286, sentencia del 19 de septiembre de 1997 a las 10h00 en la que indica: “....tanto más que la indemnización por daño moral es distinta y autónoma, dad su naturaleza de las indemnizaciones por accidentes de trabajo u otras semejantes que se hallan reguladas en el Código de Trabajo.....”

Sentencia por daño moral emitida por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, dentro del juicio No. 510 2010, de fecha 24 de julio del 2012, estableció respecto a la autonomía del daño moral lo siguiente: “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 penal será vinculante para el juez de lo civil y, por el contrario el Art. 2232 del Código Civil ha previsto la autonomía de la acción por daño moral...”

La sentencia por daño moral emitida por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, dentro del juicio No 714-2011, de fecha 08 de abril del 2013, estableció respecto a la autonomía del daño moral lo



siguiente:”...Ante la existencia de fallos contradictorios en esta materia, la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, dentro de la causa No. 308-2011, que por daño moral siguió Luis Henríquez Villóamar contra Jorge Rodríguez Ortega y otro, en resolución de 07 de febrero de 2013, a las 08h30 expresó: “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 penal será vinculante para el juez de lo civil y, por el contrario el Art. 2232 del Código Civil ha previsto la autonomía de la acción por daño moral... la indemnización por daño moral es independiente por su naturaleza, de las que en casos de muerte incapacidad para el trabajo u otras semejantes, regulen otras leyes....”

Puesto que la parte actora establece que por el actuar antijurídico, discriminatorio, del demandado, vulneró el derecho legítimo que a todos nos asiste al proyecto de vida, fundamenta también el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la corte se refirió al proyecto de vida en los siguientes términos “.....“Proyecto de vida” atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas. El “proyecto de vida” se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone....”

Frente a la demanda presentada por la señora Álvarez, el Banco Confidencial, comparece sosteniendo que, el actuar del banco siempre fue apegado a derecho y los daños descritos por la actora no son consecuencia del despido



intempestivo narrado sino, lamentablemente son efectos de la enfermedad que adolece. La parte demandada comparece en los siguientes términos:

3.2.2 Demandado

Los argumentos centrales de la parte demandada comparece a fojas 1060 y argumentando:

“La demanda es absolutamente improcedente. Aduce que en nuestro país la estabilidad de los trabajadores es relativa y no absoluta, y en virtud de aquello, la institución despidió a la actora, cancelando obviamente las indemnizaciones correspondientes por despido intempestivo; que, aquello no implica la existencia de un daño moral que deba ser reparado, pues si así fuese, ningún empleador optaría por la terminación unilateral del contrato de trabajo, lo cual atentaría contra el derecho constitucional a la libertad de contratación. Afirma que la accionante, además de la indemnización por despido intempestivo, ya recibió \$52.764,96, por disposición de los jueces de la Sala Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, al haber considerado que aquella había sido despedida por actos de discriminación conforme lo previsto en el artículo 195.3 del Código de Trabajo; y, que en total, ha cobrado de la institución, la cantidad de \$158.377,93. Opone las siguientes excepciones: cosa juzgada (pues el despido por supuesta discriminación fue juzgado y sancionado dentro del juicio 01371-2016-00458, seguido ante la Unidad Judicial Laboral de Cuenca), negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda e, improcedencia de la acción.”



3.2.2.1 Excepciones propuestas por la parte demandada

La parte demandada comparece a fojas 1060 y opone las siguientes excepciones:

- **Excepción previa**

“a).- Cosa juzgada, pues por tema del despido por supuesta discriminación y su indemnización, la institución ya fue sancionado y juzgado dentro del juicio signado con el número 01371-2016-00458”.

- **Excepciones de fondo**

“a).- Negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda, pues insisto mi representada ha obrado conforme a derecho y no le causado ningún daño, monos uno de carácter moral.

b).- Improcedencia de la acción;”

Luego de haber terminado todas las fases y etapas procesales, el Juez de lo Civil y Mercantil de Cuenca valorando toda la prueba actuada dentro del juicio, resolvió declarar sin lugar la demanda presentada por la señora Álvarez, pues consideró que no existía ningún actuar ilegítimo del demandado que pueda causar el daño, la sentencia de primera instancia se dictó de la siguiente manera:

3.2.3 Decisión adoptada por el Juez de la Unidad de lo Civil y Mercantil de Cuenca.

La sentencia dictada en primera instancia en fecha 04 de Junio del 2018, dentro del caso número 01333-2018-00138, que textualmente dice:



“Con las pruebas que se han practicado tanto la actora como el demandado, éstas se han centrado en demostrar o justificar el estado de salud de la accionante durante la relación laboral y previo al despido intempestivo de la misma; ante ello, respecto del estado de salud de la actora, tal hecho es notorio y evidente, y el mismo no está en discusión. Lo que está en controversia, es si la parte demandada ocasionó o causó daño moral a la actora como consecuencia de su despido que ha sufrido.

En suma, con la prueba aportada no se ha demostrado que la parte demandada haya actuado con dolo, y por ende no se ha demostrado el actuar ilícito de la misma, para que se entienda que los actos respectivos relacionados con la relación laboral hayan generados las aflicciones sobre la accionante. De la valoración de las pruebas, los padecimientos que ha sufrido la parte accionante, conforme lo indicó el perito de la parte demandada y también los peritos de la parte accionante, se relacionan más con su estado de salud, más no como consecuencia total del despido que ha ejercido la parte demandada. Consecuentemente, este juzgador considera que la accionante no ha demostrado la ilicitud del acto y la gravedad del mismo, ni tampoco que la parte demandada haya actuado con dolo, y por ende la inexistencia del nexo causal.

Por los razonamientos expuestos y debidamente motivados, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL EL PUEBLO SOBERANO DEL EL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LEYES DE LA REPUBLICA, este juzgador declara sin lugar la demanda por improcedente.”



3.3 Segunda instancia

La señora Álvarez junto a su defensa técnica, inconforme con la sentencia emitida por el Juez de primera instancia, presenta recurso de apelación ante el los jueces de la Corte Nacional de Justicia del Azuay, argumentando que la sentencia no se encontraba motivada, además existía una falta de valoración probatoria y una indebida aplicación de normas.

A su vez el Banco Confidencial, comparece en el recurso de Apelación sosteniendo que la sentencia de primera instancia se encuentra acertada, pues no existe actuar ilegítimo reprochable, solo fue el ejercicio de un derecho reconocido por la legislación laboral, además el Banco Confidencial Apela costas judiciales, considerando que el actuar de la señora Álvarez es abusivo.

Las partes comparecen en los siguientes términos:

3.3.1 Parte demandada

Fundamentación del recurso de apelación presentado el 03 de Julio del 2018 por la actora dentro del proceso número 01333-2018-00138:

“falta de motivación: *No es suficiente con enunciar normas constitucionales, justificando la calidad del supuesto juzgador, es necesario que se establezca la pertinencia de la aplicación o no de las normas jurídicas con los hechos fácticos contenidos en la demanda y probados en las etapas del juicio.*

Falta de valoración probatoria: *En la sentencia impugnada no se establece, ni siquiera se menciona, la aplicación de las reglas de la sana crítica, por el contrario, evade esta obligación legal contenida en la norma antes*



transcrita, por lo tanto, violenta no solamente las normas procesales, sino además, atenta contra la seguridad jurídica amparada en el Art. 82 de la Constitución de la República.

El haber permitido la actuación de una prueba ilegal (historial clínico de la parte actora) que contraviene normas expresas, ilegitima la decisión dictada en esta causa, evidenciando una gravísima violación de normas jurídicas expresas, cuya aplicación es obligatoria por todo juzgador y más concretamente dentro de la causa que nos atañe.

Este hecho y actuar de su autoridad, sin medir consecuencia alguna, me expuso a una situación de desamparo y vulnerabilidad ante las leyes, cuando las mismas están justamente creadas para lo contrario.

En la etapa de juicio, demostré con las pruebas anunciadas en la demanda y practicadas conforme a lo dispuesto en el Código Orgánico General de Procesos, que fui víctima de un daño moral que además me ocasionó un injusto sufrimiento psicológico, por lo tanto se debió aplicar el artículo 2231 y 2232, en relación al 2233 del Código Civil, pues la prueba aportada de mi parte, si se la hubiera valorado correctamente y de forma legal, justifica lo dispuesto en dichas normas.

Indebida aplicación de normas: *el juzgador debe aplicar normas que guarden pertinencia con los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda en consideración a los actos de proposición, la resolución impugnada y de forma absolutamente incongruente se aplica el artículo 1563 del Código Civil, inclusive le eleve a categoría de regla general, cuando se trata de una regla específica del incumplimiento de los contratos, confundiendo de esta*



manera la responsabilidad civil contractual, con la extracontractual, siendo lo correcto se debió haber aplicado la regla general, contenida en el Artículo 2229, que textualmente dice: “Todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”, pues se demostró que el acto de despedirme intempestivamente de mi trabajo por el solo hecho de estar padeciendo una enfermedad catastrófica, además de conllevar la sanción ventilada ante el fuero laboral, me causó un daño directo realizado con absoluta malicia, ya que este hecho fue ejecutado, insisto, en pleno conocimiento de mi grave estado de salud, siendo ésta, la única motivación para realizarlo.

En tal virtud, se debe aplicar las normas contenidas en los artículos 2231, 2232, 2233 del Código Civil, además de obligatoriamente, dejar en claro la aplicación del Art. 2234 del Código Civil que taxativamente determina que las indemnizaciones por daño moral son independientes por su naturaleza de las que se refieren en los casos de muerte, de incapacidad para el trabajo u otras semejantes, las cuales se regulan en otras leyes, norma que también es de obligatorio cumplimiento por parte de su autoridad.

Indebida actuación de prueba como se encuentra enunciado la prueba debe ser congruente con los puntos en los que se traba la Litis, en el presente caso, en la excepción de cosa juzgada, única planteada por el demandado, en concordancia con los artículos 159, 160, 161 y demás pertinentes del Código Orgánico General de Procesos. Procede de la negativa pura y simple de hechos contenidos en la demanda, cuando no se presenta contestación a la



misma, contrario a lo sucedido en este proceso, pues además de dar contestación por parte del demandado se interpuso una sola excepción.”

3.3.2 Parte demandada

En audiencia la parte demandada representada por su defensa técnica, fundamento el recurso de apelación en los siguientes términos:

Con referencia al actuar ilegítimo del demandado sostuvo:

“la actora reclama claramente porque considera que nuestro obrar a la hora de ejercer un derecho legítimo establecido en la legislación laboral le causó daño, ella dice que existió dolo intención manifiesta de causar o irrogar daño o perjuicio eso era lo que tenía que probarnos a eso se redujo el fundamento de ellos en los hechos y que luego la materializa en la pretensión y de eso teníamos que defendernos y hacen hincapié una y otra vez en el libelo de la demanda, se dice que el despido intempestivo que la institución ejerció en contra de la actora fue el detonante para que ella esté en un ambiente depresivo de padecimiento de daño de estrés sufrimiento, eso se dijo, que es lo que hemos sostenido nosotros y hemos justificado una cosa puntual y a eso se centró nuestra defensa que el detonante de esos padecimientos no fue el despido intempestivo sino el hecho de que ella desde hace algún tiempo atrás padezca de presión y para mayor abundamiento antes del despido una enfermedad catastrófica una enfermedad que a cualquier persona le pone en un ambiente como el que se ha descrito en el libelo, esta es la teoría del caso”



A lo referente a la indebida actuación de prueba, fundamento en los siguientes términos:

“empiezo ahora por el tema vinculante de vinculado a las excepciones, el abogado de la parte actora señala incorrectamente que de ganas hemos actuado prueba en el expediente anunciada por escrito y verbalmente en la audiencia preliminar y practicada en la audiencia de juicio porque a su criterio nosotros hemos propuesto una sola excepción la de cosa juzgada, omitiendo que esa excepción si la propusimos pero al amparo del art. 153 del COGEP como previa, porque considerábamos que el tema de la reparación por discriminación ya fue zanjada en el campo laboral, porque dijimos que toda la indemnización ya han sido cubiertas es decir lo que reclamo ya fue satisfecha, pero excepción previa no fue aceptada y anunciamos una sola cosa que proponíamos la de negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda como excepción de fondo y así se trabo la Litis. Consiguientemente con esa negativa de conformidad con el COGEP la carga de la prueba era de la parte actora”

Con referencia a la falta de valoración probatoria sostuvo:

“señor juez tenemos de parte de ellos en la prueba en la audiencia de juicio, dos informes psicológicos, declaración del testigo psicólogo del IESS testimonio de una persona distinta y una declaración de parte y un perito que presentó un informe económico por los daños, el audio no me deja mentir pero las dos psicólogas que le analizan a la actora en forma previa a presentar esta demanda, no le han tratado jamás y ellas concluyen en un hecho que nosotros no desconocemos que la señora tiene padecimientos sufrimiento stress y



ansiedad el interrogatorio de la defensa técnica del actor estaba empeñada que las peritos digan que ese padecimiento y sufrimiento fue a consecuencia del despido intempestivo por parte de mi patrocinado, no recuerdo que hayan sido categóricas en manifestar aquello, en lo que fueron categóricas fue en manifestar que ella nunca conto a las dos peritos que desde hace varios años más de 10 se viene medicando con antidepresivos, es decir la salud de la actora siempre denotó la existencia de episodios depresivos, que obviamente se agravaron con el cáncer, que se determinó en el año 2014 no cuando se despide, antes de eso la institución ya sabía de estos particulares porque la actora reportó estos particulares.

Interviene el perito del IESS como testigo y le hace una pregunta creo yo digna de reconocer con tinte de magistral, porque se le dice conteste si es que el despido intempestivo pudo ser la causa de episodio depresivos o del padecimiento de la señora, el testigo psicólogo del IESS efectivamente puede ser causante el despido de lo que me están consultando, y en el tema de las repreguntas le decimos al señor perito el cáncer le pudo haber causado a la señora estados de estrés, depresivos, padecimientos, depresión el cáncer puede ser el que le tenga en el ambiente en el que haya descrito en la demanda, él contesta por supuesto que sí, en qué quedamos si la prueba técnica nos dice que el cáncer es el causante de los padecimientos y si el mismo dice que también que el despido es también causante de este particular, nos preguntamos que es más grave? Que nos hará desmoronarnos más el despido o el cáncer”



Con referencia a la prueba actuada de manera ilegal sostuvo:

*“Pero bien ahora vino nuestra prueba que podía beneficiarle a ellos y es la relaciona con la **historia clínica**, eso fue lo que más descontento a la parte actora esa prueba no es ilegalmente practicada y es clave para que se pueda resolver esta causa, primero porque no es ilegal, si bien que la historia clínicas son confidenciales pero este caso es de excepción porque quien acompañó la historia clínica al trámite la actora la incorpora al trámite, por obra de la señora Bernal, la historia clínica presentada por ella le pedimos a un perito que la analice y concluye que la señora debe darle gracias al creador por estar viva porque la medicación que estaba tomando por varias décadas atrás unas recetadas por médicos y otras auto medicadas podían haberle causado la muerte.”*

Finalmente sobre el recurso del demandado de costas judiciales, lo hizo en los siguientes términos:

“No está en discusión el hecho de que ejercer un derecho una garantía constitucional plenamente establecida como es el acceso a la justicia deba ser motivo de condena en costas hay que ser claro las costas tiene que ser cargadas a quien litiga con mala fe con deslealtad procesal y he demostrado quien actuó con mala fe y no hemos sido nosotros, el proceder de mala fe si nuestro derecho a ejercer el principio de tutela contenida en el art. 23 de la COFJ, no puede ser amenazado con la exigencia del pago de costas, hemos actuado con absoluto derecho en absoluto ejercicio del acceso a la justicia y lo hemos hecho actuando prueba concreta, pertinente, revisen la prueba que consta en los 11 cuerpos presentadas por ambas partes, la prueba actuada con



deslealtad procesal también conlleva responsabilidades, nuestra invitación es que acojan nuestro recurso de apelación actúen en conocimiento de causa, analizando objetivamente los principios jurídicos utilizando la sana crítica con objetividad con sentido común y se rechace la condena en costas que no tiene ningún fundamento jurídico ni ético”.

3.3.3 Decisión del tribunal

La Corte Provincial de Justicia del Azuay, luego de analizar toda la prueba y argumentos actuados dentro del juicio considera que la parte actora no ha demostrado todos los presupuestos para la configuración del daño moral, por este motivo rechaza el recurso de Apelación motivando de la siguiente manera.

Sentencia dictada por el tribunal en segunda instancia el 31 de octubre del 2018, dentro del proceso número 01333-2018-00138, donde rechaza el recurso de apelación presentada por la parte actora, textualmente dice:

“Del conjunto de pruebas debidamente analizadas a la luz de la sana crítica el Tribunal llega a la conclusión que el sufrimiento de la actora es real, pero de donde nace la fuente de la obligación civil es de la existencia de un acto ilícito contrario a las normas legales, o de un actuar doloso o culposo, el daño moral no cabe, incluso la existencia de causalidad entre el hecho y el daño genera dudas porque confluyen dos hechos la enfermedad catastrófica y el despido, que influyen negativamente en la salud, en la vida emocional y mental de las personas; en suma no se ha justificado los presupuestos fácticos para la procedencia de la acción de daño moral. De lo analizado con claridad se determina que el cargo a la sentencia de falta de Motivación, no tiene sustento, al igual de la falta de valoración probatoria; se ha rebatido el sustento



de la indebida actuación de prueba, con el principio de comunidad de la prueba y sustentado que el juez de instancia aplicó las normas invocadas y aplicadas al caso.

Este tribunal de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, desestima el recurso de apelación de la actora y confirma la sentencia impugnada y subida en grado, que declara sin lugar la demanda. Desestima también el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada que declara sin lugar el pago de las costas procesales. Sin costas en esta instancia por cuanto el ejercicio de la acción, ni la contradicción no es abusivo, malicioso o temerario”.

3.4 Recurso de casación

En primer y segunda instancia se declaró sin lugar la demanda presentada por la señora Álvarez, pero la actora interpone recurso de Casación contra la sentencia dictada por los Jueces de la SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DE LA CORTE PROVINCIAL DEL AZUAY, en los siguientes términos:

3.4.1 Parte actora

Recurso de casación que se interpone en contra de la sentencia dictada en fecha 31 de octubre del 2018, dentro del juicio que por daño moral presento la parte actora en contra de su ex empleador, se fundamenta en los siguientes términos:



“Primer fundamento: numeral 2 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, la recurrente acusa a la sentencia de no contener los requisitos previstos en los numerales 6, 5 y 8 del artículo 95 del mismo cuerpo legal a saber:

Con relación al numeral 6 del artículo 95 del Código Orgánico General de Procesos, señala que la sentencia claramente establece que el daño psíquico reclamado por la compareciente, así como las demás pretensiones contenidas en la demanda, fueron controvertidas y probadas dentro del proceso y merecen un pronunciamiento profundo al respecto, pues lo que se persigue es el resarcimiento de daños causados por el actuar ilegítimo del demandado, a través de sus altos funcionarios, y que pese a ello, la resolución jamás deslegitima, niega o contradice los medios probatorios actuados y que tienen concordancia con lo reclamado. Aduce que, en virtud de que la sentencia es negativa a sus intereses, se debe explicar por qué no son tomadas en cuenta las pruebas actuadas dentro del proceso, cuáles medios probatorios sustentan la decisión y, además, pronunciarse sobre la prueba ilegal actuada en el proceso.

Para sustentar la acusación, respecto a la infracción del numeral 7 (motivación) del artículo 95 Código Orgánico General de Procesos, afirma que la motivación de la sentencia se limita a la transcripción y cita de obras jurídicas en materia de daños, los que en la práctica, le dan la razón sobre la existencia del daño sufrido, sin embargo, la resolución es negativa, sin que se establezcan las normas y/o principios jurídicos en que los juzgadores se fundamentan para negar sus pretensiones, (describe el fallo).



Con respecto al numeral 8 del artículo 95 Código Orgánico General de Procesos, expresa que el fondo del asunto es el daño por ella sufrido (moral y psicofísico) y que la relación laboral con el Banco de Guayaquil es otra cosa que se encuentra vislumbrada en el área laboral. Afirma que los daños ocasionados se dieron por parte de los funcionarios del Banco en uso de sus atribuciones como directivos de la entidad, lo cual fue controvertido y demostrado en la respectiva etapa procesal, siendo este el asunto que debe ser resuelto la existencia injusta e innecesaria de afectar al bien jurídico determinado en la integridad personal de la actora, quien fue víctima de sufrimientos psicofísicos que no tenía por qué soportarlos por parte de la institución”.

“Segundo fundamento: numeral 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, la recurrente sostiene que en la sentencia impugnada, hay falta de aplicación de las normas que rigen el derecho de daños en el Ecuador, artículos 2229, 2231, 2232, 2233 y 2234 del Código Civil; aduce que en el presente caso, ha demostrado haber sido afectada en su psiquis, haber sido discriminada y humillada por parte de la entidad donde laboró por más de veinte años, solo por padecer de una enfermedad terminal que afortunadamente logró controlar a tiempo, lo cual agravó su ya delicado estado de salud justamente por el sufrimiento, ansiedad y humillación que los directivos de la entidad demandada le causaron con su actitud displicente, claramente discriminatoria y dolosa, al sugerirle incluso que vaya a morir tranquila a su casa.



Expresa que los juzgadores en la resolución, realizan una serie de razonamientos ajenos a la realidad de los fundamentos legales de esta causa, efectuando un análisis absolutamente superficial e incompleto respecto del artículo 188 del Código del Trabajo (que además no es de su competencia); aduce que si la intención de la Sala era apoyarse en normas laborales, el apoyo debió ser completo analizando todas las normas que son aplicables para el caso, y al menos debió preocuparse de citar las normas apropiadas y no únicamente la que regula el monto de las indemnizaciones de acuerdo al tiempo de la relación laboral.

De ahí que la contravención de la ley por parte de la entidad demandada, comprueba precisamente su actuar ilícito y por ende doloso "quedando en evidencia la transgresión del derecho, actuando de manera abusivo, transgrediendo deliberadamente los fines del ordenamiento jurídico, pues en estricta aplicación de la ley, la institución demandada no podía dar por terminado unilateralmente la relación laboral, de la forma como lo hizo, es decir, confundiendo el derecho de terminar la relación laboral de manera lícita con el despido violentando normas de derecho público cayendo en un total abuso de derecho contenido en el artículo 36.1 del Código Civil, norma que también debió ser aplicada por los juzgadores, [...]" (Sic), aduciendo que el razonamiento de la Sala respecto de la existencia de dolo o actuar ilícito de la demandada es absolutamente superficial, cuando aquel debió realizarse de manera exhaustiva con aplicación de normas y principios jurídicos razonados debidamente argumentados".



3.4.2 Parte demandada

Contestación al recurso de Casación que se interpone en contra de la sentencia dictada en fecha 31 de octubre del 2018, dentro del juicio que por daño moral presento la parte actora en contra de su ex empleador, se fundamenta en los siguientes términos:

La parte actora sostiene en su contestación a la casación con referencia a los fundamentos de la parte actora, específicamente en los numerales 2 y 5 del artículo 268 del COGEP:

“En lo relativo al numeral 2 del artículo 268 del COGEP; sostiene que este cargo está incompleto, pues si verdaderamente existiera un defecto en la sentencia, en referir los hechos probados, debía entonces la recurrente enumerar con precisión cuáles, la recurrente no señala con precisión cuáles serían los hechos probados relevantes para la resolución que supuestamente no han sido tomados en cuenta por el tribunal de segunda instancia, ni cuál sería el efecto en la sentencia de que dichas pruebas sí hubiesen sido parte de la relación de los hechos probados. Sin embargo, evidentemente, lo que en realidad se pretende es que se haga una nueva revisión de la prueba, pues no de otra manera alegraría la recurrente genéricamente sobre su relevancia v solicitaría un pronunciamiento sobre su supuesta ilegalidad, lo cual implicaría, precisamente, revisarla y valorarla nuevamente, lo cual no cabe en casación y viola lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 270 del COGEP.

Con referencia al numeral 7 del artículo 268 del COGEP, la motivación de la sentencia, la parte demandada la infracción debe ser demostrada, sin que a tal efecto baste señalar que la sentencia carece de motivación; al contrario,



es necesario que se demuestre cómo, cuándo y en qué sentido se incurrió en la infracción. A más de ello, debe hacerse constar en forma concreta, clara y precisa, que la sentencia recurrida carece de razonabilidad, lógica o comprensibilidad, condicionamientos que la Corte Constitucional ha considerado necesarios para que una decisión judicial se encuentre motivada.

Con respecto al fundamento en el numeral 8 del artículo 268 del COGEP, sobre el defecto que tiene la sentencia al no pronunciarse en el fondo del proceso, la parte demandada cita una parte del recurso de casación presentado por la actora en donde textualmente dice “la sentencia debe ser congruente”, por esta razón el demandado sostiene que la actora confunde este requisito con numeral 3 del artículo 268 del COGEP, esto es por el defecto de congruencia, pues todos los puntos de controversia fueron resueltos en sentencia”.

“En lo relativo al numeral 5 del artículo 268 del COGEP; A este respecto es necesario señalar que cuando se fundamenta un recurso de casación en el numeral 5to del artículo 268 del COGEP y se indica que existe falta de aplicación de la norma, quien recurre no solo debe señalar qué norma faltó de aplicarse, sino que debe también indicar qué norma se aplicó indebidamente. Es decir, cuando un recurrente en casación acusa a la sentencia de falta de aplicación de normas sustantivas, aquello implica que el Juez omitió incluir en el fallo normas de derecho que habrían determinado que la decisión adoptada fuese diferente; lo dicho trae como lógica consecuencia que quien interpone el recurso de casación deba determinar cuál norma es la



correcta a aplicarse, en lugar de aquella aplicada en la sentencia. Por lo que solicita que se inadmita el recurso de Casación”.

3.5 Decisión del tribunal

Sentencia dictada por la Corte Nacional de Justicia el 7 de mayo del 2019, que rechaza el recurso de Casación presentada, en contra de la sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia en fecha 31 de octubre del 2018, la que se encuentra a fojas 21, se motiva de la siguiente manera:

“Analizada la sentencia objeto del recurso, bajo la óptica de los parámetros de verificación de la motivación, establecidos por la Corte Constitucional (sentencia 227-012-SEP-CC, la Corte Constitucional de Ecuador, en diversos fallos, ha señalado que la motivación como garantía del debido proceso, debe contener un triple estándar para su cumplimiento efectivo, el que se compone por razonabilidad, lógica y comprensibilidad); y, los señalados por la propia Constitución, el Código Orgánico de la Función Judicial y el Código Orgánico General de Procesos, este Tribunal encuentra, que si bien aquella cumple con señalar los hechos del proceso y decidir sobre el fondo del asunto, en cumplimiento a lo previsto en los numerales 6 y 8 del artículo 95 del Código Orgánico General de Procesos, lo hace a través de una redacción que no explica los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de la prueba, como a la interpretación y aplicación del derecho, constituyéndose en una sentencia de difícil comprensión, que obliga a este tribunal a aceptar el cargo de falta de motivación, y conforme a lo dispuesto en el artículo 273.4 del Código Orgánico General de Procesos, CASA la sentencia, en los siguientes terminos:



La indemnización civil por daño moral, a criterio de este tribunal solo procedería cuando más allá de los límites del ámbito contractual, la actuación del empleador en el despido, configure conductas que independientes del vínculo constituyen un tipo delictual, cuasi delictual o un ilícito civil, que lesiona la integridad personal, la intimidad, la honra, la reputación, o la imagen, en menoscabo de la dignidad personal del trabajador; supuestos fácticos no alegados ni probados en este caso, por lo que no justificado en el despido un cuasi delito o un ilícito civil imputable al empleador, como nexo causal productor del daño cuya indemnización se pretende, no procede la reparación demanda”.

Este Tribunal de la Sala Especializada 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”, declara sin lugar la demanda incoada por la actora en contra de la institución”.



CAPITULO IV

ANÁLISIS NORMATIVO DEL CASO NÚMERO 01333-2018-00138

4.1 Análisis normativo del problema jurídico planteado en el caso

Dentro del proceso, se evidencia unos de los problemas que nace alrededor del tema, esto es si tiene lugar el daño moral por la terminación unilateral del contrato de trabajo, para analizar este tema debemos referirnos de manera somera a las formas de terminación de la relación laboral reconocidas en nuestro país, existen dos formas de terminación del contrato de trabajo, las mismas que son las regulares y las irregulares, dentro de estas últimas encontramos al despido intempestivo.

Debemos recalcar que el despido intempestivo es una forma unilateral de terminación del contrato de trabajo que le faculta la ley laboral al empleador (esto considerando que la estabilidad en el Ecuador es relativa salvo en algunos casos), pero cuando el despido es injustificado el empleador está obligado a cancelar, los rubros establecidos por la ley, por el ejercicio de esta facultad.

De aquí surge la interrogante que debemos aclarar; ¿si el ejercicio de la terminación unilateral del contrato de trabajo, puede provocar responsabilidad civil?, la primera postura, se basa en que no puede existir daño moral por la terminación unilateral del contrato de trabajo, a consecuencia de que la ley le otorga esta facultad, entonces, como es el ejercicio de un derecho reconocido por la misma ley no puede provocar daño al trabajador, si esto fuera el caso ningún empleador despediría a sus trabajadores.



Esta teoría considera que no procede una indemnización adicional por daño moral, pues en la legislación laboral ya existe una indemnización tarifada que abarca todos los daños causados y excluye al principio de reparación integral, caso contrario atentaría contra la Seguridad Jurídica y la libertad de contratación.

Existe otra posición, que defiende la necesidad de reconocer el daño moral en la relación laboral, fundamentando la naturaleza de carácter social del derecho laboral además se debe demostrar todos los elementos de la responsabilidad civil subjetiva, entendida el daño moral como “toda lesión de sentimientos legítimos, como es el sentimiento de la propia conservación y de los efectos que nos rodean y hacen agradable la vida; cuando estos sentimientos resultan atacados hay daño moral” (SALVAT R. , 1946)

Cuando el empleador termina unilateralmente el contrato de trabajo, es sancionado con una indemnización, pero la misma no cuantifica posibles daños provocados al trabajador, para Vázquez Vialard “*el pago de la indemnización por despido no impide la reclamación de otras que correspondan por distinto título jurídico*” (ANTONIO, 1999).

Las indemnizaciones establecidas en la ley, son exclusivamente relacionadas con el área laboral, claro que existen casos en donde el legislador sanciona con una indemnización adicional, por ejemplo el despido discriminatorio, pero esta indemnización nada tiene que ver con los daño provocados por determinadas circunstancias que se dan al momento del despido.

Al respecto las V Jornadas Argentinas de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en octubre de 1980, se aprueban las siguientes recomendaciones;



“3° en lo que respecta a la etapa de extinción del contrato, cuando media una situación de estabilidad relativa impropia, las indemnizaciones tarifadas cubren todos los daños, tanto materiales como morales que la pérdida de empleo pueda haber ocasionado al trabajador. Pero si contemporáneamente con el despido el empleador incumple con obligaciones contractuales a su cargo, o incurre en actos ilícitos stricto sensu deberá responder por los daños morales que su conducta antijurídica ocasione si es que afecta la personalidad y dignidad del trabajador a través de la lesión de sus bienes personales;

4° para todos estos casos y situaciones debe destacarse la opinión de algunos participantes que consideran que la reparación del daño moral debe apreciarse con criterio restrictivo, de tal modo que sólo ha de proceder en situaciones excepcionales”.

La posición antes mencionada defiende la procedencia del daño moral por el despido intempestivo cuando es arbitrario y atendiendo la gravedad del daño, establece que la indemnización tarifada por despido intempestivo no considera los daños reales, simplemente cuantifica los daños provenientes de la violación del deber de estabilidad, más no establecen valores reales por un despido arbitrario (Despido basado en causas antijurídicas).

Ackerman afirma que la finalidad de la indemnización tarifada es responder al incumplimiento del deber de respetar el derecho del trabajador a la estabilidad en el empleo, compensando sólo los daños materiales y morales que la referida violación contractual ocasiona, lo cual impone la necesidad de reparar los otros daños que puedan producirse por incumplimientos contractuales, en forma independiente de la tarifa legal. (Citado por Mangarelli, 1993).



Con lo mencionado debemos considerar que las indemnizaciones establecidas en el Código de Trabajo, son efectos del contrato de trabajo por ejemplo, el despido intempestivo entre otros, pero cuando existe un hecho que no está enmarcado como efecto del contrato laboral y causa un daño, este daño debe ser reparado pues no está enmarcado en las indemnizaciones laborales.

Luis Humberto Abarca, considera que el Derecho Civil otorga extensas garantías a los derechos extrapatrimoniales a su criterio: Donde quiera y como quiera, en cualquier esfera de las relaciones sociales, si una persona con su actividad transgrede el ordenamiento positivo desconociendo o vulnerando uno o más derechos extrapatrimoniales de otro y como consecuencia causándole perjuicio moral, se contempla su reparación pecuniaria, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2232 del Código Civil. (Abarca, 2008)

Debemos tener claro que la indemnización tarifada por despido intempestivo recocida en el artículo 188 del Código de Trabajo, calcula solo los daños ocasionados por el incumplimiento del deber de estabilidad, esto es en el ejercicio ordinario de esta facultad, pero si existen daños extraordinarios que rebasan los límites contractuales y son probados dentro del proceso estos deben ser resarcidos, afirmando de esta manera que se puede reclamar una indemnización por daño moral.

Podemos concluir, que la indemnización tarifada reconocida en el Código de Trabajo por despido intempestivo solo cuantifica los daños provenientes de la violación del derecho de estabilidad laboral, pero estos rubros no abarcan una reparación integral, pudiendo existir circunstancias de carácter antijurídico que



rodean dicho despido intempestivo, provocando una necesidad de reparar el daño provocado.

Por los motivos expuestos al momento del despido pueden existir ciertos hechos que producen daños, hechos que no son consecuencia del contrato de trabajo, de esta manera puede nacer la responsabilidad de reparar dicho daño, teniendo en cuenta que no en todo despido intempestivo existe daño moral, pues la ley otorga esta facultad a los patronos.

La conclusión anterior nos lleva a pensar, si bien es cierto puede existir responsabilidad civil en el despido intempestivo, pero como debe ser tratada esta responsabilidad ¿Cómo contractual o extracontractual? aunque no es el tema de análisis es importante aclararlo.

En la responsabilidad contractual y extracontractual su tratamiento es diferente con referencia a los elementos para su existencia, puesto que en la responsabilidad civil contractual se presume la culpa, el artículo 1563 del Código Civil determina que la prueba de la diligencia o cuidado pertenece a quien estaba en el deber de emplearlos.

Pero en la responsabilidad extracontractual, nuestro código civil que acoge la teoría subjetiva, establece que para la existencia de este tipo de responsabilidad se debe demostrar la culpa, esto determina el Código Civil en su artículo 2229, por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta.

Si bien es cierto, la responsabilidad civil en este caso nace de un contrato de trabajo, no puede ser tratada como responsabilidad contractual puesto que



llevaría a arbitrariedades por parte de los trabajadores, que podrían demandar fácilmente una indemnización por daño moral, la indemnización por daño moral está en la necesidad de probar los elementos constitutivos de la responsabilidad civil subjetiva.

Además la responsabilidad civil no es efecto del contrato de trabajo, pues las consecuencias o efectos del contrato de trabajo lo establece la ley laboral, por este motivo debe ser tratada como responsabilidad extracontractual.

4.1.1 Características que puede generar daño moral en la relación laboral

Debemos aclarar que pueden existir varios supuestos donde cabe la responsabilidad civil en las relaciones laborales, por ejemplo en el acoso laboral, en la discriminación, injurias al trabajador entre otros casos pero en esta investigación nos centraremos en el despido intempestivo.

Si bien es cierto, si procede la reparación por daño moral causado por la terminación del contrato de trabajo, pero esta la reparación por daño moral no cabe de todas los despidos intempestivos, sino en aquellos que su motivación es antijurídica, Pablo Rodríguez sostiene que *“la indemnización por despido busca la reparación de los perjuicios por la pérdida del empleo, su cálculo se realiza en forma tarifada o forfaitaire sin consideración a los reales daños, debiendo cancelarse incluso cuando ni siquiera existe culpa por parte del empleador; a diferencia de la indemnización por daños y perjuicios, basada en un actuar objetable del empleador y que exige la prueba de los daños producidos.”*(RODRIGUEZ, 1986).



Gamonal expresa que para que exista la obligación de una indemnización adicional *“no es suficiente que se carezca de causa o de justa causa en el despido, sino que es necesario que el empleador cometa un hecho ilícito o incumplimiento contractual distinto del deber de conservar el empleo del trabajador”* (GAMONAL citado por CRISTINA MANGARELLI, 2007)

Mangarelli y Castello señalan los siguientes requisitos para determinar si la entidad del daño moral amerita su indemnización: (ALEJANDRO, 1997)

- “a) Si existen motivaciones antijurídicas, espurias o persecutorias.*
- b) Si hay una especial intención de lesionar al trabajador.*
- c) Si el comportamiento del empleador es particularmente antijurídico y vulnera intereses cautelados por el ordenamiento laboral”.*

Para que una conducta enmarque en la responsabilidad civil, debe rebasar los límites ordinarios de terminación unilateral del contrato de trabajo, esta conducta se convierte en ilícita, provocando daños ajenos a los que repara la indemnización tarifada por el Código de Trabajo.

Si bien es cierto la ley faculta al empleador despedir intempestivamente al trabajador con las respectivas indemnizaciones, esta facultad permite al patrono despedir a cualquier trabajador, pero al momento de ejercer este derecho no debe humillar, discriminar o realizar un hecho que menoscabe los derechos de las personas, si esto es así ya no importaría la relación social que exista entre las personas, si existe un daño debe ser reparado.



4.1.2 Procedencia de la acción por daño moral en la terminación de la relación laboral

Como dejamos planteado en líneas anteriores, la indemnización por daño moral no procede en toda terminación del contrato de trabajo, pero si al momento del despido intempestivo, se recurre a ciertos actos que menoscaban a los derechos de los empleados, aquí ya no importaría la relación existente lo que importa es que se cumpla los requisitos del derecho de daños, para la procedencia de la responsabilidad civil en un despido intempestivo nos basamos en los siguientes fundamentos.

Primeramente, la ley laboral faculta la terminación unilateral del contrato del trabajo con una indemnización legal tarifada, la misma no cuantifica la reparación integral a la persona, esta indemnización solo se debe a la violación del derecho de estabilidad laboral, aquí solo se cuantifica rubros comunes por despido intempestivo y otras reguladas por el Código de trabajo.

Debemos considerar que los efectos de los contratos de trabajo están regulados por el Código de Trabajo, dentro del mismo existe la indemnización por despido intempestivo, agrava algunas indemnizaciones como el despido discriminatorio, pero dentro de estos efectos nunca abarca ningún indemnización por responsabilidad civil que puede existir, es por este motivo que nada tiene que ver las indemnizaciones laborales con la responsabilidad civil.

Como ya dejamos planteado con anterioridad, la ex Corte Suprema de Justicia del Ecuador diferenciaba dos tipos de indemnizaciones por la terminación de contrato en el ámbito laboral, por una parte los rubros comunes establecidos



por el Código de trabajo y las indemnizaciones Civiles las cuales son rubros extraordinarios cuando existen actos o riesgos que no se encajan en el ámbito laboral.

Por otro lado como podemos evidenciar, en el artículo 2229 del Código Civil del Ecuador no define o limita el daño, esto es bueno pues deja abierto a que todo daño donde se demuestre malicia o negligencia debe ser reparado.

De esto se evidencia que nuestro derecho civil otorga extensas garantías a los derechos reconocidos en nuestra legislación, no importa la esfera de relaciones sociales (sea laboral u otro ámbito), si una persona con su actividad menoscaba derechos provocando daños ya sea patrimoniales o extrapatrimoniales, esta persona está obligada a reparar dicho daño, esto con apego a lo establecido en el artículo 2229 del Código Civil.

Esto es, si el empleador al momento de despedir al trabajador recurre a conducta que denigran a la persona, la discriminan o humillan, causando un daño ya sea patrimonial o extrapatrimonial, aquí ya no importa la relación laboral, dando vida al derecho a la persona que fue ultrajada a ser reparada en su integridad.

4.1.3 Particularidades del caso

El 21 de diciembre del 2015, a la señora Álvarez se le diagnostica cáncer, a consecuencia de este hecho tan lamentable la actora debía recibir un tratamiento para contrarrestar esta enfermedad, la señora responde bien a dicho tratamiento, como podemos corroborar en la historia clínica y el testimonio técnico del psicólogo del IESS, frente a esto la actora se reincorpora



a sus labores en la institución, pero el 8 de abril del 2016 el banco decide despedirle.

Para que se declare la responsabilidad civil por daños morales se debe demostrar varios requisitos antes mencionados como: el hecho, el daño, la culpa y el nexo causal.

Partiendo de estos supuestos, a simple vista el Banco Confidencial ejerce una facultad que le reconoce la ley, que es la terminación unilateral del contrato de trabajo, por lo cual el banco cancela la indemnización legal, pero de los hechos mencionados podemos observar que existen motivos antijurídicos para la terminación de la relación laboral, pues no es lógico que la señora Álvarez haya sido felicitada mientras estuvo gozando de un buen estado de salud, pero luego de que sufrió la enfermedad catastrófica ya no era apta para el cargo, esto significa discriminar por su estado de salud.

Partiendo de este supuesto, el despido intempestivo obedece al estado de salud de la actora, esto podemos colegir de los mensajes del Vicepresidente del Banco Confidencial (cita en pie de página un fundamento de hecho, de la demandad presentada en primera instancia)⁵, frente al tema la Corte Constitucional en la sentencia No. 080-13-SEP-CC, manifiesta lo siguiente:

“La Corte Constitucional, máximo órgano de interpretación constitucional en el Ecuador, en su jurisprudencia de carácter erga omnes, ha indicado que existe discriminación cuando la persona que genera el acto lesivo utiliza ciertas

⁵ Confundir amistad, humanidad con institucionalidad a políticas que deben regir a toda empresa es un error... nada es indefinido sobre todo cuando el cargo que representa es delicado y de responsabilidad limitada... en empresas donde los sentimientos lastimosamente no juegan, y sobre todo nadie es dueño de ellos para mantener debilidades por ausentismos en cargos de verdadera responsabilidad que se reconoce que se actuó con mucho acierto...



'categorías sospechosas' que son aquellas categorías utilizadas para realizar tratos 'diferentes' respecto de ciertos grupos o personas vulnerables que no resultan razonables y proporcionales... Según la Corte Constitucional... estas categorías sospechosas contribuyen a perpetuar la inferioridad y la exclusión de determinados grupos (mujeres embarazadas, niños, adolescentes, personas portadoras de VIH, personas enfermas de SIDA u otra enfermedad catastrófica, personas con discapacidad, indígenas, afro ecuatorianos, etc)... Quien acude a estas categorías o factores sospechosos para establecer diferencias en el trato, se presume que ha incurrido en una conducta arbitraria"

Con estas particularidades observamos que, la motivación para el despido a la parte actora fue un “*criterio sospechoso*”, que apegándonos a la sentencia de Corte Constitucional constituye una conducta discriminatoria, atentando de esta manera derechos constitucionales como es la no discriminación, reconocidos por nuestra Constitución en los artículos 11 numeral 2, 66 numeral 4 y el artículo 331 inciso segundo.

De esta manera podemos observar que dentro del caso analizado existe un hecho que tiene repercusiones en el ámbito legal, pues violenta normas legales y constitucionales, a consecuencia de que se basa en un motivo discriminatorio para despedir a la señora, violentando garantías y derechos constitucionales de la trabajadora que debe ser sancionado.

El daño, es otro presupuesto del daño moral, el que debe ser cierto y probado, no debe ser hipotético, si no existe daño no existe responsabilidad, en este caso el actuar discriminatorio del Banco Confidencial se traduce en un daño **real, cierto, actual y directo**, que fue demostrado en el proceso.



La prueba sobre el daño fue contundente, la fundamentaron con el historial clínico de la actora, con pericias: como el informe de los peritos; quien indico en la audiencia el estado de salud de la actora respecto al afrontar la enfermedad y respecto del momento del despido, relacionando su estado con la ansiedad y la depresión, tanto al afrontar el tratamiento respectivo, como la noticia del despido, señalando que la enfermedad puede generar depresión pero no se le diagnostico con aquello.

Con el testimonio del doctor Oncólogo, este último que le diagnostico un episodio depresivo, asociado con conflictos en el área laboral, en igual forma la Psicóloga, al momento de sustentar su informe en audiencia, relaciona el estado de salud de la actora al momento del despido con un cuadro depresivo, disminuyendo los niveles de autoestima sintiéndose incapaz para producir, existiendo una afección personal.

El daño a la actora es acreditado dentro del proceso, tal es el caso que dentro de la sentencia de primera y segunda instancia lo reconocen, en la sentencia dictada el 31 de octubre del 2018 por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial del Azuay, en considerando 11 en su parte final manifiesta “...*Del conjunto de pruebas debidamente analizadas a la luz de la sana crítica el Tribunal llega a la conclusión que el sufrimiento de la actora es real...*”, teniendo claro que el daño es real y cierto.

Además el daño debe ser antijurídico, es coherente afirma que toda conducta que va en contra del principio de igualdad es un actuar antijurídico, ya sea esta una discriminación directa o indirecta en casos de criterios sospechosos.



Si ya existe un hecho jurídico como es la discriminación, se acredita la existencia del daño y sus elementos, pero ¿el daño es resarcible? Para esto, se debe acreditar el actuar doloso o culposo de la institución.

Para que el daño sea reparable debe ser imputable a su autor, ya sea por dolo o culpa, pero la discriminación es un acto tan reprochable que violenta normas y garantías tanto constitucionales y legales, para Felipe Osterling Parodi *“no es necesario probar la intención del agente; basta con probar la antijuricidad del acto, el daño en que ha derivado y la relación de causalidad entre éste y el comportamiento del causante”*. (PARODI, 2009).

Otros autores sostienen que *“No tienen ya los jueces que buscar un error de conducta caracterizado y determinado: la intención de perjudicar, sino un error de conducta cualquiera, mera imprudencia o negligencia...”* (MAZEAUD, 2012)

Colin y Capitant expresan *“Cuando decimos que un hombre ha cometido una culpa significa que ese hombre no se ha conducido como hubiera debido conducirse, no ha hecho lo que hubiera debido hacer. Nos preguntamos cómo hubiera debido manejarse ese hombre y comparamos su conducta con la que hubiera observado en su lugar un hombre prudente, diligente. Tal es ciertamente la noción tradicional de la culpa”*.

Además debemos considerar en el artículo 2229 del Código Civil, que establece, *“por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado”*. Este artículo deja abierta a que todo daño donde se acredite malicia o negligencia es resarcible, esto es muy bueno.



Con lo expuesto y de acuerdo al artículo 2229 del Código Civil, para que el daño sea reparable debe existir un actuar culposo o doloso, pero no considerando la culpa como la intención o no de dañar (ámbito subjetivo), sino más bien como aquellos actos que un hombre de inteligencia y prudencia normal no los debe cometer, esto es, se debe demostrar una mera imprudencia.

Con esto el actuar antijurídico del Banco Confidencial es un acto negligente, pues actúa de una manera discriminatoria, violentando derechos reconocidos por la Constitución del Ecuador, por esto el banco toma una conducta que además de negligente, es arbitraria, abusiva y reprochable por el derecho civil.

No basta, para la existencia de la responsabilidad civil que el demandado haya causado un perjuicio e incurrido en un actuar culposo, se requiere un elemento fundamental que es el nexo causal “... es preciso que el perjuicio experimentado sea consecuencia de la culpa cometida.” (ZANNONI, 1987)

De acuerdo a la teoría de la equivalencia, sin un determinado acto, el perjuicio no existe, entonces el acto es causa del perjuicio, en el tema analizado ya se encuentra estudiado el actuar antijurídico, el daño y la culpa, nos queda fundamentar si el daño provocado a la actora es causa del actuar culposo del demandado.

Para esto, debemos partir de los hechos establecidos en la demanda, primero la actora se reintegra a su lugar de trabajo porque se sentía bien, a consecuencia de que el tratamiento estaba dando buenos resultados, esto lo podemos corroborar en segunda instancia cuando la actora toma la palabra,



entre otras cosas dice que ella estaba en su quinta quimioterapia, que estaba afrontando bien a la enfermedad.

Al referirse también a su historial clínico donde queda demostrado que la actora está afrontando bien su enfermedad, pero nos preguntamos ¿quién no va sufrir un daño, al enterarse que debe afrontar a tal enfermedad que en algunos casos precede a la muerte?

Con la prueba actuada se demuestra que la actora estaba superando esta enfermedad, claro que le provoco un daño pero lo pudo afrontar, de esto se valió la parte demanda al fundamentar su contestación (se cita en pie de página uno de los fundamentos de hecho del demandado que se encuentra a fojas 1061)⁶, aquí surge el problema, a raíz de la enfermedad diagnosticada a la actora, se provoca un daño, como a cualquier persona le pasaria, pero este daño fue afrontado perfectamente, como podemos observar de los hechos como: reincorporarse al puesto de trabajo, de las pruebas como el historial clínico, el testimonio del medico oncológico tratante.

Pero fue a partir del despido discriminatorio que la actora, se enferma de Fibromialgia, el actor culposo del demandado fue el que provocó la enfermedad, estados de ansiedad y la necesidad de asistir al Psicólogo por el daño psicológico provocado, claro es que si no hubiese existido el actuar antijurídico y culposo del Banco de Guayaquil, no hubiese existido tal perjuicio.

⁶ “sin embargo de lo manifestado, indicamos asimismo que los padecimientos y aflicciones descritas por la accionante en su demanda para fundamentar un supuesto daño moral, no son consecuencia del despido intempestivo narrado, sino, lamentablemente de los efectos que le ha provocado y generado la enfermedad catastrófica....”



En el caso podemos observar de los hechos narrados por las partes, existen los elementos de la responsabilidad civil subjetiva, existió un hecho que violento normas constitucionales y legales como es la discriminación, el daño fue real, cierto, directo y antijurídico, existió culpa del demandado por no actuar como un hombre común debía actuar, esto es sin vulnerar derechos de otras personas y finalmente el nexo causal si bien es cierto existió un daño anterior al hecho reprochable, pero el acto culposo fue el detonante que agravó el estado de salud de la actora.

4.2 Comentario sobre de los actos de proposición del caso

Debemos aclarar primeramente, una cosa es fundamentar la demanda o el recurso de manera escrita, otra es sostener de manera verbal esta fundamentación, entre estos dos debe existir un empate perfecto, pues no podemos cambiar nuestra fundamentación de acuerdo a las circunstancias, debemos recordar que los fundamentos de hecho quedan establecidos ya en los actos de proposición y estos no se pueden modificar.

En el transcurso del proceso podemos evidenciar que la parte actora, al momento de fundamentar la demanda y recursos de manera verbal, no defiende su teoría del caso plasmada en el libelo inicial, pues intenta introducir nuevos fundamentos de hecho como es la “*discriminación*” que en ninguna parte se toca en la demanda, esto podemos evidenciar en la fundamentación del recurso de apelación, en el considerando ocho de la sentencia de segunda instancia la parte actora sostiene “... *deciden separarla de su cargo...se lo hizo en una franca **discriminación** afectando su salud psíquica...*”.



Podemos observar que la parte actora no sigue la misma línea de defensa, pues su teoría del caso cambia de acuerdo a su conveniencia, esto hace muy difícil su defensa. La parte actora desde el principio tenía que hacer énfasis al acto discriminatorio por parte del Banco Confidencial, además fundamentar su teoría durante toda su defensa.

Mientras tanto la parte demanda el Banco Confidencial, al momento de contestar dejó trazada su línea de defensa que consistía en argumentar y demostrar que el daño no es provocado por el despido intempestivo sino, lamentablemente por la enfermedad que adolecía la actora, esta teoría del caso la fundamentó y sostuvo desde el principio al fin, dando como resultado que declararan sin lugar la demanda.

4.2.1 Pretensión de la parte actora

En la demanda presenta la actora el 9 de enero del 2018, la parte actora *“por lo expuesto, demanda, el pago de una indemnización pecuniaria por concepto de Daño Moral, causado por el despido discriminatorio, por su condición de enferma de cáncer”*⁷.

Para analizar este punto debemos recordar sobre los tipos de daños y su reparación, como mencionamos dentro del daño moral existía uno carácter objetivo; el cual tenía repercusiones en el patrimonio y otro de carácter subjetivo o daño moral puro.

Con referencia al daño moral de carácter objetivo, dentro del caso en referencia existe, pues la actora pierde toda fuente de ingresos por el actuar ilegítimo del

⁷ Demanda que por daño moral presenta la actora el 9 de enero del 2018 en contra de su ex empleador, que se encuentra a fojas 19:



demandado, para este daño es posible la satisfacción, porque esos rubros se pueden calcular.

El daño moral subjetivo se encuentra latente en el caso en referencia, puesto existe un evidente agravio en la integridad psicológica de la actora que fue demostrado por las pruebas aportadas dentro del proceso, pero este daño debe ser compensado, a consecuencia de que estos daños no pueden ser satisfechos, pero sería peor dejarlos en la impunidad.

4.3 Análisis de la decisión final adoptada dentro del proceso

En las resoluciones emitidas en primer y segunda instancia, no existe un análisis correcto del problema jurídico dentro del tema; esto es si el despido intempestivo puede generar responsabilidad civil, pues establecen que no procede una indemnización adicional por daño moral en la terminación del contrato de trabajo, basándose solamente en que esto atentaría contra los derechos de los empleadores, pues nadie podría despedir a sus empleados.

Tampoco se preocupan mucho de motivar sus resoluciones, que es un requisito fundamental para su validez, la corte constitucional consagra tres principios que encarnan la motivación como son la comprensibilidad, la lógica y la razonabilidad.

La *razonabilidad* implica que la decisión se encuentre justificada con normas legales y constitucionales pertinentes en el caso concreto, la *comprensibilidad*; implica que las decisiones deben ser elaboradas en un lenguaje claro que puede ser asimilado no solo por las partes sino por toda la sociedad y la *lógica*;



implica que las decisiones deben estar debidamente estructuradas y tener coherencia entre las premisas que conllevan a la decisión final.

4.3.1 Primera instancia

La motivación de las sentencias no es la simple enunciación de normas y conceptos jurídicos sino también establecer su pertinencia en el caso, la resolución del juez simplemente se limita a citar obras de varios autores y normas jurídicas pero no establece cual es la pertinencia en caso, además, existe una indebida aplicación de normas legales, a consecuencia de que el juzgador al hacer referencia a la culpa, cita como regla general al artículo 1563 del Código Civil que establece un efecto de los contratos que son la principal fuente de las obligaciones en donde se admite una graduación de la culpa, principio ajeno totalmente al tema.

El artículo 1563 nada tiene que ver en el problema jurídico, como se estableció anteriormente si bien es cierto el acto ilícito tiene como origen la relación laboral, pero esta obligación debe ser tratada como una obligación civil extracontractual, el artículo en mención es una regla de las obligaciones contractuales.

El juzgador concluye, que la parte actora solo demostró la existencia del daño, pero esto no es suficiente puesto que se debe acreditar todos los elementos de la responsabilidad civil subjetiva.

4.3.2 Segunda instancia

Con referencia a la motivación del fallo, la sentencia de la Corte Provincial de Justicia no se encuentra fundamentada en ninguna norma de derecho,



simplemente se limita a citar determinados autores que hacen referencia al daño moral, además el tribunal en determinados pasajes del fallo hace referencia a una de las fuentes de las obligaciones como es el abuso del derecho que nada tiene que ver con la demanda presentada por la parte actora, sosteniendo:

“El Tribunal no encuentra que el acto de despido ejercido por su empleador, cumpla con ninguno de esos requisitos que configuran el abuso de poder en el ejercicio de su derecho”.⁸

Podemos evidenciar que en el fallo no existe lógica, esto es que la resolución no está debidamente estructurada no hay armonía entre las premisas y la conclusión, el juzgador empieza haciendo referencia al abuso del derecho y termina con una pregunta:

“Lo que generó dudas a este Tribunal en su primer momento, es determinar si el activar una acción legal en el campo laboral, puede ocasionar daño moral en el campo civil”.⁹

Pero podemos observar que el tribunal claramente tomo una posición frente al problema jurídico (si procede o no el daño moral en la terminación unilateral del contrato de trabajo), afirmando:

“...el ejercicio de un derecho laboral normado en el Código de Trabajo, no puede causar daño moral en el campo civil, de lo contrario estaríamos en el supuesto que todos los trabajadores que sean

⁸ Considerando 11 de la Sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia del Azuay el 31 de octubre del 2018, en el caso número 01333-2018-00138

⁹ Parte del considerando 11 de la Sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia del Azuay el 31 de octubre del 2018, en el caso número 01333-2018-00138



despedidos que sufran de una enfermedad catastrófica no pueden ser despedidos y si son despedidos se les ha causado un daño moral, y la jurisprudencia nacional no va por allá.”¹⁰

4.3.3 Recurso de Casación

La Corte Nacional de Justicia, casa la sentencia, considerando que no existe una verdadera motivación en la decisión de la Corte Provincial del Azuay, en el considerando cuarto, a fojas 24 la Corte considera:

“...este Tribunal encuentra, que si bien aquella cumple con señalar los hechos del proceso y decidir sobre el fondo del asunto, en cumplimiento a lo previsto en los numerales 6 y 8 del artículo 95 del Código Orgánico General de Procesos, lo hace a través de una redacción que no explica los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de la prueba, como a la interpretación y aplicación del derecho, constituyéndose en una sentencia de difícil comprensión, que obliga a este tribunal a aceptar el cargo de falta de motivación...”

Por este motivo la Corte Casa la sentencia, la sentencia emitida por la Corte Nacional cumple con los tres requisitos de la motivación esto la comprensibilidad; a consecuencia de que el lenguaje utilizado es sencillo y de fácil comprensión, razonabilidad; puesto que cita varias normas legales citando además a la ex Corte Suprema de Justicia con respecto al daño moral y sus elementos, la lógica; puesto que existe una suerte de empate entre las premisas que le llevan a la conclusión.

¹⁰ Sentencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en el caso número 01333-2018-00138



Pero la Corte Nacional si toma en consideración el Problema Jurídico del caso, en su sentencia emitida el 7 de mayo del 2019, a fojas 26, se referirse a indemnización tarifada legal en el Código de Trabajo dice:

“...indemnizaciones estas tarifadas provenientes de la irregular terminación de la relación contractual laboral, que toman en consideración el conjunto de daños posibles, y a los que no corresponde indemnización civil por daño moral...”

Considerando además que si procede una indemnización por daño moral, en la terminación unilateral del contrato de trabajo, cuando existen actos que sobrepasan los límites contractuales convirtiéndose en un ilícito civil, la sentencia dictada por la Corte Nacional de Justicia el 7 de mayo del 2019 en el considerando 14, a fojas 26 en su parte final sostiene:

“La indemnización civil por daño moral, a criterio de este tribunal solo procedería cuando más allá de los límites del ámbito contractual, la actuación del empleador en el despido, configure conductas que independientes del vínculo constituyen un tipo delictual, cuasi delictual o un ilícito civil, que lesiona la integridad personal, la intimidad, la honra, la reputación, o la imagen, en menoscabo de la dignidad personal del trabajador; supuestos fácticos no alegados ni probados en este caso...”

4.4 Entrevistas a doctores afines a la materia

Para mayor entendimiento sobre el tema, nos vimos en la necesidad de obtener puntos de vista de dos doctores expertos en el área laboral y civil, el doctor Fernando Gonzales experto en el área laboral y el doctor Juan Pacheco



Juez Civil de la Corte Provincial de Justicia, fueron entrevistados de acuerdo a las preguntas previamente estructuradas, respuestas que se adjuntan en el anexo del trabajo.

En la entrevista al doctor Fernando Gonzales, su punto de vista al tema jurídico “el daño moral causado por el despido intempestivo”, se alineó a la primera teoría expuesta en líneas anteriores en el presente trabajo, pues considera que si puede existir responsabilidad civil indemnizatoria por la terminación unilateral del contrato de trabajo.

En lo medular el doctor considera, que si puede existir un agravio de carácter moral dependiendo las circunstancias del despido intempestivo, pues, pueden existir ciertos hechos jurídicos que no son efectos del contrato de trabajo perse, provocando daños de naturaleza moral, que deben ser ventilados en el Juez Civil.

Considera además que las indemnizaciones establecidas en el Código de Trabajo son consecuencia de la violación del deber de estabilidad laboral, pero pueden existir hechos que provocan daños de carácter moral obligando al empleador responder por dicho daño, pues la indemnización tarifada legal no abarca una reparación integral.

Pero el daño moral, no debe ser reconocido en toda terminación del contrato de trabajo, esta indemnización adicional debe ser excepcional, debiendo recordar que para que se configure el daño moral debe cumplir ciertos supuestos establecidos en el Código Civil.



El punto de vista del Doctor Juan Pacheco, sobre el tema jurídico “el daño moral causado por el despido intempestivo”, se alineó a la segunda teoría expuesta en líneas anteriores en el presente trabajo, pues considera que no puede existir responsabilidad civil indemnizatoria por la terminación unilateral del contrato de trabajo.

En lo medular el doctor Pacheco considera, que el ejercicio de un derecho establecido en el Código de Trabajo, no puede causar daño moral en el campo civil, si esto fuera así, estaríamos en el supuesto que todos los trabajadores que sufran de una enfermedad catastrófica no pudieran ser despedidos y si son despedidos se les ha causado un daño moral y la jurisprudencia nacional no considera eso.



CONCLUSIONES

Luego de haber realizado el presente análisis se ha podido evidenciar varios particulares alrededor del tema:

- En nuestro país no existe legislación especial que regule el problema jurídico planteado, esto nos lleva a utilizar principios que establece en Código Civil.
- El resultado de tal menoscabo se ve reflejado no solo en cualidades morales sino que violenta derechos reconocidos en la constitución como es la integridad psicológica.
- Debemos considerar que el Derecho de Trabajo es un derecho eminentemente social, que tiene como objetivo proteger a una parte de la sociedad que está en subordinación frente a los empleadores, este carácter social debe ser fundamento para el reconocimiento de la reparación integral al trabajador.
- Si bien es cierto, la terminación unilateral del contrato de trabajo es una facultad conferida por la ley al empleador, que lleva consigo la obligación de pagar una indemnización tarifada legal, pero esta indemnización es solo por violentar el derecho a la estabilidad laboral, aquí no se calcula la totalidad de daños que puede generar este acto.
- En la terminación unilateral del contrato de trabajo pueden existir actos generadores de responsabilidad civil que causen daños que nos cuantificados en la indemnización tarifada legal, convirtiéndose en un ilícito civil.



- La indemnización tarifada legal es cancelada sin la necesidad de demostrar que haya actuado con dolo o culpa, pero la indemnización adicional que se da cuando el empleador realiza actos que rebasan la relación laboral pudiendo estos generar responsabilidad civil, aquí se debe demostrar el factor culpa y todos los elementos de la responsabilidad civil subjetiva.
- Si bien es cierto partimos de la existencia de un contrato de trabajo, pero el reconocimiento del daño moral en la relación laboral, debe ser tratado como una responsabilidad civil extracontractual, puesto que se debe demostrar elementos como el hecho, daño, la culpa y el nexo causal.
- La responsabilidad civil en la relación laboral no deben ser tratada como responsabilidad contractual, pues esto conlleva a que la culpa se presuma y esto llevaría a arbitrariedades, ya que todos los trabajadores abusarían de esta figura.
- Del trabajo de investigación hemos concluido que es procedente la responsabilidad civil en el ámbito laboral, puesto que caeríamos en la arbitrariedad al no reconocer los verdaderos daños provocados por una conducta arbitraria a título de que ya se canceló la indemnización tarifada legal.
- Debemos recalcar que no todo despido intempestivo puede generar responsabilidad civil, si esto fuera así se atentaría contra la seguridad Jurídica, libertad de contratación y ningún empleador desvinculara a sus trabajadores, la indemnización adicional por daño moral solo cabe cuando existen actos que rebasan los límites contractuales y su motivación sea antijurídica



ANEXOS

Respuestas del doctor Fernando Gonzales

- **¿Considera usted que, puede existir responsabilidad civil indemnizatoria en el despido discriminatorio?**

Sí, pero depende de las circunstancias.

- **La indemnización tarifada legal establecida en el Código de Trabajo, por despido intempestivo ¿abarca todos los daños posibles, tanto materiales como morales?**

No, porque las indemnizaciones establecidas en el código de trabajo son exclusivamente relacionadas con el área laboral, lo que el legislador ha hecho es tasar el monto cuando una persona es agraviada estabilidad laboral, además el Código de Trabajo ha previsto otras circunstancias que agravan el monto indemnizatorio, cuando hay discriminación, mujer embarazada si ella no decide el reintegro, a mi juicio ese monto solo es relacionado en el ámbito laboral.

- **¿El despido intempestivo discriminatorio, puede generar responsabilidad civil indemnizatoria provocando daños de carácter moral?**

Pero no queda duda que un acto u omisión de las personas puede traer daños morales dependiendo de las circunstancias, por lo cual el despido eventualmente puede provocar daño moral, pudiendo ser fuente de indemnizaciones por daño moral ante el juez civil, porque es un acto que



provoca daño moral dentro de una relación laboral, pero deben ser ventiladas en el área civil.

- **¿El despido intempestivo por discriminación, puede enmarcarse en una fuente de obligación?**

Si, por lo que tengo dicho, por las mismas reglas de los daños

- **¿Cuáles deben ser las características para determinar la procedencia del daño moral en el despido intempestivo o debe ser reconocido en toda terminación del contrato de trabajo?**

No necesariamente, porque para que exista daño moral debe cumplir ciertos requisitos como: el daño, nexos causal, un acto culposos o doloso dependiendo la naturaleza.

Depende las circunstancias del mismo, por ejemplo en este caso si existe daño moral, una señora durante toda su vida se desempeñó en la banca, fue cajera, luego jefa de crédito, luego ejerció un cargo muy alto en la banca, una persona muy reconocida en el círculo de los bancos, a la señora le da cáncer, el empleador le despide y al mismo día que le despide había un asamblea de altos ejecutivos de los bancos y el empleador dice en la asamblea “compañeros con toda la pena tenemos que contar que la empresa decidió terminar la relación laboral con Juanita, es una pena pero ella está con cáncer y como ustedes saben en las instituciones es muy fuerte la carga laboral, hemos procedido a indemnizar conforme al Código de Trabajo, les hacemos saber para que ya no cuenten con ella, puesto que



todos los clientes que ella manejaba serán próximamente contactados por nuestros asesores.

Aquí el empleador comete un grave hecho que es difundir el estado de salud, de contar a todo público que ya no trabaja e insistir que ya no cuenten con ella en ninguna relación, aquí hay daño moral, pues hay enfermedades que tienen una fuerte carga social, las personas le tienen pena, sus amigos le dejan de invitar a fiestas por la pena, en estas circunstancias existe un daño de carácter moral que debe ser indemnizado además de las indemnizaciones correspondientes por despido.

- **Si existiera responsabilidad civil indemnizatoria en la relación laboral ¿debe ser tratada como responsabilidad civil contractual o extracontractual?**

Yo creo que extracontractual, no es una consecuencia del contrato de trabajo per se, las consecuencias indemnizatorias del contrato de trabajo ya sea verbal, tacita o escrita están establecidas en el Código de Trabajo, las obligaciones morales no son consecuencia del contrato como tal sino de las circunstancias que eventualmente se dio como el caso contado.

- **¿Cómo considera que debe ser tramitado la indemnización adicional por daño moral, dentro del proceso laboral por despido intempestivo o un proceso independiente en el ámbito civil?**

Debe ventilarse en el ámbito civil, porque no es como consecuencia del contrato de trabajo, además existe norma expresa por el Código Civil, sobre la autonomía del daño.



Respuestas del Doctor Juan Pacheco

- **¿Considera usted que, puede existir responsabilidad civil indemnizatoria en el despido discriminatorio?**

Cuando hablamos de discriminación, nos referimos a un componente constitucional, estamos violando al principio de igualdad, damos aquí contenido a la norma.

- **La indemnización tarifada legal establecida en el Código de Trabajo, por despido intempestivo ¿abarca todos los daños posibles, tanto materiales como morales?**
- **¿El despido intempestivo, puede generar responsabilidad civil indemnizatoria provocando daños de carácter moral?**

La ley faculta al empleador despedir al trabajador que quiera, porque en nuestro régimen legal no está prohibido el despido solo está sancionado con las respectivas indemnizaciones y aquí se termina toda relación, de lo contrario todo despido causara daño moral.

Claro que el despido causa aflicciones físicas y psíquicas, porque afecta al proyecto de vida, pero no es indemnizable.

Pero pueden existir ciertos hecho, puede generar indemnizaciones extracontractuales, por ejemplo a más de despedirle le humillan, aquí puede entrar en trato abusivo, es decir la responsabilidad civil en el ámbito laboral puede existir de manera excepcional.



- **¿El despido intempestivo por discriminación, puede enmarcarse en una fuente de obligación?**

Si, por lo expuesto.

- **¿Cuáles deben ser las características para determinar la procedencia del daño moral en el despido intempestivo o debe ser reconocido en toda terminación del contrato de trabajo?**

No son características, debe cumplir los requisitos que establece la ley, si estos requisitos se cumplen se debe reconocer el daño, sea despedido o no sea despedido.

- **Si existiera responsabilidad civil indemnizatoria en la relación laboral ¿debe ser tratada como responsabilidad civil contractual o extracontractual?**

Yo creo que extracontractual, porque no es un efecto del contrato de trabajo, por ejemplo que tiene que ver el representante legal de una empresa si el mando medio le empuja o humilla, porque el empleador le ordeno que de por terminado el contrato de trabajo no que le cause ese daño.

- **¿Cómo considera que debe ser tramitado la indemnización adicional por daño moral, dentro del proceso laboral por despido intempestivo o un proceso independiente en el ámbito civil?**

Aquí no existe una indemnización adicional, la indemnización es autónoma, independiente de toda relación.



BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIA LEGAL

- ABARCA, L. (1996).
- AGUIAR, H. D. (1951). *Hechos y Actos Jurídicos*. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina.
- ALEJANDRO, M. C. (1997). *DESPIDO INDIRECTO E INDEMNIZACIONES DE DAÑO SUPERIOR A LA TARIFADA*. MONTEVIDEO: REVISTA DE DERECHO LABORAL.
- ALONSO, B. B. (2015). *Daño Moral y su Cuantificación*. Obtenido de <http://www.juridicas.unam.mx>
- ALONSO, B. B. (2015). *EL DAÑO MORAL Y SU CUANTIFICACIÓN* . Obtenido de <http://www.juridicas.unam.mx>
- ANTONIO, V. V. (1999). *DERECHO DE TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL* . BUENOS AIRES : AZTREA .
- BOTERO, E. (2014). *La Constitucionalización del Derecho de Daños* . Bogotá: Temis S.A.
- CABANELLAS, G. (s.f.). *Diccionario de Derecho Usual* . Buenos Aires : Editorial Heliasta. S.R.L.
- CAMACHO, J. C. (1979). *Obligaciones* . Pontificia Universidad Javeriana, Tercera Edición. .
- CLAUDIO, C. (2009). *La Responsabilidad Civil Extracontractual* . Santiaio de Chile : Parlamento .
- FALCONI, J. G. (2005). *PARTE PRACTICA DEL JUICIO POR ACCIÓN DE DAÑO MORAL Y FORMA DE CUANTIFICAR SU REPARACION* . QUITO : RODIN .
- FERNANDO, F. L. (1990). *INSTITUCIONES DEL DERECHO MODERNO* . CHILE : EDITORIAL JURIDICA DE CHILE .
- FRUGOLÍ, M. A. (2015). *DAÑO: CONCEPTOS, CLASIFICACIONES Y AUTONOMIAS. EL PUNTO UNANIMEMENTE COINCIDENTE. RESARCIMEINTO* . BUENOS AIRES .
- GARCIA, J. (2005). *Parte Practica del Juicio por Acción de Daño Moral y su Forma de Cuantificar su Reparación*. Quito.
- GONZALES, S. M. (1990). *EL DAÑO MORAL*. BOGOTA.
- GREZ, P. R. (1999). *Responsabilidad Extracontractual* . Santiago de Chile : Editorial Jurídica de Chile .



- ITURRASPE, M. (1982). *RESPONSABILIDAD POR DATOS*. BUENOS AIRES : ADIAR .
- JAVIER, T. J. (2007). *TRATADO DE RESPONSABILIDAD CIVIL* . BOGOTA : LEGIS.
- JORGE, B. A. (1994). *RESPONSABILIDAD CIVIL* .
- MATILDE, Z. G. (1996). *RESARCIMIENTO DE DAÑOS* . BUENOS AIRES : HAMMURABI.
- MAZEAUD, H. (2012). *ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL*. SANTIAGO DE CHILE: PARLAMENTO LTDA.
- MENDOZA, L. A. (2014). *ACCIÓN CIVIL DEL DAÑO MORAL* . MEXICO : UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO .
- MORENO, C. C. (2009). *La Responsabilidad Civil Extracontractual*. Santiago de Chile : Editorial Parlamento LTDA.
- PALLARES, J. E. (2011). *EL DAÑO MORAL* . QUITO .
- PARODI, F. O. (2009). *REFLECCIONES SOBRE ACTOS DISCRIMINATORIOS* .
- PUMPIDO, C. (1994). *RESPONSABILIDAD CIVIL Y ADMINISTRATIVA POR EL DAÑO AMBIENTAL* .
- RAYMUNDO, S. (1946). *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Buenos Aires : La Ley BS.
- ROBERTO, S. A. (2001). *DERECHOS DE LAS OBLIGACIONES* . MEXICO : MCGRAW-HILL.
- RODRIGUEZ, P. (1986). *DAÑO MORAL* .
- ROMERO, G. B. (2000). *ELEMENTOS DEL DAÑO MORAL* . QUITO: EDINO.
- RUBEN, M. S. (2010). *EL DAÑO* . ECUADOR : EDILEX.
- SALTO, P. D. (2015). *EL DAÑO RESARCIBLE EN LA RESPONSABILIDAD DEL ABOGADO* . Obtenido de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/83/el-dano-resarcible-en-la-responsabilidad-del-abogado.pdf>
- SALVAT, R. (1946). *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Buenos Aires: Editorial ley BS.
- SALVAT, R. (1946). *TRATADO DE DERECHO CIVIL ARGENTINO*. BUENOS AIRES: LEY BS.



SALVAT, R. M. (1946). *TRATAD DE DERECHO CIVIL ARGENTINO*. BUENOS AIRES: LA LEY BS.

TOLSADA, I. (2001). *Sistemas de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*. Madrid-España: Dykinson.

VASQUEZ, R. (1993). *RESPONSABILIDAD POR DAÑOS* . BUENOS AIRES : EDICIONES DE PALMA .

ZANNONI, E. A. (1987). *EL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL*. BUNOS AIRES: ASTREA DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA.

Referencia Legal

Código Civil del Ecuador. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 46 el 24 de junio del 2005

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009), 22 de octubre de 2009, Registro Oficial Suplemento 52.

Constitución de la República del Ecuador (2008), 20 de octubre de 2008, Registro Oficial No. 449.