

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

**DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL  
TÍTULO DE LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS**

**“DAÑO MORAL DERIVADO DEL  
INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL”**

**María Belén Ayala Pozo**

**Director Ab. Edgar Ulloa Balladares**

**Quito, Abril 2013**

*A mis padres por ser mi ejemplo de vida, por su amor, ayuda y apoyo incondicional.*  
*A Carolina, Matías, Stephanie y Patricio José, por ser mi principal motivación y por creer*  
*siempre en mí*  
*A Edgar por su acertada guía y conocimientos.*

## ABSTRACT

La presente disertación analiza el instituto del daño moral dentro de la responsabilidad civil o, en la acepción moderna, del Derecho de Daños, planteando como posible causa eficiente para originarlo el incumplimiento de obligaciones contractuales, en contraposición a la fuente usual de daño moral constituida por los hechos ilícitos, específicamente delitos y cuasidelitos civiles.

Dentro del derecho de daños, el instituto del daño moral ha sido parte de un proceso de constante evolución, en cuya etapa inicial no se lo consideró como un perjuicio indemnizable, posición que ha sido superada actualmente, para dar paso a la indemnización por este perjuicio, abarcando cada vez más supuestos.

Sin embargo, los países sudamericanos que adoptaron el Code francés, como Chile, Perú, Argentina, si bien aceptan cabalmente la indemnización de daño moral que tenga su origen en delitos o cuasidelitos civiles, mostraron a principios de siglo ciertos reparos aceptando la posibilidad de reparar el referido perjuicio si es causado en el marco de una obligación contractual previamente asumida. Al pasar los años, se superó esa postura inicial, dando paso en muchos casos incluso a la reforma de la legislación civil, como en el caso de Perú y Argentina, para reconocer expresamente el incumplimiento contractual como fuente de daño moral indemnizable.

A pesar de la evolución que ha tenido el instituto del daño moral a nivel de Sudamérica y Europa, en Ecuador no se ha adoptado una posición jurisprudencial clara en cuanto al tratamiento de dicho perjuicio en los casos de obligaciones contractuales, debido en gran parte a la falta de normativa expresa al respecto, que sin embargo no constituye un problema insuperable.

Así las cosas, se hace indispensable analizar la procedencia de la indemnización por daño moral contractual, tomando en cuenta el principio de reparación integral del daño y estableciendo una solución orientada a indemnizar plenamente a la persona que soporta un daño injusto, con independencia de la fuente del referido perjuicio.

## ÍNDICE

<b>Introducción .....</b>	<b>1</b>
<b>Capítulo I – El daño moral dentro del derecho de daños .....</b>	<b>4</b>
<b>1.1. Elementos de la responsabilidad civil.....</b>	<b>4</b>
1.1.1. Daño real .....	5
1.1.2. Antijuridicidad.....	5
1.1.3. Nexo causal .....	6
1.1.4. Factores de atribución de la responsabilidad .....	8
1.1.4.1. Responsabilidad subjetiva.....	8
1.1.4.2. Responsabilidad subjetiva con reversión de carga probatoria .....	9
1.1.4.3. Responsabilidad objetiva .....	9
1.1.4.3.1. Causas de exclusión de responsabilidad objetiva .....	11
<b>1.2. Clasificación del daño .....</b>	<b>12</b>
1.2.1. Daño patrimonial o material .....	12
1.2.1.1. Daño emergente .....	13
1.2.1.2. Lucro cesante .....	13
1.2.2. Daños extra patrimoniales .....	14
1.2.2.1. Daños corporales.....	15
1.2.2.2. Daño fisiológico.....	15
1.2.2.3. Daño biológico .....	16
1.2.2.4. Daño estético .....	16
1.2.2.5. Daño psíquico .....	17
1.2.2.6. Daño al proyecto de vida.....	18
<b>1.3. Daño moral: naturaleza jurídica del daño indemnizable y reparación .....</b>	<b>19</b>
1.3.1. Definición .....	21
1.3.2. Caracteres del daño moral indemnizable .....	23
1.3.2.1. Certeza o certidumbre.....	23
1.3.2.2. Interés propio .....	24
1.3.2.3. Cuantificable .....	24
1.3.3. Formas de reparación del daño moral.....	25
1.3.3.1. Reparación in natura o en especie .....	26
1.3.3.2. Reparación por equivalente pecuniario .....	27
1.3.3.3. Reparación por equivalente no pecuniario .....	28
1.3.3.4. Cuantificación .....	29
<b>Capítulo II – Fuentes (origen) del daño moral.....</b>	<b>32</b>
<b>2.1. Acto ilícito extracontractual (delito o cuasidelito).....</b>	<b>32</b>

<b>2.2. Incumplimiento contractual .....</b>	<b>35</b>
<b>2.3. Teorías de unificación de la responsabilidad .....</b>	<b>36</b>
2.3.1. Relación de causalidad en las teorías de unificación de la responsabilidad .....	39
<b>2.4. Teorías en contra de la unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual.....</b>	<b>42</b>
2.4.1. Doctrina en contra de la indemnización de daño moral contractual.....	43
<b>2.5. Tratamiento del daño moral contractual en el Derecho comparado .....</b>	<b>45</b>
2.5.1. Argentina .....	45
2.5.2. España .....	48
2.5.3. Chile .....	53
2.5.4. Perú.....	58
<b>Capítulo III – Daño moral contractual en el marco del ordenamiento jurídico ecuatoriano.....</b>	<b>61</b>
<b>3.1. Tratamiento del daño moral .....</b>	<b>62</b>
<b>3.2. Argumentos que sustentan el daño moral por incumplimiento contractual .....</b>	<b>66</b>
3.2.1. Derecho a la integridad personal .....	66
3.2.2. Principio de cumplimiento de buena fe de los contratos.....	66
3.2.3. Cláusula penal .....	67
3.2.4. Patrimonialidad de la prestación o del interés del acreedor.....	68
3.2.5. Contenido del contrato .....	69
<b>3.3. Análisis de algunos contratos en particular, que darían lugar al daño moral contractual .....</b>	<b>71</b>
3.3.1. Contrato de servicios: Antecedente arbitral.....	71
3.3.1.1. Caso 003-07.Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito	71
3.3.2. Contrato de compraventa: Antecedente jurisprudencial .....	73
3.3.3. Contrato de transporte .....	75
3.3.4. Accidentes de Trabajo, derivados de una relación laboral .....	78
3.3.1. Contrato relativo a derechos de autor .....	83
<b>Capítulo IV – Conclusiones y Recomendaciones .....</b>	<b>87</b>
<b>4.1. Conclusiones .....</b>	<b>87</b>
<b>4.2. Recomendaciones .....</b>	<b>89</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>91</b>

## INTRODUCCIÓN

El Derecho de Daños se encarga de regular la obligación de indemnizar a la persona que soporta un daño injusto causado por la conducta antijurídica de un tercero, a quien se le imputa el referido perjuicio en virtud de alguno de los factores de atribución de la responsabilidad.

El daño injusto que soporta el damnificado puede ser, de manera muy general, patrimonial si afecta de forma directa los bienes materiales de la persona, o extra patrimonial si se ve disminuido el denominado “patrimonio moral” del individuo.<sup>1</sup> En este punto, tiene un rol de innegable importancia la institución del daño moral, entendido como todo perjuicio que afecta la subjetividad del ser humano, que se manifiesta en dolor, alteración psicológica, humillación, padecimiento, y en general, una disminución de una entidad considerable en el estado anímico posterior al acaecimiento del hecho ilícito que lo origina.<sup>2</sup>

Sin embargo, no todo daño injusto es indemnizable, en el plano del daño moral, sino sólo aquel cuya existencia es cierta y que cuente con una magnitud considerable, pues las simples molestias no dan lugar a reparación por daño moral.<sup>3</sup>

En cuanto a la fuente u origen del daño moral se admite sin discusión a nivel doctrinario<sup>4</sup> que encuentra su causa tanto en un ilícito extracontractual, como el delito o cuasidelito, o en el incumplimiento contractual<sup>5</sup>. Incluso las legislaciones más modernas<sup>6</sup> reconocen igual categoría a ambas fuentes de manera expresa, como consecuencia del pensamiento

---

<sup>1</sup> Cfr. MACÍAS, Agustín. El daño causado por el ruido y otras inmisiones. Editorial La Ley. Madrid España 2004 Pág. 287.

<sup>2</sup> Cfr. GALDOS, Jorge. Artículo Nuevos daños a la persona en la sociedad de riesgo en Edición homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe. Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Argentina 2005. Pág. 160

<sup>3</sup> Cfr. BORDA, Alejandro. Ponencia sobre daño moral en Seminario de Daño Moral abril 2010. Quito, Ecuador.

<sup>4</sup> Doctrinarios argentinos: Eduardo Zanoni, Mosset Iturraspe, Aída Kemelmajer de Carlucci. Doctrinarios españoles: Mariano Yzquierdo Tolsada, Manuel Albaladejo, Luis Diez Picaso y Ponce de León. Doctrinarios chilenos: Leslie Tomasselo Hart, Carmen Domínguez. Doctrina peruana de Fernando de Trazegnies.

<sup>5</sup> Cfr. MEDINA, María. La culpa de la víctima en el daño extracontractual. Editorial Dykinson. Madrid 2003. Pág. 43 y siguientes.

<sup>6</sup> Art. 522 del Código Civil argentino y Art. 1322 del Código Civil Peruano.

doctrinario<sup>7</sup> que sostiene la unificación de la responsabilidad civil, priorizando la indemnización del daño moral con independencia de su génesis.

La referida posición doctrinaria a favor de la indemnización del daño moral con independencia de la fuente que lo origine, que en ciertos países como Perú y Argentina ha sido reconocida expresamente por la legislación civil, encuentra su fundamento en la interrogante planteada en el sentido de que no sería justo que el daño moral sea indemnizable únicamente si al agente que lo causa y un tercero denominado damnificado o víctima no les une vínculo contractual alguno, mientras que se negaría la indemnización por daño moral si entre las mismas dos personas existía una relación contractual previamente establecida.

Es así que en derecho comparado se puede identificar tres grupos de ordenamientos jurídicos: (i) en primer lugar aquellos que de manera expresa reconocen el daño moral ocasionado por incumplimiento contractual, como sucede en países como Argentina, Chile y Perú; (ii) un segundo grupo cuyas legislaciones civiles son altamente restrictivas en cuanto a la enumeración taxativa de los supuestos en los que cabe la indemnización de daño moral contractual, como el caso de Italia y Alemania, y finalmente está (iii) el grupo de ordenamientos jurídicos que no prohíben de forma expresa el daño moral contractual, pero cuyos tribunales han encontrado una vía para otorgar la indemnización por daño moral derivado de incumplimiento de obligaciones contractuales priorizando la justicia.

Dado que nuestro Código Civil, al igual que el de Perú, España, Argentina, Colombia y Chile, tiene su origen en el *Code* francés, se hace necesario analizar la evolución que ha tenido la institución del daño moral en los mencionados países, pues se entendería que al tener el mismo grupo de normas civiles, el tratamiento no debería ser disímil en uno y otro ordenamiento jurídico, tomando el precedente que Francia en la actualidad acepta como daño moral indemnizable el derivado de incumplimiento contractual.

Así las cosas, es procedente analizar el tratamiento que se da a esta importante institución en nuestro país, donde son pocos los estudios doctrinales dedicados al tema

---

<sup>7</sup> Al respecto, ITURRASPE, Mosset. Responsabilidad por daños, DOMÍNGUEZ, Carmen. El daño moral

del daño moral derivado de incumplimiento contractual, no así los relacionados al daño moral en los casos en que se origine por ilícito extracontractual, particular sobre el cual incluso existen fallos de triple reiteración de la Corte Nacional de Justicia en un sentido favorable, y cuya procedencia no está en discusión, posición que va a la par con el estado actual de desarrollo del derecho de daños tanto en América como en Europa.

La discusión se plantea en torno a la procedencia de la acción por indemnización de daño moral por incumplimiento de obligaciones contractuales, toda vez que la ubicación en el Código Civil ecuatoriano de las normas relativas a la institución del daño moral están en el Libro IV Título XXXIII que trata de los delitos y cuasidelitos, no así en la parte relativa a obligaciones contraídas por contrato.

Sin embargo, se analiza de igual forma en la presente disertación la postura a favor y los posibles argumentos que podrían justificar la procedencia del daño moral originado en inejecución de obligaciones contractuales, tomando como referencia el estado de desarrollo tanto del derecho de daños como de la institución del daño moral a nivel de Sudamérica y Europa, especialmente de aquellos códigos que como el ecuatoriano tienen su origen en el denominado código napoleónico.

La institución del daño moral no es exclusiva de alguna clase de contrato en especial, sin embargo en el marco de ciertos tipos de contrato como el de transporte, el de trabajo, servicios médicos o derechos de autor, por nombrar algunos, son más propicios por su naturaleza para que su incumplimiento ocasione daño moral al acreedor o damnificado, por cuanto su objeto en la mayoría de los casos está relacionado directamente con derechos personalísimos del ser humano.

Es justamente en garantía de la vigencia de esos derechos personalísimos así como del derecho a la integridad física, psíquica y moral del ser humano, que el moderno Derecho de Daños propugna la viabilidad de la indemnización a causa de daño moral en el marco de obligaciones contractuales, priorizando el derecho de la víctima a quedar indemne y principalmente en observancia del principio de reparación integral del daño.

# CAPITULO I. EL DAÑO MORAL, DENTRO DEL DERECHO DE DAÑOS

## 1.1 Elementos responsabilidad civil

Una primera precisión terminológica como consecuencia de los distintos movimientos del pensamiento filosófico que tuvieron lugar a partir de mediados del siglo XIX hasta la actualidad, propenden abandonar el clásico concepto de responsabilidad civil, pasando a denominarlo Derecho de Daños, entendido como el conjunto de normas que reglamentan la responsabilidad derivada de un evento dañino exclusivamente en el campo civil.<sup>8</sup>

Es así que se dejan de lado varios conceptos que hasta hace algunos años constituían verdades irrefutables, como por ejemplo la culpa como único factor de atribución de responsabilidad, la importancia del agente dañador como centro del sistema de responsabilidad subjetivista, o el requisito de ilicitud, para dar paso al resarcimiento del daño como eje material del moderno Derecho de Daños.<sup>9</sup>

El derecho de daños se encarga de regular la obligación de indemnizar que recae sobre el individuo que causó un daño injusto a otro, en virtud de un grado determinado de responsabilidad por su acción u omisión. La mencionada obligación al ser de carácter dinerario y por cumplir una función reparadora, no puede constituirse en objeto de lucro a favor de la víctima del evento dañoso.<sup>10</sup>

La responsabilidad civil opera cuando se verifican cuatro elementos: (i) daño real, (ii) antijuridicidad, (iii) nexo de causalidad adecuado y (iv) factores de atribución de responsabilidad subjetivos u objetivos.<sup>11</sup> Es así que *“...se entiende por elementos de la responsabilidad aquellas circunstancias o condiciones de existencia normalmente*

---

<sup>8</sup> Cfr. MEDINA, María. La culpa de la víctima en el daño extracontractual. Editorial Dykinson. Madrid 2003. Pág. 36 y 37.

<sup>9</sup> *Ibidem*, Pág. 42

<sup>10</sup> Cfr. ZANNONI, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. Editorial Astrea. Buenos Aires 1993. Pág. 115.

<sup>11</sup> Apuntes de cátedra. Profesora María Medina Alcoz. Tema: Elementos de la responsabilidad civil: relación de causalidad, causalidad fáctica e imputación objetiva. Curso de Derecho de Daños. Escuela de Verano de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, España. Agosto 2011.

necesarias y suficientes para configurar el nacimiento, en un caso dado, de la obligación de reparar, que es la base de la responsabilidad”.<sup>12</sup>

### 1.1.1 Daño real

El daño se entiende, de acuerdo con Zanoni, como “*el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio*”.<sup>13</sup> Al referirse a un acaecimiento o evento determinado el autor señala una conducta humana o dependiente en cierta medida de su voluntad, excluyendo así los hechos naturales.

En la misma línea se ha pronunciado la Corte Nacional de Justicia en varias de sus sentencias al definir el daño como “*todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc. El daño supone la destrucción o disminución, por insignificantes que sean, de las ventajas o beneficios patrimoniales o extra patrimoniales de que goza un individuo.*”<sup>14</sup>

Además, ese daño debe cumplir ciertas características para constituirse en supuesto de la responsabilidad civil, esto es, debe ser cierto, efectivo, subsistente, e importar un interés legítimo para quien lo reclama.<sup>15</sup>

### 1.1.2 Antijuridicidad.

Como segundo supuesto de la responsabilidad civil está la antijuridicidad. Sobre este tema el profesor Diez- Picazo realiza una válida puntualización al sostener que “*la responsabilidad puede surgir de hechos que en sí mismos considerados sean lícitos. [...] Por consiguiente el problema no estriba en la calificación de la actividad inicial de la que el daño puede ser resultado, respecto del cual el calificativo de ilicitud no añade nada*”.<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> QUINTERO, Beatriz. Teoría básica de la indemnización. Pág. 43

<sup>13</sup> ZANONI, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. Pág. 1

<sup>14</sup> GACETA JUDICIAL 5, Serie 17. Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, 28 de febrero de 2001.

<sup>15</sup> Cfr. GHERSI, Carlos. Responsabilidad Tomo 1: Problemática Moderna. Ediciones Jurídicas Cuyo. Buenos Aires Argentina. 1996. Pág. 59 y 60.

<sup>16</sup> DIEZ-PICAZO, Luis. Derecho de daños. Pág. 290

Es por ello que las doctrinas modernas<sup>17</sup> abogan por la abolición del presupuesto de antijuridicidad, que muchas veces se confunde con ilicitud, pues lo importante es la consideración de los daños en sí mismos con independencia incluso de la culpabilidad del agente que causa el daño, como en los casos de responsabilidad objetiva, y tomando como línea referencial el criterio de desvalor de resultado al momento de analizar el contenido del daño en sí.

Es preferible entonces, tomando las palabras de Alterini, sustituir el término antijuridicidad por el de conducta injustificada o hablar en general de un daño injusto<sup>18</sup>, característica que viene dada por el hecho de que la víctima no está obligada a soportar el daño que se le ha irrogado. Con el fin de delimitar el contenido del daño injusto, se recurre a dos criterios jurisprudenciales: el daño ha de ser *non iure*, es decir que el daño se debe inferir sin que su autor tenga derecho a ello, y por otro lado debe ser contra *ius*, ya que su actuación está en contradicción o lesiona un derecho ajeno.<sup>19</sup>

### 1.1.3 Nexos causales

En cuanto a la relación de causalidad, también denominada nexo causal, como un tercer presupuesto de la responsabilidad civil, se refiere en general a la relación que debe verificarse entre el resultado dañoso producido y la conducta activa o pasiva del autor que está llamado a responder por él.<sup>20</sup> Es decir, asociando los conceptos de anterioridad y de necesidad, el daño causado se origina por un hecho, acto o conducta preexistente, sin el cual no habría sucedido.

Existen varias teorías que intentan explicar, cuando existe pluralidad de causas, aquella que en realidad produce el daño para así poder establecer el límite del deber de

---

<sup>17</sup> Al respecto véase MACÍAS, Agustín. El daño causado por el ruido y otras inmisiones. Editorial La Ley. Madrid España 2004. Pág. 269 y 270: "... la jurisprudencia española ha declarado en reiteradas ocasiones el deber de reparar también algunos daños causados en el ejercicio de actos lícitos. Los fenómenos inmisivos constituyen una clara muestra de lo que afirmamos, ya que en no pocas ocasiones la actividad desplegada por el inminente se encuentra amparada por la correspondiente licencia para el ejercicio de la actividad".

<sup>18</sup> Cfr. FERNANDEZ, CARLOS. Daño moral y daño al proyecto de vida. Cathedra: Espiritu del derecho. Pág. 11.

<sup>19</sup> Cfr. DIEZ-PICAZO, Luis. Derecho de daños. Pág. 296

<sup>20</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ, Andrés. Derecho Sanitario y Responsabilidad Médica: Comentarios a la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica. Editorial Lex Nova. Segunda Edición. Noviembre 2007 Valladolid España. Pág. 61

indemnizar. Se diferencian por un lado las teorías de la causa-condición, y por otro las que distinguen las causas según un criterio específico.

#### Teorías de la causa-condición

- Para la teoría de la equivalencia de condiciones formulada por Von Buri y posteriormente por Von Litz, el daño es el resultado de la suma de todas las concausas o condiciones yuxtapuestas o vinculadas, igualmente necesarias para que se produzca la consecuencia, y a las que se atribuye un mismo valor por lo que no cabe realizar distinción esencial entre ellas.<sup>21</sup>

#### Teorías que realizan distinción entre las concausas

- La teoría de la causa próxima toma un criterio temporal pues es causa el hecho relevante más próximo al resultado, siendo las demás simples condiciones dentro de la cadena causal, incluida la causa original o remota. Como bien lo afirma Diez- Picazo *“cuando en el curso causal interviene un hecho extraño, es éste último y no el originario hecho el causante del daño, y no puede afirmarse, por tanto, que sea el primero el que lo ha producido”*.<sup>22</sup>
- La tesis de la causalidad adecuada realiza un análisis de cada concausa in abstracto con el objetivo de determinar si alguna es condición suficiente para producir el resultado. Según Von Kries, citado por Diez- Picazo, la condición de “adecuada”<sup>23</sup> viene dada por el hecho de constituir tanto condición *sin equa non* del daño sufrido, como por considerarse idónea para elevar de manera importante la probabilidad de que se verifique.<sup>24</sup>
- Para la teoría de la causa eficiente, tiene tal condición *“aquella que por su propia acción es productora de un efecto dado, implica el rechazo de toda doctrina*

---

<sup>21</sup> Cfr. DIEZ-PICAZO, Luis. Derecho de daños. Pág. 331

<sup>22</sup> DIEZ-PICAZO, Luis. Derecho de daños. Pág. 337

<sup>23</sup> PORTILLO, Gloria. Derecho de daños: Jurisprudencia temática 1. Editorial Juris. Septiembre 1992. Rosario Argentina. Pág. 25: “...entendiéndose por causa adecuada, la que según el curso ordinario de la vida y según la experiencia, puede ocasionar el daño”.

<sup>24</sup> Cfr. DIEZ-PICAZO, Luis. Derecho de daños. Pág. 338

*especial y la aceptación del concepto de causa impuesto por la tradición filosófica clásica y por el uso habitual de las palabras”.*<sup>25</sup>

#### **1.1.4 Factores de atribución de la responsabilidad**

Como último presupuesto están los factores de atribución clásicos que son culpa y dolo, además de los modernos como la responsabilidad objetiva que abarca la teoría del riesgo, la de garantía y la responsabilidad sin culpa.<sup>26</sup> Sobre la base del análisis de los factores de atribución podemos establecer varios esquemas de responsabilidad.

##### **1.1.4.1 Responsabilidad subjetiva**

Para la teoría clásica de la responsabilidad, la obligación de indemnizar requiere que el daño injusto provocado a la víctima provenga de un hecho doloso o culpable de su autor.

*“La culpa puede ser por acción u omisión, por acción cuando consiste en al ejecución de un hecho (culpa comitendo), y por omisión, cuando consiste en la no ejecución de un hecho, en una abstención (culpa omitendo). La abstención en la acción, llamada negligencia, consiste en un descuido u omisión, el no tomarse las medidas exigidas por las circunstancias. Si la precaución está ordenada por la ley y los reglamentos su sola omisión constituye culpa contra la legalidad”.*<sup>27</sup>

En este caso la carga de la prueba recae sobre la víctima, quien deberá probar que la persona que le irrogó el daño obró con dolo o negligencia.

Con el fin de realizar la imputación subjetiva entre el hecho dañoso y el autor, que lleva implícito un reproche, se verifica un juicio de valor sobre la conducta adecuada que debe

---

<sup>25</sup> QUITERO, Beatriz. Teoría básica de la indemnización. Pág. 81

<sup>26</sup> Apuntes de cátedra. Profesora Carmen Muñoz García. Tema: Elementos de la responsabilidad civil: Daños, legitimación activa y valoración. Curso de Derecho de Daños. Escuela de Verano de la Universidad Complutense de Madrid. Agosto 2011.

<sup>27</sup> Gaceta Judicial. Resolución 187-2000. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Juicio ordinario 252-99

observarse ante una situación determinada de riesgo o puesta en peligro de derechos o bienes jurídicos, y la que efectivamente demostró dicho autor.<sup>28</sup>

En este punto es válido puntualizar una de las pocas diferencias relevantes que existen entre el ámbito contractual y el extracontractual, pues el resarcimiento de un daño para éste último se realiza con independencia de la forma o grado de culpa que exponga el agente. Mientras tanto en el ámbito contractual los grados de culpa permiten precisar la diligencia mayor o menor que se exige a la contraparte.

#### **1.1.4.2 Responsabilidad subjetiva con reversión de carga probatoria**

Dentro de la responsabilidad subjetiva, en el Ecuador, se dio un tratamiento especial a los casos de responsabilidad por actividades riesgosas, en que se revierte la carga de la prueba siendo indispensable que *“el agente del daño tenga que demostrar que ha observado todo el cuidado y precauciones necesarias para que no se produzca el accidente que ha ocasionado tal daño, sino que éste ha sido el efecto de fuerza mayor o caso fortuito.”*<sup>29</sup>

La Corte Suprema de Justicia, en concordancia con el fallo anterior, sostiene que en casos de ciertas actividades de alto riesgo, con el fin de evitar dejar en indefensión a los damnificados, se presume *iuris tantum* la culpa del agente del daño y por consiguiente la carga de la prueba recae sobre él, pues le resulta bastante más fácil probar que el daño fue originado por caso fortuito o fuerza mayor, antes el damnificado logre probar que incurrió el autor del daño en negligencia o dolo.<sup>30</sup>

#### **1.1.4.3 Responsabilidad objetiva**

La doctrina en su gran mayoría ha convenido en la aceptación de reputar como antijurídica una acción siempre que *“en consideración a su resultado es desaprobada por*

---

<sup>28</sup> Cfr. DIEZ- PICAZO, Luis. Derecho de daños. Pág. 351

<sup>29</sup> Corte Suprema de Justicia. Primera Sala Civil y Mercantil. Medardo Luna vs. AECA. Juicio 290-2003.

<sup>30</sup> Corte Suprema de Justicia Resolución No. 229-2002, Primera Sala, Registro Oficial No. 43, 19-III-2003. Comité Pro Mejoras Delfina Torres viuda de Concha vs. Petrocomercial y otros.

*el ordenamiento jurídico*”,<sup>31</sup> especialmente si la conducta pone en riesgo o peligro bienes o intereses jurídicos ajenos.

A diferencia de la responsabilidad subjetiva o por culpa que rige para actividades inocuas u ordinarias, la responsabilidad objetiva se aplica en el campo de actividades intrínsecamente peligrosas, que en su gran mayoría implican un riesgo o peligro específico de descontrol.

Responsabilidad objetiva tiene como fin establecer criterios normativos en virtud de los cuales un resultado dañoso pueda ser atribuible o imputable a un comportamiento, llevado a cabo en el marco de alguna actividad riesgosa, haciendo abstracción de condiciones como el dolo o la culpa, así como de las características individuales de la persona que causa el daño.<sup>32</sup> Es así que para este tipo de responsabilidad *“la culpa no es ya la falta de prudencia y diligencia sino que culpa es un acto concebido en la ley como antijurídico si causa daño,”*<sup>33</sup> y que por tanto comprende tanto las consecuencias inmediatas como las mediatas, excluyendo las casuales y las remotas que carezcan de un nexo adecuado de causalidad.

Como bien lo afirma la Corte Nacional de Justicia al emitir sentencia sobre un reclamo de daños y perjuicios dentro del ámbito de navegación aérea, en este tipo de responsabilidad *“al individuo señalado como responsable se le impone la obligación de indemnizar a la víctima, independientemente de la previsión o intención que haya podido tener del daño resultante del accidente. En otras palabras, ya no será únicamente responsable quien obró con malicia, negligencia o impericia, sino también el individuo que creó la actividad peligrosa o utilizó el bien riesgoso.”*<sup>34</sup>

Para entender el concepto de responsabilidad objetiva, es necesario tomar como premisa la existencia de ciertos roles que cumplen los individuos dentro de un contexto de la interacción social. Es así que tanto la víctima, como el pretendido autor e incluso terceras personas pueden incumplir su rol o hacerlo deficientemente en el desarrollo de una

---

<sup>31</sup> ZANNONI, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil*. Pág. 6

<sup>32</sup> Cfr. MEDINA, María. *La culpa de la víctima en la producción del daño extra contractual*. Editorial Dikynson. Madrid España 2003. Págs. 51 y 52.

<sup>33</sup> QUINTERO, Beatriz. *Teoría básica de la indemnización*. Pág. 100

<sup>34</sup> Corte Suprema de Justicia Primera Sala Civil y Mercantil. Medardo Luna vs. AECA. Juicio ordinario 290-2003.

actividad lícita, lo que origina la concreción de un daño, pues dicha actividad tiene la característica de ser peligrosa y potencialmente dañosa.<sup>35</sup>

Siguiendo el pensamiento de Jakobs citado por Diez- Picazo, respecto a las omisiones, se debe responder por la consecuencia lesiva en tanto en cuanto el obligado a evitarla tenga la especial calidad de titular de una posición de garantía.<sup>36</sup>

En contraste, cuando se trata de acciones resulta indispensable establecer un límite a los roles de los ciudadanos para que en caso de propasar dicho límite se pueda deducir la imputación de un resultado dañoso, límite determinado por el ordenamiento jurídico en conjunto.

Finalmente cabe mencionar que *“en la responsabilidad objetiva se comprende también la reparación del daño moral.”*<sup>37</sup>

#### **1.1.4.3.1 Causas de exclusión de responsabilidad objetiva**

Sin embargo, existen criterios adoptados por parte de los tratadistas<sup>38</sup> que permiten excluir la imputación objetiva a una causa anterior de acuerdo a ciertas circunstancias. Así:

- Prohibición de regreso.- según el cual no se podrá imputar un resultado dañoso si a la conducta del agente que puso en marcha la cadena causal le sobrevienen conductas dolosas o gravemente imprudentes de uno o más terceros.
- Fin de la protección de la norma.- establece que no puede ser imputado un resultado dañoso que no se encuentre dentro de la finalidad de protección de una norma jurídica que pretenda fundamentar la responsabilidad del demandado.

---

<sup>35</sup> Apuntes de cátedra. Profesora María Medina Alcoz. Tema: Elementos de la responsabilidad civil: relación de causalidad, causalidad fáctica e imputación objetiva. Curso de Derecho de Daños. Escuela de Verano de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, España. Agosto 2011.

<sup>36</sup> Cfr. DIEZ- PICAZO, Luis. Derecho de Daños. Pág. 342.

<sup>37</sup> ITURRASPE, Mosset. Responsabilidad por daños. Pág. 120.

<sup>38</sup> Al respecto, MEDINA, María La culpa de la víctima en la producción del daño extra contractual. Editorial Dikynson. Madrid España 2003. Pág. 145 y siguientes; DIEZ- PICAZO DIEZ- PICAZO, Luis. Derecho de Daños. Pág. 343 y siguientes.

- Competencia de la víctima.- queda eliminada la responsabilidad del agente dañoso en caso de que la conducta de la víctima haya influido en la causación o producido su propio daño. *“Esta conducta debe tener incidencia causal adecuada para la producción del resultado, ya que ninguna influencia tiene la conducta culposa si no ha sido la causa adecuada del perjuicio. No habiendo autoría, mal puede formularse juicio de imputación de responsabilidad”*.<sup>39</sup>

Se refiere además a la imposibilidad de imputar un resultado dañoso al autor mediato en los casos en que sea la víctima quien controle la situación y no presente una conducta correcta, sino que ejecute actos constitutivos en causas eficientes para que se verifique dicho resultado.

## 1.2 Clasificación del daño

Existen un sinnúmero de clasificaciones del daño que atienden a diversos criterios, siendo la mayoría meramente didácticas, pues en la realidad se verifican casos en que un daño podría incluirse al mismo tiempo en dos o más subclases, es decir, un mismo hecho puede producir uno o más tipos de daños.<sup>40</sup>

En contraposición a la tendencia de multiplicar los daños, la doctrina en su gran mayoría acepta la división en daño patrimonial y extra patrimonial pues como bien lo afirma Galdós<sup>41</sup> las lesiones a la estética, la psique, al proyecto de vida, y a la persona en general pueden tener autonomía conceptual pero no cuentan con emancipación resarcitoria distinta y adicional de la que se reconoce al daño extra patrimonial y patrimonial.

### 1.2.1 Daño patrimonial o material

---

<sup>39</sup> SALA K CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DE LO CIVIL ARGENTINA. Juicio por daños y perjuicios y daño moral. Fallo de 23 octubre 2009.

<sup>40</sup> Apuntes de cátedra. Profesora Carmen Muñoz García. Tema: Elementos de la responsabilidad civil: Daños, legitimación activa y valoración. Curso de Derecho de Daños. Escuela de Verano de la Universidad Complutense de Madrid. Agosto 2011

<sup>41</sup> GALDOS, Jorge. Artículo Nuevos daños a la persona en la sociedad de riesgo en Edición homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe. Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Argentina 2005. Pág. 160.

El daño patrimonial “vincula la noción de menoscabo, lesión o agravio al concepto de patrimonio {...} como uno de los clásicos atributos de la personalidad.”<sup>42</sup>

Siguiendo al profesor Gil Barragán el daño material o patrimonial es aquel que constituye un detrimento al patrimonio de la víctima que lo sufre injustamente, contraponiéndose al moral (inmaterial) que supone el sufrimiento de aquélla en sus afecciones o en los derechos inherentes a su personalidad.<sup>43</sup>

Constituye por tanto el detrimento, lesión o menoscabo de los bienes que le pertenecen al damnificado, y que son susceptibles de valoración económica, siendo el daño el hecho que marca la diferencia entre la situación patrimonial anterior y la situación patrimonial posterior a su verificación. (Teoría de la diferencia)<sup>44</sup>

Abarca dos clases de perjuicios patrimoniales:

#### **1.2.1.1 Daño emergente**

Traducido en un detrimento del contenido económico actual del patrimonio de la víctima que supone destrucción, deterioro, imposibilidad de uso o goce de bienes existentes al momento de ocurrir el hecho dañoso. El más claro ejemplo viene dado por los gastos médicos que el damnificado debe cubrir en casos de haber sufrido algún tipo de lesiones.

El daño emergente “comprende las pérdidas efectivamente sufridas que deben medirse en el valor común del mercado del bien sobre el que recaigan y las disminuciones de valor económico que por vía refleja se puedan producir.”<sup>45</sup>

#### **1.2.1.2 Lucro cesante**

---

<sup>42</sup> ZANNONI, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. Pág. 59.

<sup>43</sup> Cfr. BARRAGÁN, Gil. Elementos del daño moral. Editorial Edino. Quito, Ecuador. 1995. Pág. 64

<sup>44</sup> Cfr. PORTILLO, Gloria. Derecho de daños: Jurisprudencia temática 1. Editorial Juris. Septiembre 1992. Rosario Argentina. Pág. 31 y 31.

<sup>45</sup> DIEZ-PICASO, Luis y PONCE DE LEÓN. Derecho de daños. Pág. 323.

Entendido como la privación o frustración de la posibilidad de percibir ganancias, utilidad o beneficios económicos que podrían enriquecer el patrimonio del damnificado.<sup>46</sup>

Moisset de Espanes sostiene que se requiere “*para el reconocimiento del lucro cesante la existencia de cierta probabilidad objetiva de que se hubiera logrado un beneficio según el curso ordinario de las cosas o conforme a circunstancias particulares del caso, siendo necesario demostrar su realidad concreta.*”<sup>47</sup>

La Primera Sala de lo Civil sintetiza el concepto del daño material en la siguiente frase “*el daño material, con menoscabo al patrimonio material en sí mismo, puede dividirse en daño emergente y lucro cesante. El primero es la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes con un empobrecimiento del patrimonio, que es el perjuicio efectivamente sufrido. El segundo implica la frustración de ventajas económicas esperadas, o sea, la pérdida de ganancias de las cuales se ha privado al damnificado.*”<sup>48</sup>

La reparación del daño patrimonial se realiza en virtud de una liquidación, a diferencia de la reparación del daño moral que se basa en una estimación. Aquella tomará en cuenta no sólo el precio en sí del bien sino la utilidad o uso de que se vio privado el damnificado hasta el día en que ha operado efectivamente la reposición.<sup>49</sup>

El Código Civil Español en su Art. 1106, refiriéndose al daño emergente y al lucro cesante, prevé que la indemnización abarque tanto el daño sufrido como la ganancia dejada de obtener o percibir.

### **1.2.2 Daños Extra patrimoniales**

---

<sup>46</sup> Cfr. GHERSI, Carlos. Responsabilidad Tomo 1: Problemática Moderna. Ediciones Jurídicas Cuyo. Buenos Aires Argentina. 1996. Pág. 59.

<sup>47</sup> MOISSET DE ESPANES, Luis. Accidentes de automotores Tomo I. Segunda edición. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza Argentina. Pág.155.

<sup>48</sup> Corte Suprema de Justicia Primera Sala Civil y Mercantil. Juicio ordinario 229-2002. Comité Delfina Torres viuda de Concha vs. Petroecuador y otros.

<sup>49</sup> Apuntes de cátedra. Profesora Carmen Muñoz García. Tema: Elementos de la responsabilidad civil: Daños, legitimación activa y valoración. Curso de Derecho de Daños. Escuela de Verano de la Universidad Complutense de Madrid. Agosto 2011

El daño extra patrimonial por excelencia es el daño moral, que será tratado como siguiente subtema de la presente disertación, sin embargo es procedente analizar otros tipos de daños de dicha índole, como son los que se exponen a continuación.

### **1.2.2.1 Daños corporales**

En este punto cabe hacer mención que dependiendo de las circunstancias del caso, los daños corporales son susceptibles de causar daño patrimonial como Zannoni bien lo establece *“la integridad corporal- física o psíquica- que como tal implica una expresión de un derecho subjetivo de la personalidad, no constituye un bien patrimonial. Pero la lesión a esa integridad puede provocar indirectamente perjuicios de orden pecuniario”*.<sup>50</sup>

Es ejemplificativo el caso de la persona que sufre daños corporales, en especial daño estético, de tal magnitud que le imposibilitan de forma temporal o definitiva para el desempeño de su actividad o trabajo habitual, verificándose una disminución de ganancias presentes o privación de beneficios económicos futuros, o en general si repercute de manera perjudicial en las posibilidades económicas de la víctima.

### **1.2.2.2 Daño fisiológico**

Fue reconocido inicialmente por la doctrina francesa<sup>51</sup> como la privación de los goces y satisfacciones que el damnificado hubiera podido esperar de la vida antes del accidente, por lo que se reconocía únicamente este tipo de daño a los artistas o deportistas.

Actualmente se extiende a actividades no lucrativas y es considerado como *“la disminución de los placeres o satisfacciones de la vida, causados notoriamente por la imposibilidad o dificultad de que la víctima desenvuelva ciertas actividades normales. Engloba a la mutilación, una enfermedad, un atentado contra el equilibrio psíquico o nervioso y todas las frustraciones que ellos entrañan.”*<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> ZANNONI, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. Pág. 156.

<sup>51</sup> Denominado *préjudice d'agrément*, al respecto KROTEICH, Milagros. La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extra patrimoniales. Universidad Externado de Colombia. 2012. Pág. 22 y siguientes.

<sup>52</sup> QUINTERO, Beatriz. Teoría básica de la indemnización. Pág. 112.

### 1.2.2.3 Daño biológico

Es un concepto cuyo origen está en el derecho italiano<sup>53</sup>, donde se denomina daño al a salud, y consiste en una lesión que afecta la integridad psicofísica de la víctima, reduciendo su capacidad de expansión de actividades, así como la normal eficiencia psicossomática en el desarrollo cotidiano dentro la esfera de todas sus relaciones sociales.<sup>54</sup> Consiste entonces en toda lesión causada a la integridad psicossomática del damnificado, con independencia de cualquier repercusión patrimonial que podría originar.

Por citar un ejemplo, el criterio judicial vigente en los tribunales argentinos<sup>55</sup>, acepta como daño biológico indemnizable las lesiones sobrevinientes, puesto que la incapacidad sobreviniente comprende la aptitud física y psíquica tronchada, que viene a ser la faz estática del daño a las personas.<sup>56</sup>

### 1.2.2.4 Daño estético

Está dado por el hecho dañoso que produce una alteración importante o deformación que desfigura la belleza corporal. La doctrina no le otorga la calidad de daño autónomo sino que es considerado dentro de la incapacidad sobreviniente o el daño moral.<sup>57</sup> Sin embargo, como se dijo en párrafos anteriores, es susceptible de producir un daño patrimonial si repercute en la aptitud del damnificado de generar ingresos.

*“El daño estético se manifiesta como toda especie de desfiguración, afeamiento, deformación o mutilación en el cuerpo de la víctima a consecuencia del evento dañoso. Así, la desfiguración del rostro,*

---

<sup>53</sup> Al respecto véase KOTEICH, Milagros. La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extra patrimoniales. Universidad Externado de Colombia. 2012. Pág. 30 y siguientes.

<sup>54</sup> Cfr. GALDOS, Jorge. Artículo Nuevos daños a la persona en la sociedad de riesgo en Edición homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe. Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Argentina 2005. Pág. 163.

<sup>55</sup> Al respecto, Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones de lo Civil Sala C, Caso Mirri de Cruoglio Ana María y otro vs. Hospital Británico de Buenos Aires. 8 de noviembre de 1994.

<sup>56</sup> Cfr. GALDOS, Jorge. Artículo Nuevos daños a la persona en la sociedad de riesgo en Edición homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe. Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Argentina 2005. Pág.164.

<sup>57</sup> BORDA, Alejandro. Ponencia sobre daño moral en Seminario de Daño Moral abril 2010. Quito, Ecuador.

*cicatrices u otras deformaciones anatómicas, como las de una pierna, amputación de una mano, lesiones en la cabeza, etc.”<sup>58</sup>*

Este tipo de daño tiene especial repercusión en la esfera personal del damnificado pues se comprueba una alteración en su proyección existencial o en la vida de relación, por la *“incuestionable y evidente inferioridad o desventaja que padece el ser humano cuando exhibe cicatrices o secuelas físicas que, alterando su armonía corporal, afectan el sentido estético propio y ajeno”*.<sup>59</sup>

El daño estético puede aparejar tanto consecuencias perjudiciales de índole moral como patrimonial, por lo que muchos lo consideran como un perjuicio con autonomía, y por tanto acumulable al daño moral.<sup>60</sup>

#### **1.2.2.5 Daño Psíquico**

Se lo considera entre el tercer género de daños por algunos autores<sup>61</sup>, y abarca todas las reacciones en el sistema nervioso o depresiones reactivas que tienen como origen el hecho dañoso y se manifiesta como *“la perturbación transitoria o permanente del equilibrio espiritual preexistente, de carácter patológico, producida por un hecho ilícito,”*<sup>62</sup> pudiendo a la vez ocasionar daño moral o patrimonial.

Se entiende por daño psíquico *“las secuelas neurológicas provocadas por el evento dañoso, generalmente por traumatismos (...) tales como sinistrois, histerotraumatismo, neurastenias postraumáticas, psicosis epiléptica, esquizofrenia postraumática, etc.”*<sup>63</sup>

---

<sup>58</sup> ZANNONI, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. Pág. 161.

<sup>59</sup> GHERSI, Carlos. Responsabilidad Tomo 1: Problemática Moderna. Ediciones Jurídicas Cuyo. Buenos Aires Argentina. 1996. Pág. 169.

<sup>60</sup> Cfr. Al respecto, sentencia de la Corte Nacional Especial Civil y Comercial argentina Sala V. Causa Ciorello de Fereyra Yolanda vs. Da Fonseca Carlos mayo 15 de 1981.

<sup>61</sup> La autonomía resarcitoria está condicionada a que la secuela tenga una entidad considerable y sea irreversible. GALDOS, Jorge. Artículo Nuevos daños a la persona en la sociedad de riesgo en Edición homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe. Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Argentina 2005. Pág. 167.

<sup>62</sup> MACÍAS, Agustín. El daño causado por el ruido y otras inmisiones. Editorial La Ley. Madrid España 2004. Pág. 373.

<sup>63</sup> ZANNONI, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. Pág. 165

Es decir, este tipo de daño lleva implícito algún nivel de patología que puede ir desde un desequilibrio emocional transitorio, hasta graves afecciones de carácter patológico, lo cual constituiría la pauta para diferenciarlo del daño moral propiamente dicho, pues éste tiene carácter emocional al lesionar los sentimientos, produciendo aflicción, dolor o sufrimiento.<sup>64</sup>

#### 1.2.2.6 Daño al proyecto de vida

Se considera el proyecto de vida como la idea concretable y posible de lograrse como individuo, escogida en virtud de la libertad inherente al ser humano. El daño consiste en una frustración del proyecto existencial que libremente se formula cada uno para su realización como ser humano, manifestado en la pérdida de valor de su plan de vida en las esferas social e intelectual.<sup>65</sup> Por ello, afirma el tratadista Jorge Mario Galdós, este tipo de daño lesionaría la libertad del damnificado en cuanto se traduce objetivamente en la realización personal.<sup>66</sup>

Otros autores como Scognamiglio lo asimilan al daño a la vida de relación, por lo que *“el lesionado viene a perder en todo o en parte, por un periodo más o menos largo, o inclusive por toda la vida, la posibilidad de dedicarse a esa vida de relación (social, deportiva...), con todo el cúmulo de satisfacciones y placeres que ella comporta, y sufre así un daño que también merece ser tenido en cuenta.”*<sup>67</sup>

Para una mayor comprensión de este concepto resulta útil tomar como ejemplo una sentencia expedida por la Cámara Nacional de Apelaciones Argentina en que se otorga la indemnización por daño moral demandada por la conviviente de hecho de un joven que muere a causa de un accidente automovilístico: *“en efecto, no cabe duda del sufrimiento espiritual sufrido por la novia sobreviviente, debido a la desaparición repentina de su compañero con quien iba a contraer matrimonio al día siguiente del accidente y como consecuencia tenían ya contratado el servicio de la reunión a realizar después de la boda.*

---

<sup>64</sup> Cfr. FERNÁNDEZ, Carlos. El daño moral y el daño al proyecto de vida. Cathedra: espíritu del derecho. Pág. 20.

<sup>65</sup> Cfr. GALDOS, Jorge. Artículo Nuevos daños a la persona en la sociedad de riesgo en Edición homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe. Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Argentina 2005. Pág. 165.

<sup>66</sup> *Ibidem*.

<sup>67</sup> SCOGNAMIGLIO, Renato. El daño moral. Pág. 23.

*Se trata del daño (...) producido por la pérdida del proyecto de vida destruido por la muerte del contrayente”.*<sup>68</sup>

Se concluye que las consecuencias de este tipo de daño se manifiestan generalmente en el truncamiento de un destino personal previamente escogido, que genera sentimientos de vacío existencial o pérdida del sentido o dirección de vida, o modificaciones importantes en torno a los objetivos personales. El ejemplo más citado es el del pianista que pierde una o ambas manos a consecuencia de un accidente de tránsito. Es característico así mismo, la subsistencia en el tiempo de este tipo de daño.<sup>69</sup>

### **1.3 Daño moral: naturaleza jurídica del daño indemnizable y reparación**

Una vez que circunscrito el daño moral al campo de denominados perjuicios inmateriales o extra patrimoniales, es procedente analizar los caracteres propios del mismo, a fin de ensayar, con la complejidad que ello conlleva, una posible definición, tomando en cuenta que a lo largo de los años se han propuesto un sinnúmero de definiciones de daño moral, por lo que se tomarán como antecedente algunas, que considero, como las más acertadas.<sup>70</sup>

Así en la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia se asevera que *“el daño moral es todo sufrimiento o dolor que se padece independientemente de cualquier repercusión de orden patrimonial material. Se traduce en la lesión a las afecciones íntimas del damnificado. Daño moral es el que lesiona el conjunto de facultades del espíritu, o como se suele denominar usualmente, aunque con cierta impropiedad, el patrimonio moral del damnificado, o sea al conjunto de aquellas características o condiciones que dan forma al a personalidad, todos los activos intelectuales y espirituales de las cuales se ha ido nutriendo la persona en el transcurso de los años”.*<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> SALA K CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DE LO CIVIL ARGENTINA. Juicio por daños y perjuicios y daño moral. Fallo de 23 octubre 2009.

<sup>69</sup> BORDA, Alejandro. Ponencia sobre daño moral en Seminario de Daño Moral abril 2010. Quito, Ecuador.

<sup>70</sup> Se omite tomar en cuenta aquellas que definen al daño moral de forma negativa y en contraposición al patrimonial, pues son poco precisas y simplistas. Al respecto SCOGNAMIGLIO, Renato. El daño moral. Pág. 14- 16.

<sup>71</sup> Corte Suprema de Justicia Primera Sala Civil y Mercantil. Juicio ordinario 229-2002. Comité Delfina Torres viuda de Concha vs. Petroecuador y otros.

Así también sostiene que “... *el derecho no resarce, a través del daño moral, cualquier dolor humillación, aflicción o padecimiento, sino aquellos donde se agravan verdaderos intereses extra patrimoniales, como la salud, la integridad física, la intimidad, el honor, el secreto, etc.*”<sup>72</sup> Es por ello que se excluyen del ámbito del daño moral aquellos supuestos de incomodidad, molestia o situaciones adversas pasajeras propias de las contingencias sociales cotidianas.

Este tipo de daño se resume en sufrimientos psicológicos del perjudicado o de la persona allegada al mismo por vínculos afectivos o parentales derivado de una conducta ilícita, y que por su propia naturaleza no es susceptible de valoración económica.<sup>73</sup>

Según Alessandri, el daño moral supone una lesión que afecta los valores del espíritu de quien lo sufre, que se puede manifestar en molestia, dolor, sensibilidad física o afectación de sus sentimientos, creencias o afectos.<sup>74</sup>

Por ello no se agota en la afectación a los sentimientos o el dolor, sino que abarca toda repercusión desfavorable para los derechos personalísimos, reconocidos a toda persona, por cuanto el agravio supone un menoscabo de la proyección existencial en la misma medida para un individuo que goza de todas sus facultades así como para quienes estén privados de la razón, sensibilidad, capacidad.<sup>75</sup>

Retomando las definiciones doctrinales, Gil Barragán afirma que el daño moral constituye todo ataque a bienes de la personalidad que alteren el equilibrio espiritual de la víctima. *“La alteración consiste en padecimientos que perturban la tranquilidad y el ritmo normal de vida del damnificado, y como consecuencia, producen un modo de estar anímicamente perjudicial, diferente de aquel en que la persona se hallaba anteriormente.”*<sup>76</sup>

---

<sup>72</sup> PORTILLO, Gloria. Derecho de daños: daño moral. Editorial Juris. Buenos Aires, Argentina. Pág. 179

<sup>73</sup> Cfr. SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 22 de febrero STS-2001. Madrid, España

<sup>74</sup> ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, VODANOVICH, Antonio. Tratado de derecho civil: partes preliminar y general Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 1998. Pág. 34.

<sup>75</sup> Cfr. MOISSET DE ESPANES, Luis. Accidentes de automotores Tomo I. Segunda edición. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza Argentina. Pág. 272.

<sup>76</sup> BARRAGÁN, Gil. Elementos del daño moral. Corporación de Estudios y publicaciones. Quito, Ecuador. 2008.

Se debe tomar como premisa la indiscutible indemnizabilidad del daño moral, pues a lo largo de la evolución del derecho de daños se han ido descartando las objeciones que en un principio se erigieron contra la reparación pecuniaria del denominado perjuicio moral, las que a juicio de Diez- Picaso y Ponce de León se resumen en tres principales:

- No procede la indemnización toda vez que no existe una disminución patrimonial que el agente del daño se va obligado a restablecer.
- Es escandaloso discutir ante los tribunales aquellos afectos sagrados y dolores respetables del ser humano.
- Resulta imposible apreciar pecuniariamente este tipo de daños sin que el juzgador caiga en prácticas arbitrarias.<sup>77</sup>

En principio los tribunales exigían que para la indemnización de daño moral exista un daño material relacionado a aquél de forma directa. Sin embargo a partir del año 1912 especialmente en países como España y Francia, la doctrina jurisprudencial establece un hito al sostener repetidas veces en las sentencias emitidas por las Cortes que *“para indemnizar un daño moral no es preciso que exista lesión patrimonial concreta, ni relación entre dicho daño y una posible equivalencia económica.”*<sup>78</sup>

Es así que los tribunales se inclinan por la aceptación de las pretensiones de indemnización por daños morales, extendiéndolas a los casos de muerte, lesiones corporales e incluso *“en algunas sentencias a admitir la indemnización del daño moral por incumplimientos contractuales.”*<sup>79</sup>

### 1.3.1 Definición

Se entiende por daño o agravio moral toda lesión o menoscabo de intereses de carácter no patrimonial provocado por un evento dañoso, es decir, el hecho o acto que se reputa antijurídico, pues como explica De Cupis ese interés no patrimonial es considerado como tal pues los bienes jurídicos que garantiza están referidos o en función a la satisfacción o goce de un objeto no susceptible de apreciación pecuniaria.<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> Cfr. DIEZ-PICASO, Luis y PONCE DE LEÓN. Derecho de Daños. Pág. 98 y siguientes.

<sup>78</sup> DIEZ-PICASO, Luis y PONCE DE LEÓN. Derecho de Daños. Pág. 100.

<sup>79</sup> DIEZ-PICASO, Luis y PONCE DE LEÓN. Derecho de Daños. Pág. 102.

<sup>80</sup> Cfr. ZANNONI, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. Pág. 287-289.

En palabras del tratadista argentino Daniel Ramón Pizarro, el daño moral importa “*una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel en que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial.*”<sup>81</sup>

La exteriorización del daño moral se puede verificar, entre otros, en los siguientes supuestos: frustración del proyecto existencial, desvalor en la aptitud de querer, sentir, entender, alteración disvaliosa de sentimientos, estados de ánimo, disminución en las condiciones de salud o integridad psicofísica, incapacidades sobrevinientes, tragedia familiar, afectación a la intimidad o decencia, afectación a interrelaciones familiares o sociales.<sup>82</sup>

Para la tratadista francesa Viney, citada por Iturraspe, “*la mayoría de daños morales se pueden reagrupar en distintas categorías: 1) los atentados directos contra los derechos de la personalidad; 2) las consecuencias no patrimoniales de los atentados a la integridad corporal; 3) los perjuicios originados en la violación formal de un derecho subjetivo.*”<sup>83</sup> Cabe recordar que no considera un catálogo cerrado la mencionada clasificación, sino que podría ampliarse según avance la jurisprudencia sobre el tema, a más supuestos.

Sin embargo, el “*derecho no resarce cualquier dolor, humillación, aflicción 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.*”<sup>84</sup> Esa lesión se verifica ante la imposibilidad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce del interés no patrimonial reconocido por el ordenamiento jurídico.

---

<sup>81</sup> PIZARRO, Daniel. Daño moral. Pág. 47.

<sup>82</sup> BORDA, Alejandro. Ponencia sobre daño moral en Seminario de Daño Moral abril 2010. Quito, Ecuador.

<sup>83</sup> ITURRASPE, Mosset. Responsabilidad por daños. Pág. 53.

<sup>84</sup> ZANNONI, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. Pág. 290.

El prototipo de daño moral es el perjuicio a las denominadas afecciones legítimas, esto es, *“la pena, la tristeza, el disgusto o enfado por el mal padecido por un ser querido, su muerte, sus lesiones, su decadencia física o psíquica”*,<sup>85</sup> siempre que vayan contra la normativa legal o las buenas costumbres.

Una de las definiciones de daño moral más completas es la de Fernando Fueyo Laneri, para quien *“daño extra patrimonial es aquel que se causa con motivo de la ejecución de un hecho ilícito o el incumplimiento de un contrato siempre que se afecte o vulnere un derecho extra patrimonial de la persona en cuyo caso debe repararse el daño mediante una cantidad de dinero que se fija discrecionalmente por el juez.”*<sup>86</sup>

### **1.3.2 Caracteres del daño moral indemnizable**

#### **1.3.2.1 Certeza o certidumbre**

El carácter de certeza viene dada por la existencia de un perjuicio sea en un daño actual, es decir consumado y subsistente al momento de ser resarcido mediante la sentencia, así como en un daño futuro, caso en que el perjuicio aún no existe pero ciertamente se verificará como una consecuencia previsible del hecho dañoso después de emitida la sentencia.<sup>87</sup>

Como Zannoni bien lo indica, la certeza del hecho dañoso está dada por el perjuicio conformado por las consecuencias inevitables o previsibles del daño previamente suscitado.<sup>88</sup> En concordancia con el autor anteriormente citado, la Corte Nacional de Justicia se pronuncia sobre este punto afirmando que *“la certeza de su existencia es un presupuesto indispensable, pues el daño a los efectos de la responsabilidad civil es aquel cuya existencia se ha probado acabadamente. Los que son hipotéticos o eventuales no son resarcibles. En materia de daños es insuficiente alegar un perjuicio en abstracto o una mera posibilidad; es necesaria la prueba del perjuicio real y efectivamente sufrido”*.<sup>89</sup>

---

<sup>85</sup> ITURRASPE, Mosset. Responsabilidad por daños. Pág. 104.

<sup>86</sup> QUINTERO, Beatriz. Teoría básica de la indemnización. Pág. 145.

<sup>87</sup> Cfr. MOISSET DE SPANES, Luis. Accidentes de automotores Tomo I. Segunda edición. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza Argentina. Pág. 153.

<sup>88</sup> Cfr. ZANNONI, Eduardo El daño en la responsabilidad civil. Pág. 46.

<sup>89</sup> Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Juicio ordinario 229-2002 Comité Delfina Torres viuda de Concha vs. Petroecuador y otros.

La subsistencia del daño al momento del resarcimiento es indispensable, pues si ha sido reparado previamente por el responsable o por un tercero (como en el caso de las aseguradoras), no cabría la reclamación por insubsistencia del perjuicio, exceptuándose el caso en que es el propio damnificado quien lo repara pues subsiste el quantum de reparación.<sup>90</sup>

### 1.3.2.2 Interés propio

Se refiere al interés propio que tiene la víctima que ha sufrido el daño injusto para reclamar un resarcimiento, incluyendo tanto al damnificado directo como al o los indirectos, que en la generalidad de los casos son terceros dependientes de la víctima.<sup>91</sup>

El interés propio del damnificado se ve lesionado cuando el daño le imposibilita de ejercer lo que Zannoni denomina la facultad de actuar respecto del goce o satisfacción de bienes jurídicos que se encuentran dentro de su esfera personal o propia.<sup>92</sup>

### 1.3.2.3 Cuantificable

El perjuicio experimentado por el damnificado o víctima en virtud del daño debe ser susceptible de apreciación económica. En el caso de los daños patrimoniales no representa mayor dificultad, pero en el caso de daño moral cabe hacer la precisión de que *“la indemnización en dinero se cuantifica en relación a la entidad del interés lesionado, la naturaleza de la causa que lo provoca, la posición social de la víctima, la repercusión del agravio, etc.”*<sup>93</sup>

---

<sup>90</sup> Cfr. ZANNONI, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. Pág. 57

<sup>91</sup> Cfr. GHERSI, Carlos. Responsabilidad Tomo 1: Problemática Moderna. Ediciones Jurídicas Cuyo. Buenos Aires Argentina. 1996. Pág. 50.

<sup>92</sup> Cfr. ZANNONI, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. Pág. 6

<sup>93</sup> BARRAGÁN, Gil. Elementos del daño moral. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, Ecuador. 2008. Pág. 85.

Es por ello que la indemnización que busca la reparación del daño moral no se basa en la equivalencia, sino es una forma de compensación o satisfacción, en la medida de lo posible, respecto del detrimento que ha sufrido el damnificado.<sup>94</sup>

### 1.3.3 Formas de reparación del daño moral

El derecho de daños tiene una doble función, reparadora de las consecuencias aflictivas, y sancionatoria del proceder reprochable por parte del autor del hecho dañoso desalentando conductas similares dentro de la sociedad.

Cabe recalcar que en el presente trabajo se toma como premisa la reparabilidad del daño moral, pues la mayoría de países ha superado la tesis contraria, según la cual el daño moral no es susceptible de indemnización sea porque se consideró inmoral poner precio a la vida, honor, integridad y demás derechos personalísimos, sea porque consideraba dicha doctrina que el daño moral es reparable únicamente en el supuesto de que se origine en un daño de índole patrimonial.<sup>95</sup>

En palabras de Zannoni *“la doctrina mayoritaria reputo que el daño moral era indemnizable a consecuencia de todo hecho ilícito, y ya en este siglo, aun en los supuestos de responsabilidad contractual.”*<sup>96</sup>

Sobre el mismo tema Lafaille citado por Zannoni afirma que si únicamente se considerarían reparables los daños patrimoniales, el principio de reparación del daño estaría incompleto y sería rudimentario, pues los humanos no sólo reaccionan al impulso de intereses materiales.<sup>97</sup>

Así las cosas, la reparación del daño moral tiene como fin obtener la satisfacción de la víctima o damnificado, no en el sentido de procurarle placeres con los que enjague su dolor, al contrario, ese rol satisfactivo está encaminado a reparar el mal causado mediante

---

<sup>94</sup> Cfr. HIGHTON, Elena. Artículo La cuantificación del daño moral ¿o a veces daño punitivo? En Edición Homenaje Dr. Jorge Mosset Iturraspe. Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Argentina 2005. Pág. 212 y 213.

<sup>95</sup> Cfr. TOMASELLO, Leslie. El daño moral en la responsabilidad contractual. Pág. 394.

<sup>96</sup> ZANNONI, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. Pág. 302.

<sup>97</sup> Cfr. ZANNONI, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. Pág. 307.

satisfacciones equivalentes que mitiguen los efectos del hecho dañoso, pues éstos no pueden desaparecer.<sup>98</sup> Además *“el resarcimiento sirve para mejorar su atención, quizás afrontar económicamente los gastos necesarios que faciliten una terapia de restablecimiento, o para suministrarle medicamentos que alivien su mal.”*<sup>99</sup>

Es por ello que el resarcimiento de este tipo de daño no procura reparar lo sufrido, sino compensarlo con otros bienes o con ciertas situaciones que permitan mitigar el sufrimiento del damnificado. Así se ha pronunciado la Corte Nacional de Justicia sobre la reparación del daño moral: *“el dolor solo puede evitarse, prevenirse, pero una vez sufrido al o sumo mitigarse. El dolor causado es el daño, sólo resta el consuelo y la única forma que actualmente puede otorgársele a la víctima es la indemnización monetaria; brindarle la oportunidad de satisfacciones compensatorias, aunque éstas no puedan constituir una reparación suficiente, pero la seguridad jurídica obliga a ponerle fin a esta situación lesiva e injusta”*.<sup>100</sup>

La doctrina es unánime respecto del reconocimiento de dos formas de reparar los daños patrimoniales y morales:

### **1.3.3.1 Reparación in natura o en especie**

Supone una reintegración de forma específica de modo que las cosas regresen al estado que tendrían de no haber ocurrido el hecho dañoso aplicable al daño patrimonial directo siempre que consista en la pérdida o destrucción de bienes susceptibles de ser repuestos *ut singuli* en el patrimonio del damnificado.<sup>101</sup>

En palabras de Pizarro *“consiste en una obligación, por lo general de hacer, que tiene por objeto volver las cosas al estado anterior al que se hallaban antes de producirse el menoscabo.”*<sup>102</sup>

---

<sup>98</sup> Cfr. TOMASELLO, Leslie. El daño moral en la responsabilidad contractual. Pág. 169.

<sup>99</sup> ZANNONI, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. Pág. 295.

<sup>100</sup> Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Juicio ordinario 220-2002. Comité Delfina Torres viuda de Concha vs. Petroecuador y otros.

<sup>101</sup> Cfr. ZANNONI, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. Pág. 182.

<sup>102</sup> PIZARRO, Daniel. Daño moral. Pág. 374.

Por el contrario, en el caso del daño indirecto no aplica la reparación in natura pues en este supuesto *“el patrimonio recibe el impacto del perjuicio no porque un componente ut singuli de él, un elemento integrante, haya sido dañado o destruido, sino porque a consecuencia del ataque a un bien extra patrimonial, ese patrimonio se empobrece (daño emergente) o deja de enriquecerse o pierde utilidades apreciables pecuniariamente (lucro cesante), de modo que es imposible pensar en la reposición sino a través del equivalente”*.<sup>103</sup>

No obstante, la mayor parte de la doctrina coincide en que en materia de daño moral no procede la reparación in natura, pues es incompatible con la entidad del interés lesionado y con la consecuencia disvaliosa que se proyecta sobre la espiritualidad del damnificado.<sup>104</sup> Adquiere más bien un carácter neutralizador de efectos futuros, que en todo caso debería complementarse con una reparación por equivalente pecuniario.

### **1.3.3.2 Reparación por equivalente pecuniario**

Constituye la indemnización propiamente mediante la cual se compensa o se resarce el menoscabo patrimonial sufrido a causa del hecho dañoso, restableciendo el equilibrio en el patrimonio del damnificado, para lo cual se hace uso del dinero como equivalente pecuniario fungible por excelencia.<sup>105</sup>

Este equivalente pecuniario que se entrega a la víctima debe tener entidad suficiente para restaurar la afectación, y aunque no resulte ideal, permite colocar a la víctima en una situación similar o aproximada a la que tenía antes del menoscabo.<sup>106</sup>

El monto de la indemnización dineraria está en algunos casos tarifada o fijada por ley, convencionalmente estipulada, o diferida al criterio del juez. En materia civil es más usual que recaiga sobre el juez el deber de determinar la cuantía del daño por medio de una evaluación de la medida de éste (la liquidación del daño es una etapa posterior) al tiempo de la sentencia definitiva, tomando en cuenta las posibles variaciones que el perjuicio

---

<sup>103</sup> ZANNONI, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. Pág. 225.

<sup>104</sup> Cfr. PIZARRO, Daniel. Daño moral. Pág. 395.

<sup>105</sup> Cfr. ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, VODANOVICH, Antonio. Tratado de derecho civil: partes preliminar y general Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 1998. Pág. 164.

<sup>106</sup> Cfr. ZANNONI, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. Pág. 182.

pudo haber experimentado desde su acaecimiento hasta la fecha en que es emitida la sentencia indemnizatoria.<sup>107</sup>

Las mencionadas variaciones pueden darse por ejemplo cuando el damnificado reparó o repuso los bienes dañados o destruidos, o en el caso que haya solventado a su cosa gastos médicos, además tomará en cuenta el aumento o disminución del perjuicio, con la condición de que subsista al momento de emitir sentencia.<sup>108</sup>

Lo anterior no se refiere en modo alguno a reparar los daños que no se encuentren en relación de causalidad adecuada con el hecho generador, pues en ese caso se estaría aplicando de forma errónea el principio de reparación plena del daño moral.<sup>109</sup>

La indemnización consiste en tipo de reparación satisfactiva, pues como se ha indicado los ataques al honor, la dignidad, reputación comercial, entre otros no son susceptibles de reparación por equivalente.

*“Cuando se pretende indemnización por daño moral, de lo que se trata no es de hacer ingresar en el patrimonio de la víctima una cantidad equivalente al valor del dolor sufrido, porque se estaría en la imposibilidad de tarifar en metálico los quebrantos morales, sino de procurar al lesionado otros goces que sustituyen el perdido.”<sup>110</sup>*

La indemnización en dinero puede, a lo sumo, importar un quantum que representa la medida de una satisfacción pecuniaria la víctima, más no una reposición como tal. El juez llega a determinar dicho quantum por medio de la ponderación de la medida del agravio.

### **1.3.3.3 Reparación por equivalente no pecuniario**

Reparación neutralizadora consiste en toda medida que permita debilitar o neutralizar el agravio, sin que esto signifique se elimine el ilícito o los daños ya producidos, es decir,

---

<sup>107</sup> Cfr. ZANNONI, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. Pág. 241 y siguientes.

<sup>108</sup> Cfr. PIZARRO, Daniel. Daño moral. Pág. 380.

<sup>109</sup> *Ibíd.*

<sup>110</sup> ITURRASPE, Mosset. Responsabilidad por daños. Pág. 202.

*“pueden hallarse prestaciones que sin reparar el agravio moral, suministren un lenitivo para el mismo y permitan satisfacer el sentimiento de justicia.”<sup>111</sup>*

La publicación de la sentencia a favor del ofendido, en el caso de solicitar indemnización por daño moral cuando el hecho ilícito supone injurias calumniosas, constituye la forma de reparación alternativa por excelencia, constituyéndose en una suerte de complemento del resarcimiento del daño que causa la ofensa, pues el daño quedará subsistente en alguna medida hasta el momento de la sentencia.

#### **1.3.3.4 Cuantificación**

Una vez establecida la existencia de un daño indemnizable cierto y atribuible al agente dañoso, le compete al juez o tribunal determinar el monto que le corresponde recibir a la víctima o damnificado en concepto de indemnización por daño moral, en base a las particularidades del caso.

*“El daño moral no se mide sólo, ni fundamentalmente, por las repercusiones que contiene, sino por el menosprecio que la actividad dañosa en sí misma denota al apersona física o jurídica. Por eso la distinta connotación que tiene la liquidación de daños patrimoniales frente a la estimación del daño moral.”<sup>112</sup>*

Si bien la apreciación o estimación del juez para fijar el monto de la indemnización o la forma de reparación supone un cierto nivel de subjetividad en función de las particularidades de cada caso, existen ciertas pautas objetivas que se toman en cuenta y que reducen las probabilidades de arbitrariedades.

Las referidas pautas son, entre otras, las siguientes: edad, sexo, situación del damnificado indirecto, nivel educativo, capacidad laboral, estado civil, ocupación, medio social, prestigio, relación gastos- ingresos, pluralidad de intereses lesionados. El tratadista Héctor Iribarne los denomina circunstancias personales del damnificado y comprenden tres clases: las económicas como el estado patrimonial; las familiares: el estado civil,

---

<sup>111</sup> ITURRASPE, Mosset. Responsabilidad por daños. Pág. 180.

<sup>112</sup> ZANNONI, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. Pág. 293.

número de hijos, edad y ocupación de los mismos, y finalmente las espirituales por ejemplo la sensibilidad de cada persona, la influencia de hechos exteriores sobre sus estados de ánimo, la receptividad de su carácter, entre otras.<sup>113</sup>

Otros tratadistas<sup>114</sup>, por el contrario, dividen a las circunstancias personales del damnificado en objetivas, caracterizadas por una mayor exterioridad, como viene a ser la entidad de las lesiones, la duración de los padecimientos, su duración y secuelas; y en subjetivas, que abarca aspectos internos como la sensibilidad personal del ofendido o su receptividad particular.

Es igualmente importante tomar en cuenta la situación del agente responsable del daño, pues *“así como con la indemnización no ha de buscarse un enriquecimiento desproporcionado, tampoco es indiferente la ruina del agente, que será innegablemente la ruina de su familia, en la mayoría de los casos.”*<sup>115</sup>

La apreciación judicial, con independencia de la fuente productora del agravio moral, al momento de cuantificar el monto de indemnización consiste en realizar un cálculo que dentro del *“amplio cuadro de la reparación integral es sólo una cuestión de hecho comprobada en la realidad de la vida; en defecto de las previsiones contractuales, las llamadas a establecer el criterio judicial sobre la cantidad y procedencia de la indemnización pedida con arreglo, naturalmente, a la prueba producida por el acreedor reclamante en las actuaciones que se consideren.”*<sup>116</sup>

Sobre el tema, en España la Ley de Protección al Honor, la imagen (Ley Orgánica 5-5-1982) establece la obligación de indemnizar el daño moral atendiendo a pautas objetivas como las circunstancias del caso, al perjuicio real, al medio en que se hizo público o al medio utilizado en general, y al beneficio que le revierte a quien causa el daño.

Por su parte la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina considera que *“la obligación resarcitoria no puede depender de una valoración absolutamente libre, reservada al*

---

<sup>113</sup> Cfr. IRIBARNE, Héctor. La prueba en el juicio de daños a la persona en Revista de derecho de Daños: La prueba del daño I. Editorial Rubinzal- Culzoni. Pág. 95 y siguientes.

<sup>114</sup> Al respecto, BORDA, Alejandro. Ponencia sobre daño moral en Seminario de Daño Moral abril 2010. Quito, Ecuador.

<sup>115</sup> ITURRASPE, Mosset. Responsabilidad por daños. Pág. 199

<sup>116</sup> ITURRASPE, Mosset. Responsabilidad por daños. Pág. 191.

*subjetivismo del juzgador, ni tampoco resultar de una mera enunciación de pautas, realizada de manera genérica y sin precisar de qué modo su aplicación conduce en el caso al resultado que se arriba”.*<sup>117</sup>

Siguiendo este criterio, el tratadista Daniel Pizarro<sup>118</sup> afirma que cuando se trata de la determinación del quantum el juzgador establece la reparación del daño moral en cada caso concreto guardando relación con la verdadera magnitud del perjuicio, la gravedad del dolor, afección o menoscabo, para lo cual en un principio se vale de standars o criterios medios para valorar el perjuicio ( por ejemplo la afección que en general supone la muerte de un hijo), para después circunscribir el monto al caso concreto en virtud de sus peculiaridades ( la muerte del hijo que aportaba la totalidad de ingresos de sus padres).

En resumen, para fijar el monto del resarcimiento el juzgador se debe guiar por el marco de la prudencia judicial, circunspección de los hechos, y criterios de equidad en relación a las circunstancias del caso.

---

<sup>117</sup> Corte Suprema de Justicia argentina. Fallo JA 1981-I-426

<sup>118</sup> PIZARRO, Daniel. Daño moral. Pág. 390.

## CAPITULO II. FUENTES (ORIGEN) DEL DAÑO MORAL

Siguiendo la división clásica de las fuentes u origen del daño moral inspirada principalmente en los textos de derecho francés de mediados del siglo XIX, se establecen por un lado los actos o hechos ilícitos extracontractuales y por otro el incumplimiento contractual como fuentes propicias para originar daño moral.<sup>119</sup>

### 2.1 Acto ilícito extracontractual (delito o cuasidelito).

Los actos ilícitos extracontractuales suponen violación del deber de no dañar a las personas en sí mismas o en sus bienes, como resultado de un obrar antijurídico. Se manifiestan como *“violaciones a los mandamientos del orden jurídico, a las normas de civilidad, violan el deber de no dañar y el derecho a toda persona a la indemnidad, a permanecer libre o exento de daños o no padecer una agravación de los ya existentes.”*<sup>120</sup>

Según el criterio anterior, el fundamento de la obligación de indemnizar en estos casos radica en la ilicitud del acto, pues el damnificado no se encuentra obligado a soportar el daño injusto que se origina en el obrar ilícito unilateral por parte del agente dañoso o demandado.

La obligación de indemnizar al damnificado se origina principalmente en dos actos ilícitos: el delito y cuasidelito civiles. *“El delito supone dolo, la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro. El cuasidelito supone culpa, falta de diligencia o cuidado, imprudencia, negligencia o descuido. El delito es pues el hecho doloso perjudicial y el cuasidelito el hecho culpable perjudicial”.*<sup>121</sup>

Es así que la atribución de responsabilidad por daño moral exige una acción u omisión que pueda subsumirse bajo el concepto de delito o cuasidelito, siempre que haya producido un daño efectivo, existiendo un nexo causal entre éste y el comportamiento

---

<sup>119</sup> BORDA, Alejandro. Ponencia sobre daño moral en Seminario de Daño Moral abril 2010. Quito, Ecuador.

<sup>120</sup> ITURRASPE, Mosset. *Responsabilidad por daños*. Pág. 129.

<sup>121</sup> Corte Suprema de Justicia Primera Sala Civil y Mercantil. Juicio ordinario 252-99 Angel Sánchez Monar vs. Petrocomercial y Congas S.A.

contrario al orden jurídico, siempre que se pueda imputar dicha responsabilidad al demandado de acuerdo a la aplicación de algún criterio, generalmente culpa o dolo.

Generalmente, los Códigos Civiles de los distintos países recogen un catálogo meramente enunciativo o ejemplificativo de los supuestos que se consideran como delitos o cuasidelitos civiles como causas eficientes para originar daño moral, lo cual demuestra por un lado la amplitud que se quiere dar a dicho perjuicio y, además, *“la cantidad de perjuicios extra patrimoniales es un catálogo en constante renovación, ampliación y depuración, gracias a la cambiante y compleja realidad social. Es ésta dinámica la que da origen a innumerables sub especies. Por lo tanto, un estudio taxativo de los mismos es, por un lado imposible, y por el otro corre serio riesgo de ser superado en pocos meses.”*<sup>122</sup>

La legislación civil ecuatoriana regula este tema en su Art. 2258, mismo que abarca como posibles supuestos hechos ilícitos tales como: lesiones, detención arbitraria, injurias, violación, estupro.

En casi todos los Códigos Civiles de Europa<sup>123</sup>, si bien cada uno lo reglamenta de acuerdo a las particularidades del ordenamiento jurídico nacional, se prevén especialmente los siguientes supuestos que originan daño moral resarcible: perjuicio de afecto, pérdida de animidad, daño biológico, perjuicio estético, perjuicio sexual, daño a la salud, contagio de enfermedades terminales por negligencia médica, injurias, intromisión ilegítima en intimidad personal, perjuicio al nombre comercial, muerte, lesiones.

Tomando distancia de la tendencia general, el Código Alemán BGB en su Art. 253 prevé de forma taxativa únicamente tres supuestos de hechos ilícitos en que puede reclamar indemnización (*Schmerzensgeld*) por daño moral el damnificado, mostrando una postura restrictiva en cuanto a la restitución de perjuicios inmateriales en dinero, así:

- Lesión corporal
- Lesión a la salud
- Privación injustificada de la libertad

---

<sup>122</sup> BARRIENTOS, Marcelo. El resarcimiento por daño moral en España y Europa. Pág. 68.

<sup>123</sup> Especialmente los Códigos de España, Italia, Francia y Alemania. Al respecto BARRIENTOS, Marcelo. El resarcimiento por daño moral en España y Europa.

Sin embargo, es importante mencionar que el código alemán prevé la regla de la llamada concurrencia de pretensiones (*Anspruchskonkurrenztheorie*) basada en el “*argumento de intercambiabilidad de los fundamentos de una pretensión de indemnización pues la responsabilidad contractual y la extracontractual pueden coexistir dando origen a pretensiones independientes y concurrentes. El deber general de no lesionar a los demás existe en todo momento y hacia cualquier tipo de sujetos y no decae por el hecho de que exista un contrato.*”<sup>124</sup>

Esto explica el hecho que el Art. 253 BGB se aplique independientemente de que tipo de causa de responsabilidad se trata. Es decir, contrato, delito o responsabilidad por riesgo.<sup>125</sup>

Vale mencionar que a partir de la segunda mitad del siglo XX, el Tribunal Constitucional alemán, con el claro objetivo de ampliar la protección que otorga el antes mencionado artículo en lo relativo a resarcimiento de perjuicios no patrimoniales, realiza una interpretación constitucional otorgando protección expresa a los derechos de la personalidad, en virtud de lo cual por su violación se puede reclamar la respectiva indemnización.<sup>126</sup>

Es aquél el antecedente para la reforma del BGB que tuvo lugar en el año 2002,<sup>127</sup> buscando especialmente proteger a los damnificados a causa de productos farmacéuticos o medicamentos defectuosos; así como para las subsiguientes reformas de leyes laborales o de propiedad intelectual, en las que se reconocen de forma expresa lesiones a derechos inmateriales de la personalidad.

La reforma derogó el Art. 847 BGB y, con algunos cambios, lo incorpora como un segundo apartado del mencionado 253 BGB para así extender la posibilidad de

---

<sup>124</sup> DIEZ- PICASO, Luis y PONCE DE LEÓN. Derecho de daños. Pág. 250.

<sup>125</sup> Cfr. BARRIENTOS, Marcelo. El resarcimiento por daño moral en España y Europa. Pág. 235.

<sup>126</sup> *Ibidem*. Pág. 252.

<sup>127</sup> En relación al análisis de la reforma del BGB de 2002 en cuanto a incumplimiento de obligaciones contractuales, véase LAMARCA I MARQUES, Albert. Artículo Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones en Revista de Derecho online [http://www.indret.com/pdf/078\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/078_es.pdf). Artículo. Fecha de acceso 25 septiembre 2012.

indemnizar el daño moral también a los supuestos de lesiones producidas en el campo de la responsabilidad contractual.

## 2.2 Incumplimiento contractual

Dentro del marco delimitado por el derecho de obligaciones, se puede afirmar que la responsabilidad encuentra su justificación en la infracción a la fuerza obligatoria del contrato por parte de una de las partes, hecho que genera para la otra el derecho a reclamar el resarcimiento de todo perjuicio que tenga por causa el mencionado incumplimiento de obligaciones que emanan vínculo contractual.<sup>128</sup>

Tomasello citando a Orgaz, afirma los actos ilícitos son aquellos, sean positivos o negativos, contrarios al ordenamiento jurídico, y que por consiguiente determinan algún tipo de sanción legal, y están constituidos tanto por delitos y cuasidelitos civiles, como por incumplimiento de obligaciones convencionales.<sup>129</sup>

Es así que el ordenamiento jurídico prevé varias posibilidades con que cuenta el acreedor de la obligación, con el objetivo de intentar la ejecución forzada de la obligación, toda vez que sea factible, y en último término determinar la correspondiente indemnización por los perjuicios causados por la inejecución del deudor, en virtud del principio de reparación integral del daño (tomando en cuenta ciertamente los límites que prevén las mismas normas jurídicas como por ejemplo la existencia de culpa o dolo para determinar las consecuencias por las que responde el deudor).<sup>130</sup>

Se han sostenido dos posturas en cuanto a la naturaleza de la indemnización de daño moral derivada del incumplimiento contractual.

La primera asegura que verificado el incumplimiento por parte del deudor, la obligación sufre una suerte de novación en virtud de la cual ya no sólo se debe al acreedor la

---

<sup>128</sup> Cfr. ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, VODANOVICH, Antonio. Tratado de derecho civil: partes preliminar y general Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 1998. Pág. 160.

<sup>129</sup> Cfr. TOMASELLO, Leslie. El daño moral en la responsabilidad contractual. Pág. 78.

<sup>130</sup> Cfr. PIZARRO, Carlos. Responsabilidad contractual. Tomado de [www.fundacionfueyo.udp.cl](http://www.fundacionfueyo.udp.cl) fecha de acceso 15 de abril de 2012.

prestación originaria objeto del contrato, sino también los daños derivados de la inexecución o de la ejecución tardía.<sup>131</sup>

Sin embargo, la mayoría de la doctrina<sup>132</sup> se ha pronunciado a favor de una segunda postura que se basa en la teoría de la doble función de la responsabilidad contractual, en virtud de lo cual la inexecución de las obligaciones contractuales por un lado dan derecho al acreedor a exigir un pago por equivalencia orientado a extinguir una deuda preexistente, y por otro lado le asiste el derecho de reclamar indemnización tanto de perjuicios materiales como morales que sean consecuencia directa del incumplimiento del deudor, considerado éste último como un nuevo vínculo contractual.

En esta misma línea se pronuncia el tratadista chileno Grosser al sostener que es factible que *“la responsabilidad contractual permite indemnizar los daños consubstanciales y aquellos consecutivos al incumplimiento. Los primeros no tendrían una función de reparación, sino simplemente de restitución, mientras que los segundos presentarían una clara función de reparación.”*<sup>133</sup>

El supuesto que de manera más clara ejemplifica lo sostenido por el antes citado autor es principalmente el del incumplimiento de obligaciones contractuales, cuando involucran o son causa de daño a la integridad física del acreedor.

### **2.3 Teorías de la unificación de la responsabilidad**

Esta teoría encuentra su fundamento en las teorías eclécticas francesas sobre la unidad o separación de los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual.<sup>134</sup> La idea cardinal, propugnada por Moulin, sostiene que entre la ley y el contrato se aprecian más semejanzas que diferencias, al punto que es viable aseverar que *“el apartarse de un*

---

<sup>131</sup> Cfr. PUIG Peña, Federico. Tratado de Derecho civil español. Volumen 1 Obligaciones y Contratos. Revista de Derecho Privado. Madrid, España. Pág. 323.

<sup>132</sup> Se pronuncian, entre otros autores, a favor de esta postura, en España: YZQUIERDO, Mariano, MEDINA, María, ALBALADEJO, Manuel. En Argentina: BORDA, Alejandro, GHERSI, Carlos, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. En Perú: DE TRAZEGNIES, Fernando. En Chile: TOMASELLO, Leslie, FUEYO, Fernando.

<sup>133</sup> PIZARRO, Carlos. Responsabilidad contractual. Tomado de [www.fundacionfueyo.udp.cl](http://www.fundacionfueyo.udp.cl) fecha de acceso 15 de abril de 2012.

<sup>134</sup> Cfr. PIZARRO, Carlos y Álvaro, VIDAL. Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños. Editorial Universidad del Rosario. Rosario, Argentina. 2010. Pág. 123.

*deber legal es una culpa que tiene idéntica naturaleza a la que reviste el apartarse de un deber contractual,*<sup>135</sup> por lo que ambas dan origen a la obligación de indemnizar el daño, patrimonial o moral, irrogado a la contraparte.

El tratadista francés Duranton<sup>136</sup> fue el primero que puso de manifiesto la posibilidad de unificar los denominados deberes indemnizatorios, premisa que fue desarrollada por el estudio de Toullier<sup>137</sup> quien manifestando una idea extrema de unificación, rechazó en su momento la distinción teórica de los tres tipos de culpa introducida por el Código Civil francés, además de mostrarse partidario de la unificación de las fuentes de responsabilidad (delito, contrato y cuasicontrato).

Siguiendo la misma línea de pensamiento, los doctrinarios franceses como Josserand Henry, Ripert y los Mazeaud admitieron la indemnización del daño moral en la responsabilidad contractual<sup>138</sup>. Josserand, refiriéndose al contrato de transporte, afirma que *“en cuanto a los accidentes sobrevenidos a viajes, la jurisprudencia francesa toma en cuenta el perjuicio moral, más aún el pretium doloris y desde 1911 considera que la responsabilidad del porteador de personas es de origen y naturaleza contractual.”*<sup>139</sup>

Pero no es sino hasta la mitad del siglo XIX en que toma protagonismo la idea de que las acciones, que en principio son tradicionalmente extracontractuales, pueden penetrar relaciones contractuales, con fundamento en los diversos casos de supuestos de responsabilidad médica que llegan a conocimiento de las cortes y tribunales.<sup>140</sup>

Defendiendo la idea anterior, se pronunció Planiol,<sup>141</sup> quien reduce las diferencias relevantes entre el régimen contractual y el extracontractual a la limitación del daño resarcible, diferencia que en la práctica carece de importancia y tiende a difuminarse pues es el juez quien tiene la facultad soberana para valorar el daño.

---

<sup>135</sup> QUINTERO, Beatriz. Teoría básica de la indemnización. Pág. 13.

<sup>136</sup> DIEZ- PICASO, Luis y PONCE DE LEÓN Derecho de daños. Pág. 247.

<sup>137</sup> Ibíd.

<sup>138</sup> Cfr. TOMASELLO, Leslie. El daño moral en la responsabilidad contractual. Pág. 241.

<sup>139</sup> QUINTERO, Beatriz. Teoría básica de la indemnización. Pág. 146.

<sup>140</sup> Cfr. DOMINGUEZ, Andrés. Derecho Sanitario y Responsabilidad Médica: Comentarios a la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica. Editorial Lex Nova. Segunda Edición. Noviembre 2007 Valladolid España. Pág. 73 y siguientes.

<sup>141</sup> Cfr. DIEZ- PICASO, Luis y PONCE DE LEÓN Derecho de daños. Pág. 249.

Savatier defendiendo la poca importancia que representa la distinción teórica entre ambos regímenes, afirma que *“no se ve por qué si una falta-culpa viola la vez y contra una misma víctima una obligación contractual y un deber no contractual, la existencia del contrato ha de privar a la víctima de la acción delictual.”*<sup>142</sup>

Como bien lo señala Gil Barragán Romero *“las nuevas corrientes del Derecho Civil de indemnizaciones ya no confieren al dolo y la culpa la calidad de factores absolutos de la obligación de indemnizar, e inclusive tienden a desaparecer otras nociones como la división de la responsabilidad civil en contractual y extracontractual {...} pues el resultado dañoso es idéntico y esto es lo que interesa al derecho”*.<sup>143</sup>

Es por ello que atendiendo a los resultados del acto ilícito y del incumplimiento contractual, el resultado dañoso se traduce en una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de la capacidad de entender, querer o sentir del damnificado, y en ambos supuestos cabe atender a una similitud innegable: el incumplimiento de un deber jurídico concreto o específico, preexistente.<sup>144</sup>

En el estado actual del Derecho de Daños, se verifica una unidad conceptual en cuanto a la responsabilidad por actos ilícitos y por incumplimiento de obligaciones, o lo que es lo mismo, responsabilidad extracontractual y contractual, que se traduce en la reparación de ambas en base al denominado principio de reparación integral del resultado dañoso.<sup>145</sup>

Como bien lo menciona Mosset Iturraspe *“la reparación ha de sancionarse según fórmula integral y unificada, aplicable tanto a la responsabilidad contractual, cualquiera sea a naturaleza de la prestación, como a la extracontractual, sea que los hechos configuren o no delitos del derecho criminal.”*<sup>146</sup>

A decir de Mosset Iturraspe, todo daño moral parte de un perjuicio patrimonial, pero en segundo lugar se podría verificar que a consecuencia de un incumplimiento se origine en

---

<sup>142</sup> DIEZ- PICASO, Luis y PONCE DE LEÓN Derecho de daños. Pág. 248.

<sup>143</sup> BARRAGÁN, Gil. Elementos del daño moral. Corporación de Estudios y publicaciones. Quito, Ecuador. 2008.

<sup>144</sup> Cfr. MOISSET DE ESPANES, Luis. Accidentes de automotores Tomo I. Segunda edición. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza Argentina. Pág. 163.

<sup>145</sup> Cfr. ITURRASPE, Mosset. Responsabilidad por daños. Pág. 127

<sup>146</sup> *Ibíd.*

la contraparte una cierta conmoción psíquica o un desequilibrio en el estado de paz espiritual, que será resarcible toda vez que cuente con una entidad considerable, pues no bastaría para fundamentar la indemnización de un daño moral por incumplimiento contractual los meros estados de incertidumbre o frustración del interés contractual.<sup>147</sup>

Diez- Picaso y Ponce de León sostienen que no existe daño indemnizable por las perturbaciones psicofísicas que una persona experimente a consecuencia del incumplimiento de un contrato, salvo en los casos en que la prestación contractual comprometida por el incumplidor afecte a derechos subjetivos de la personalidad del acreedor.<sup>148</sup>

Un supuesto concreto de daño moral por incumplimiento de un contrato está dado por la frustración del goce de los bienes objeto del mismo, siempre que éstos despierten un alto valor de afección por alguna razón especial, como en el caso del inmueble asiento del hogar conyugal, o de muebles adquiridos o heredados que despierten un vínculo de afecto más profundo.<sup>149</sup>

En España esta teoría se fundamenta en la falta de precisión del Art. 1902 del Código Civil que regula la responsabilidad extracontractual, operando una especie de retroalimentación del Art. 1101 en los supuestos no previstos en aquél, pues cuentan con los elementos comunes de la verificación de un daño y la obligación de indemnizarlo.<sup>150</sup>

### **2.3.1 Relación de causalidad en las teorías de unificación de la responsabilidad**

Dejando de lado las teorías de la condición *sine qua non*, causa eficiente y causa próxima, y con mucha más razón la teoría de la causa remota, es indispensable derivar el daño moral de acuerdo a la denominada causalidad adecuada, tomando en cuenta la previsibilidad media o normal de que ocurra el resultado dañoso.<sup>151</sup>

---

<sup>147</sup> Cfr. ITURRASPE, Mosset. Responsabilidad por daños. Pág. 75

<sup>148</sup> Cfr. DIEZ- PICASO, Luis y PONCE DE LEÓN. Derecho de daños. Pág. 329.

<sup>149</sup> Cfr. PIZARRO, Daniel. Daño moral. Pág. 534.

<sup>150</sup> Código Civil español Materiales de cátedra. Profesora María Medina Alcoz. Tema: Elementos de la responsabilidad civil: relación de causalidad, causalidad fáctica e imputación objetiva. Curso de Derecho de Daños. Escuela de Verano de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, España. Agosto 2011

<sup>151</sup> BORDA, Alejandro. Ponencia sobre daño moral en Seminario de Daño Moral abril 2010. Quito, Ecuador.

Toda la teoría favorable a la reparación integral del daño moral derivado de un incumplimiento de obligaciones contractuales encuentra su fundamento en la relación de causalidad adecuada. *“La adecuación de la causa en función de la posibilidad de un resultado, atendiendo a lo que corrientemente acaece según lo indica la experiencia diaria en orden al curso ordinario de acontecimientos.”*<sup>152</sup>

En otras palabras, la acción que origina el daño moral debe ser idónea para producir el efecto dañoso, de conformidad con lo que acostumbra suceder en la generalidad de los casos.

Haciendo analogía al daño moral que encuentra su origen en un delito o cuasidelito, en caso del incumplimiento contractual la relación de causalidad o vínculo causal debe verificarse entre el hecho imputable al deudor, es decir un incumplimiento como tal, (o cualquier otro factor atributivo de responsabilidad como son la nulidad, resolución, imposibilidad de incumplimiento imputable a una de las partes), y el daño consecuencia directa de la inejecución de la obligación contractual.<sup>153</sup>

La importancia otorgada a la relación de causalidad viene dada pues permite delimitar la obligación de indemnizar circunscribiéndola a las consecuencias inmediatas y necesarias del incumplimiento del contrato, para la generalidad de los casos, y añadiendo si se verifica lo que la doctrina denomina inejecución maliciosa, que por implicar dolo, amplía la obligación de resarcimiento incluyendo también las consecuencias mediatas.<sup>154</sup>

En este sentido se verifica una suerte de limitación de la responsabilidad por dichas consecuencias en los casos de inejecución maliciosa, a diferencia de lo que ocurre con el alcance de la responsabilidad por actos ilícitos, casos en los que se dispone la reparación integral de toda consecuencia previsible, sea mediata o inmediata, directa o indirecta.<sup>155</sup>

---

<sup>152</sup> ITURRASPE, Mosset. Responsabilidad por daños. Pág. 121.

<sup>153</sup> Cfr. SANTA MARIA, Sergio. El hecho generador del incumplimiento contractual y el artículo 1547 del Código Civil. En [www.scielo.cl](http://www.scielo.cl). Fecha de acceso 06-11-2012

<sup>154</sup> Cfr. ZANNONI, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. Pág. 335 y siguientes.

<sup>155</sup> BORDA, Alejandro. Ponencia sobre daño moral en Seminario de Daño Moral abril 2010. Quito, Ecuador.

Siguiendo el pensamiento de Mosset Iturraspe *“la causación no se relaciona necesariamente con un hecho imputable al dolo, ni siquiera con hechos atribuibles a culpabilidad, en sentido lato. Basta la existencia de un factor de atribución cualquiera, puesto que se limita a destacar el nexo entre el hecho productor y el efecto”*.<sup>156</sup>

Como se vio anteriormente, el principio de la unidad de la culpa civil tiene sus orígenes en los estudios de tratadistas franceses que propendían a la unidad de los dos bloques de responsabilidad pues consideraban inútil en la práctica toda distinción teórica entre ambos, y con la meta de viabilizar el derecho al resarcimiento por parte del damnificado. Esto encuentra directa relación con el denominado principio de la reparación plena, pues debe entenderse como resarcimiento de todo daño que se encuentre en relación de causalidad adecuada con el hecho generador, definiendo de tal modo su doble función como criterio para atribuir el daño a un sujeto, y como parámetro de delimitación de la extensión del resarcimiento.<sup>157</sup>

Tomando el pensamiento de Alejandro Borda,<sup>158</sup> se pueden puntualizar las siguientes razones a favor de la teoría de la unificación:

- Identidad de ilicitud.- Tanto el incumplimiento de obligaciones contraídas por medio de un contrato como un hecho que no se enmarque dentro de una relación contractual pueden considerarse ilícitos propicios para originar un daño moral, por lo que el ordenamiento jurídico debe prever igual sanción para el agente dañoso.
- Unidad conceptual de la responsabilidad civil.- Este concepto ha sido tomado en cuenta por la jurisprudencia española como base para declarar admisible una yuxtaposición de las responsabilidades contractual y extracontractual que daría lugar a acciones que se pueden ejercitar alternativa o subsidiariamente, con el fin de favorecer a la víctima y lograr un resarcimiento integral del daño.<sup>159</sup>
- Se prescinde del dolo o la culpa dando prioridad al derecho de reparación que tiene la víctima.

---

<sup>156</sup> ITURRASPE, Mosset. Responsabilidad por daños. Pág. 62.

<sup>157</sup> Cfr. PIZARRO, Daniel. Daño moral. Pág. 381.

<sup>158</sup> BORDA, Alejandro. Ponencia sobre daño moral en Seminario de Daño Moral abril 2010. Quito, Ecuador.

<sup>159</sup> Cfr. DIEZ- PICASO, Luis y PONCE DE LEÓN. Derecho de daños. Pág. 258.

- Importa tanto incumplir un contrato como causar un daño por un hecho ilícito, y la patrimonialidad de la prestación no evita que por parte del acreedor pueda mediar un interés de carácter extra patrimonial en el cumplimiento por parte del deudor, así como tampoco se puede desconocer el derecho de dicho acreedor al goce de bienes debidos, o bienes cuyo vínculo de afección sea considerable.<sup>160</sup>

## 2.4 Teorías en contra de la unificación de la responsabilidad contractual y extra contractual

Si bien con el paso del tiempo esta teoría cuenta cada vez con menos adeptos,<sup>161</sup> es importante mencionar los fundamentos en que se sustenta. Así, la imposibilidad de unificar ambos tipos de responsabilidades radica, según Brebbia, citado por Mosset Iturraspe,<sup>162</sup> en las siguientes diferencias existentes entre ambas:

- La previsibilidad del daño amplía la reparación, tomando importancia la diferencia entre el elemento culpa y el dolo, pues si la conducta del agente dañoso es culposa, responde únicamente por las consecuencias inmediatas, mientras que si obra con dolo, se amplía la reparación incluyendo a las consecuencias mediatas.
- El daño moral a causa del incumplimiento contractual es una especie no habitual, pues la mera connotación de orden psíquico, que aparece como efecto común del incumplimiento, no es suficiente para configurarlo.<sup>163</sup>
- Reparación integral y valoración de la conducta del agente

Diez- Picaso y Ponce de León afirman que el llamado principio de unidad de la culpa civil constituye una falacia pues no se puede equiparar la situación de quien se encuentra

---

<sup>160</sup> Cfr. ITURRASPE, Mosset. Responsabilidad por daños. Pág. 153.

<sup>161</sup> Cfr. CASAS, María. Reflexión acerca de la conexión estructural daño- responsabilidad civil-obligación en Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García Volumen I. Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia. Murcia, España. 2004. Pág. 892 y 893, para quien la responsabilidad contractual y extra contractual son esencialmente distintas en su génesis o en lo que denomina diferencia ontológica o de nacimiento.

<sup>162</sup> Cfr. ITURRASPE, Mosset. Responsabilidad por daños. Pág. 155.

<sup>163</sup> *Ibidem*.

vinculado por un contrato aceptado previamente, con quien causa daño a otro sin que exista una previa relación jurídica.<sup>164</sup>

En general, Iturraspe resume así algunas diferencias importantes entre un tipo de responsabilidad y otro:

**Plazo de prescripción.-** Según la legislación española la acción para la responsabilidad contractual prescribe en general en 15 años (Art. 1964) mientras que la acción por responsabilidad extracontractual prescribe en un año (Art. 1968).

En el caso de la legislación argentina, se prevé el plazo de 10 años por prescripción ordinaria y 2 años en el ámbito aquiliano.

**Previsibilidad del daño.-** En el caso de los actos ilícitos extracontractuales, el daño moral es considerado una consecuencia inmediata, mientras que en el incumplimiento contractual es una consecuencia mediata, pues *“deberá tenerse en cuenta el interés moral en el cumplimiento de la prestación; en qué medida este interés trasciende y puede ser conocido por el deudor, puesto que solo responde de los daños que previó o pudo prever empleando la debida atención y conocimiento de la cosa.”*<sup>165</sup>

#### **2.4.1 Doctrina en contra de la indemnización del daño moral contractual**

Es relevante mencionar en este punto la posición que defiende Scognamiglio, apartándose de la teoría de la unificación de responsabilidades, para quien el daño moral contractual no es resarcible toda vez que *“el incumplimiento de la obligación no puede constituir en sí y por sí un daño moral, tampoco podrán serlo sus consecuencias, en cuanto se trate de las repercusiones de orden subjetivo o psíquico de la inejecución de la prestación.”*<sup>166</sup>

En definitiva, para el mencionado autor los daños morales como lesión a los bienes de la personalidad no serían susceptibles de configurar el objeto de obligaciones en sentido propio, además que los intereses morales que los contratantes pudieron haber tenido en

---

<sup>164</sup> Cfr. DIEZ- PICASO, Luis y PONCE DE LEÓN. Derecho de daños. Pág. 264.

<sup>165</sup> ITURRASPE, Mosset. Responsabilidad por daños. Pág. 122.

<sup>166</sup> SCOGNAMIGLIO, Renato. El daño moral. Pág. 65.

cuenta al momento de obligarse carecen de tutela específica.<sup>167</sup> Sin embargo, afirma el mismo autor, que existiría una única hipótesis en que podría configurarse daño moral contractual y corresponde al siniestro durante la ejecución de un contrato de transporte, siempre que medie lesión a la persona del acreedor, caso en el que afirma (erróneamente), que al concurrir responsabilidad contractual y extracontractual, la que rige sería ésta última, pues la primera no se encuentra prevista de manera expresa en las normas del Código Civil.<sup>168</sup>

Es necesario tomar en consideración que las ideas de Scognamiglio se fundamentan en la restricción relativa a la aceptación del daño moral que consagra la legislación italiana, por cuanto procede su indemnización únicamente en los casos establecidos por la ley, que en su gran mayoría corresponden a delitos penales, así como el requisito de patrimonialidad que se establece sea en relación al contenido de la prestación o al interés del acreedor.<sup>169</sup>

La mencionada patrimonialidad de la obligación es sostenida por otros autores como razón última para negar la procedencia de la indemnización de daño moral derivado de incumplimiento del contrato, pues afirman que toda prestación debe ser susceptible de apreciación pecuniaria. Siguiendo este pensamiento, se podría concluir que *“ese requisito ineludible de toda obligación genera, como consecuencia evidente, que sólo son tutelados por el derecho de obligaciones los intereses patrimoniales, quedando fuera de tal protección los meramente morales o extra patrimoniales.”*<sup>170</sup>

Bajo la misma idea, ciertos autores<sup>171</sup> afirman que la no resarcibilidad del daño moral está relacionada con su falta de contenido patrimonial, que colocaría a dicho perjuicio fuera del objeto del contrato, y por ende fuera del campo que rige el derecho de obligaciones.

La vigencia de estos argumentos es cuestionable pues en modernas legislaciones se prevé de forma expresa como requisito que el interés perseguido por el acreedor sea

---

<sup>167</sup> SCOGNAMIGLIO, Renato. El daño moral. Pág. 66.

<sup>168</sup> *Ibidem*.

<sup>169</sup> Cfr. BARRIENTOS, Marcelo. El resarcimiento por daño moral en España y Europa. Pág. 306.

<sup>170</sup> DOMÍNGUEZ, Carmen. El daño moral. Pág. 170.

<sup>171</sup> En general los autores franceses Domat, Pothier y Laurent. DOMÍNGUEZ, Carmen. El daño moral. Pág. 171.

digno de protección legal, con independencia de su valor pecuniario. Así el Art. 398-2 del Código Civil Portugués y el 241 del BGB alemán, con la clara excepción del derecho italiano en que es incuestionable la existencia de la exigencia de patrimonialidad por texto expreso de la norma.

La tratadista Domínguez dilucida la anterior cuestión en estas palabras *“la resarcibilidad del daño moral no depende del contenido que se asigne a la prestación, patrimonial o extra patrimonial, sino de la extensión con que se concibe la responsabilidad civil. En otras palabras, una vez producido el incumplimiento, la posible indemnización por daño moral está sujeta única y exclusivamente a las reglas o principios que rigen la responsabilidad, a la noción de reparación y a la función que se concede a la indemnización pecuniaria.”*<sup>172</sup>

## **2.5 Tratamiento del daño moral contractual en el Derecho comparado**

### **2.5.1 Argentina**

La legislación y jurisprudencia argentinas<sup>173</sup> se muestran ampliamente partidarias de la reparación del daño moral cualquiera sea su fuente generadora o el factor de atribución aplicable, resultando suficiente que se configuren los requisitos de resarcibilidad del daño, y apartándose de esta manera del sistema rígido de tipificación que por ejemplo se prevé en el Código Alemán.<sup>174</sup>

La violación del contrato tiene daño emergente, lucro cesante, pero también tiene un impacto en la persona que ve frustrada su tasa de satisfacción

La legislación argentina es partidaria del denominado sistema unitario de responsabilidad civil en materia contractual y extracontractual, pues en el Código Civil se preveía, antes de

---

<sup>172</sup> DOMÍNGUEZ, Carmen. El daño moral. Pág. 228.

<sup>173</sup> Doctrina al respecto: BORDA, Alejandro, ZANONI, Eduardo, KEMELMAJER, Aída, GHERSI, Carlos. Jurisprudencia, véase Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Causa P.F.M contra Inmuno S.A. No. MJJ46850 de 03 de agosto de 2009, Cámara de Apelaciones de Trelew Sala B Causa C.N. contra Foderami No. MJJ53866 de 03 de marzo de 2010, y Cámara Nacional de Apelaciones Causa Markulin Daniel contra Metalúrgica Kysar No. MJJ53502 de 01 de diciembre de 2009.

<sup>174</sup> Cfr. PIZARRO, Daniel. Daño moral. Pág. 168.

la reforma, de forma expresa que las normas sobre actos ilícitos se hacen extensivas a los hechos u omisiones dentro de la esfera de incumplimiento contractual. La referida reforma del año 1968 se cita a continuación: “Art. 1078.- La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima”.<sup>175</sup>

Además en su actual Art. 906 se señala que la reparación de daños abarca a todos aquellos que estén en relación de causalidad adecuada y no comprenden las consecuencias remotas, así: “Art. 906.- En ningún caso son imputables las consecuencias remotas que no tienen con el hecho ilícito nexa adecuado de causalidad.”<sup>176</sup>

Ya en el Anteproyecto de 1954 se admitía el resarcimiento por daño moral en casos de incumplimiento doloso de la obligación por parte del deudor, así: “Art. 521.- Si la inejecución de la obligación fuese maliciosa los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas.”<sup>177</sup>

Finalmente la Ley 17.711 recoge la siguiente norma:

*“Art. 522.- en los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso.”*

La razón que promovió la reforma del Código Civil argentino se basa en que tanto en el supuesto de daño moral de origen extra contractual como en el que se derive de incumplimiento de obligaciones contractuales, “el menoscabo espiritual derivado de la lesión a un interés no patrimonial puede ocasionarse y merece la misma reacción del ordenamiento jurídico, orientada a restablecer el equilibrio alterado mediante el pertinente resarcimiento”.<sup>178</sup>

---

<sup>175</sup> BORDA, Alejandro. Unificación del resarcimiento en materia de responsabilidad contractual y extracontractual. En [www.reigadaborda.com.ar/EN/publications/alejandra\\_borda/Unificacion-de-la-responsabilidad.pdf](http://www.reigadaborda.com.ar/EN/publications/alejandra_borda/Unificacion-de-la-responsabilidad.pdf). Fecha de acceso 03 de octubre de 2010

<sup>176</sup> *Ibidem*.

<sup>177</sup> *Ibidem*.

<sup>178</sup> PIZARRO, Daniel. Daño moral. Pág. 174.

Un supuesto de responsabilidad civil obligacional objetiva se encuentra establecido en el Art. 184 del Código de Comercio, que prevé la obligación de indemnizar por parte del empresario en caso de la muerte o lesión de un viajero que utilice los servicios de transporte automotor por él, ofertados.

Sobre el daño moral contractual la Cámara de Apelaciones en lo Civil, que dirimió la controversia entre una sociedad y uno de sus administradores en virtud del incumplimiento contractual de un contrato innominado, sentenció que *“como consecuencia de lo expresado, la reparación del agravio moral derivado de la responsabilidad contractual (Art. 522) queda librada al arbitrio del juez, quien libremente debe apreciar su procedencia. Sin embargo, se debe conceder cierta estrictez y es a cargo de quien lo reclama su prueba concreta”*.<sup>179</sup>

En el caso mencionado, se niega al actor la indemnización por daño moral pues a pesar de tener la carga de la prueba, no probó la existencia del agravio, ni acreditó su cuantía o por lo menos ciertas pautas de valoración del perjuicio moral, quedando fuera de discusión el hecho de si cabe o no la acción de daño moral por incumplimiento contractual.

Por lo expuesto, a modo de resumen, se señalan a continuación los supuestos que dan lugar a indemnización de daño moral por incumplimiento de obligaciones contractuales, bajo la legislación argentina:

- **Incumplimiento culposo**

En virtud del Art. 520 y 903 del Código Civil, la obligación de indemnizar del deudor responsable de los daños irrogados al acreedor está compuesta tanto por las consecuencias inmediatas como las necesarias de ese incumplimiento.

- **Incumplimiento doloso o inejecución maliciosa**

---

<sup>179</sup> SALA A CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DE LO CIVIL ARGENTINA. Juicio por daños y perjuicios. MJJ-53502 1 de diciembre de 2009

Previsto en el Art. 521 y 904 del Código Civil, donde se prevé que el deudor además responderá al acreedor por las consecuencias mediatas previsibles del incumplimiento.

Tomaré como ejemplo una sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, pronunciándose en este sentido: *“por inejecución maliciosa de la obligación debe entenderse la practicada ex profeso o a propósito, no cumpliendo el deudor lo que debía y podía cumplir. Es una malicia específica, referida al deber de prestar que pesa sobre el deudor: he aquí el dolo obligacional, que se distingue del dolo delictual que- como es sabido- además de las consecuencias inmediatas y mediatas, resulta también abarcativo de las causales”*.<sup>180</sup>

En Argentina, entonces, opera el daño moral tanto por incumplimiento contractual tomando en cuenta la previsión de los efectos de las obligaciones, así como los casos de ineficacia sobreviniente de los contratos por imposibilidad de cumplimiento imputable a una de las partes (Art. 889), por resolución (Art. 1204) entre otros.

### 2.5.2 España

El derecho español forma parte del grupo de ordenamientos jurídicos europeos que adoptan una posición flexible con respecto al daño moral por infracción de obligaciones contractuales,<sup>181</sup> que junto con Francia y Bélgica, defienden como regla general la procedencia de la indemnización de dicho supuesto de daño. En contra posición se ubica el grupo de ordenamientos jurídicos, como el de Italia y Alemania<sup>182</sup>, que admiten tal indemnización únicamente en supuestos excepcionales establecidos por el legislador, si bien en los últimos diez años las excepciones a esos supuestos se han ido ampliando sea mediante reformas legislativas o mediante precedentes jurisprudenciales, pues no pueden hacer abstracción de la real evolución del derecho de daños.

---

<sup>180</sup> SALA A CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DE LO CIVIL ARGENTINA. Juicio por daños y perjuicios. MJJ-53502 1 de diciembre de 2009

<sup>181</sup> Cfr. DOMÍGUEZ, Carmen. El daño moral Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. Pág. 367 y 368.

<sup>182</sup> Al respecto, BARRIENTOS, Marcelo. El resarcimiento por daño moral en España y Europa. Editorial Ratio Legis. Legislación civil italiana Pág. 94 y siguientes, legislación civil alemana Pág. 225 y siguientes.

Siendo la legislación española una de las más avanzadas en lo que a Derecho de Daños se refiere, es indudable que el instituto del daño moral se encuentra ampliamente reconocido por la jurisprudencia de ese país con total independencia de su origen.

En lo referente a la fuente extra contractual, el primer hito jurisprudencial data del 1912 fecha en que el más alto Tribunal español reconoce el daño moral por atentado al honor<sup>183</sup>, y en 1917 se otorga indemnización a un médico por haberle ocasionado perjuicio a su fama y reputación profesional, en este último fallo se establece además la independencia del daño moral en relación al patrimonial.<sup>184</sup>

Gracias a la evolución jurisprudencial, le es posible actualmente al damnificado deducir acción toda vez que se le ha irrogado daño moral en supuestos tan variados que van desde la ruina de edificios, deficientes servicios funerarios, despidos improcedentes en condiciones humillantes, pérdida de disfrute de vacaciones, e incluso por pérdida de oportunidad procesal por negligencia del abogado o procurador.<sup>185</sup>

El Tribunal Supremo español mediante el fallo STS de 9 de mayo de 1984 extiende por primera vez la indemnización del daño moral a un supuesto de incumplimiento contractual, por inejecución de la obligación por parte de la compañía Telefónica Nacional de España, a quien el demandante contrató para publicar su información personal y profesional (abogado) en la guía telefónica, publicación que por negligencia atribuible a la telefónica fue omitida.<sup>186</sup>

Dice el fallo en la parte pertinente, casando la sentencia de la Sala inferior:

*“no cabe excluir la idea de que el incumplimiento no constituya per se un perjuicio, un daño, una frustración en la economía del aparte, en su interés material o moral, pues lo contrario equivaldría a sostener que el contrato opera en el vacío y que sus vicisitudes, en concreto las contravenciones de*

---

<sup>183</sup> BARRIENTOS, Marcelo. El resarcimiento por daño moral en España y Europa. Editorial Ratio Legis. Pág. 320.

<sup>184</sup> *Ibidem*.

<sup>185</sup> Cfr. BARRIENTOS, Marcelo. El resarcimiento por daño moral en España y Europa. Pág. 323 y siguientes.

<sup>186</sup> Apuntes de cátedra. Profesor Mariano Yzuierdo Tolsada. Tema: Responsabilidad contractual y extracontractual, subjetiva o por culpa y objetiva. Curso de Derecho de Daños. Escuela de Verano de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, España. Agosto 2011.

*las partes, no habrán de tener ninguna repercusión [...] Si la Sala sentenciadora admite y declara que hubo negligencia de la Compañía Telefónica y contravención por ésta del contrato de publicidad, debió de sacar las derivaciones lógicas y normales de ese incumplimiento, sin refugiarse en la estricta literalidad y excesiva generalidad de aquella tesis negativa, que ha de ser matizada según los casos y circunstancias, concretamente y con más razón en los supuestos de exigencia del resarcimiento por daños inmateriales, tales la fama, el prestigio, la nombradía profesional, la permanencia en el ejercicio de una actividad dependiente de clientela y anunciada mediante la normal publicidad realizada en la guía telefónica según contrato con el cliente o abonado reclamante.”*

La base legal para proponer la acción de indemnización en estos casos se basa en la interpretación antes extremadamente restringida de los artículos 1101<sup>187</sup> y siguientes del Código Civil español, que regulan las obligaciones contractuales, así como el Art. 1902<sup>188</sup> que regula la responsabilidad extra contractual. Doctrina y jurisprudencia actuales<sup>189</sup> han convenido en sostener que opera una suerte de retroalimentación, pues los preceptos si bien son de aplicación extra contractual, podrían ser aplicados también a la esfera contractual, y viceversa, debido a la incompleta regulación en ambas esferas de la responsabilidad civil, todo esto basado en su naturaleza común y su fin único de resarcimiento integral del daño injusto.

Además, el Tribunal Supremo ha sostenido en reiteradas ocasiones que el texto del Art. 1101 al imponer el deber de indemnizar por los daños y perjuicios a quien “*en cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquella*”, no sólo se referiría a los daños

---

<sup>187</sup> “Art. 1101.- Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieron al tenor de aquéllas.”

<sup>188</sup> “Art. 1902.- El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”

<sup>189</sup> Doctrina al respecto: YZQUIERDO, Mariano, MEDINA, María, MUÑOZ, Carmen, ALBALADEJO, Manuel. Jurisprudencia: Sentencia Tribunal Supremo Sala de lo Civil Causa 533/2000 de 31 de mayo, Sentencia Tribunal Supremo Sala Comercial Causa Hervideros S.A. contra Yuca Construcciones S.A. de 31 de octubre de 2002, Sentencia Tribunal Supremo Sala Civil de 28 de marzo de 2005 Causa X.Y. contra BBVA.

patrimoniales, determinados por el clásico binomio de daño emergente y lucro cesante en el Art. 1106<sup>190</sup>, sino que se entiende que la primera norma incluye todo perjuicio moral, y se niega el carácter supuestamente restrictivo de ésta última, sin olvidar por supuesto que no existe una prohibición expresa que niegue la viabilidad de otorgar indemnizaciones por daño extra patrimonial contractual.<sup>191</sup>

Por esa razón, en los últimos 5 años se deja a prudencia del actor el elegir si fundamentará su acción en los artículos de la responsabilidad contractual o extra contractual, pues la apreciación de la responsabilidad corresponde a las partes, y porque se considera al Art. 1902 como la prohibición o deber general de no causar daño a otro.

Constituyen precedentes jurisprudenciales en materia de daño moral contractual, entre otros, los siguientes:

- Cumplimiento deficiente o tardío o incumplimiento de contratos relacionados con servicios funerarios. Al respecto sostiene el Tribunal Supremo en sentencia STS 10-06-2002<sup>192</sup> caso en que la empresa gestora del cementerio de Málaga, a causa de negligencia de uno de sus empleados que procedió a vaciar el nicho en el que se encontraban los restos del esposo de la demandante y arrojarlos a una fosa común, extiende la respectiva indemnización pues el acto ha *“causado un grave daño moral a los sentimientos y convicciones de la señora B consistente en la pérdida irreversible de los restos de su esposo”*.

En el mismo sentido se han emitido los siguientes fallos STS 18-7-2000, STS 19-10-2000, SAP Málaga 20-3-1999, SAP Barcelona 8-2-2001 y SAP Barcelona 9-4-2008.<sup>193</sup>

---

<sup>190</sup> “Art. 1106.- La indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes.”

<sup>191</sup> Cfr. SOLÉ, Josep. El daño moral por infracción contractual: principios modelos y derecho español. En revista para el análisis del Derecho [www.indret.com](http://www.indret.com). Fecha de acceso 06 de noviembre de 2012. Pág. 29 y siguientes.

<sup>192</sup> *Ibídem*. Pág. 22.

<sup>193</sup> *Ibídem*. Pág. 23.

- Despido improcedente de trabajadores dentro del marco de un contrato de trabajo temporal, siempre que sea imposible readmitir al trabajador. Los tribunales fundamentan esta indemnización en la pérdida de oportunidad de ejercitar la actividad profesional, permaneciendo inactivo por habersele privado de la posibilidad de ejercicio de forma ilícita, así como el desprestigio que supone para la imagen del damnificado dentro del mercado laboral.

En relación a este punto cabe citar las sentencias: STS 29-1-1997, STS 22-4-1998, SAP Castilla y León 10-10-2005, SAP Las Palmas 13-11-2002.<sup>194</sup>

- Incumplimiento de contrato de viajes combinados. Sobre este punto se observa una general aceptación dentro de los ordenamientos jurídicos de la Comunidad Europea por la existencia de la Directiva del Consejo 90/314/CEE de 13 de junio de 1990 que admite expresamente la indemnización de daño moral que resulta del incumplimiento o cumplimiento defectuoso siempre que cause la pérdida del disfrute de vacaciones. La fundamental razón en que se basó el Consejo fue que el objeto del contrato relativo a viajes o vacaciones combinadas tiene un innegable carácter inmaterial, pues está destinado a proporcionar a los contratantes bienestar, placer o tranquilidad.

Al respecto se pueden consultar las sentencias del Tribunal Supremo Español STS 31-5-2000 y STS 14-2-1995, así como de las Audiencias SAP- Madrid- 15-12-2006, SAP- Leida 12-3-1998, SAP- Asturias 28-2-2002.<sup>195</sup> El común denominador se establece por la tensión, incertidumbre, pérdida de días de trabajo, tensiones padecidas por los actores al perder el disfrute de vacaciones por causas imputables a los demandados.

- Pérdida de oportunidad procesal imputable a abogados y procuradores por negligencia que frustra la expectativa procesal de su cliente, en las que se indemniza el daño moral por incumplimientos como la interposición fuera de plazo de un recurso que el cliente ha solicitado (STS 14-7-2008, STS 15-2-2008), la

---

<sup>194</sup> SOLÉ, Josep. El daño moral por infracción contractual: principios modelos y derecho español. En revista para el análisis del Derecho [www.indret.com](http://www.indret.com). Fecha de acceso 06 de noviembre de 2012. Pág. 34.

<sup>195</sup> *Ibíd.* Pág. 22 y siguientes.

frustración de expectativas en relación a la posibilidad de éxito de un recurso (STS 26-1-1999), impedir el ejercicio de una acción legítima y adecuada a las circunstancias del caso (STS 14-5-1999), privación de la oportunidad de someter a la consideración de los tribunales una determinada pretensión (STS 14-12-2005).<sup>196</sup>

- Josep Solé Feliu<sup>197</sup> en su colaboración para la revista de derecho analiza dos innovadores fallos del Tribunal Supremo español en que condena al Banco Santander S.A. al pago de una indemnización por concepto de daño moral originado en el incumplimiento del contrato de cambio de moneda extranjera, al haber entregado a sus clientes en ambos casos billetes falsos que les ocasionaron posteriormente incomodidades graves e incluso la detención en un país extranjero: STS 17-5-2005 y STS 28-3-2005.<sup>198</sup>

En este caso a causa de la infracción de la buena fe contractual, y la negligencia mostrada por la entidad bancaria al no comprobar la autenticidad de los billetes entregados a sus clientes, se le imputa el daño irrogado a éstos como consecuencia necesaria de su incumplimiento y como perjuicio previsible al momento en que se perfeccionó el contrato.

### 2.5.3 Chile

Si bien la legislación chilena no regula de forma expresa en el Código Civil lo referente al daño moral contractual, se ha verificado una evolución de la jurisprudencia<sup>199</sup> y la

---

<sup>196</sup> Fallos comentados en SOLÉ, Josep. El daño moral por infracción contractual: principios modelos y derecho español. En revista para el análisis del Derecho [www.indret.com](http://www.indret.com). Fecha de acceso 06 de noviembre de 2012. Pág. 25 y siguientes.

<sup>197</sup> SOLÉ, Josep. El daño moral por infracción contractual: principios modelos y derecho español. En revista para el análisis del Derecho [www.indret.com](http://www.indret.com). Fecha de acceso 06 de noviembre de 2012.

<sup>198</sup> *Ibidem*.

<sup>199</sup> Al respecto véase Corte de Apelaciones de Concepción causa No. 2701-2002 sentencia de 03 de mayo de 2003, Corte de Apelaciones de Santiago 25 de septiembre de 1996 en Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo XXCIII sección 2 pág. 115, Corte Suprema fallo de 02 de enero de 2000 en Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo XCVII sección 1 Pág. 1, Corte de apelaciones de Santiago sentencia de 26 de octubre de 2004 en Gaceta Judicial No. 292 de 2004. Fallos citados en <http://www.scielo.cl/scielo>. CARDENAS, Hugo artículo Daño moral por incumplimiento de contrato: un réquiem por la uniformidad jurisprudencial. Fecha de acceso 05 de octubre de 2012.

doctrina<sup>200</sup>, que conforme ha transcurrido el tiempo ha cambiado su perspectiva de negar la indemnización de daño moral derivado de incumplimiento de obligaciones contractuales, para actualmente aceptar esta posibilidad.

En este país tuvo gran acogida los fundamentos de la teoría de unificación de responsabilidad contractual y extracontractual en lo referente al daño moral pues no existe una razón de importancia para adoptar soluciones distintas en uno u otro caso, cuando el daño moral resultante es idéntico, negando la indemnización en el caso de que ente el agente dañoso y el damnificado exista un vínculo contractual previo, y por el contrario otorgando la indemnización a éste último en caso de que se origine en delito o cuasidelito.

La doctrina chilena, encabezada por el profesor Fernando Fueyo,<sup>201</sup> sostenía que la falta de reglamentación no es motivo suficiente para desechar una demanda de indemnización de daño moral contractual, y que por el contrario debería ser aceptada admitiendo el hecho de que en el marco del Derecho de obligaciones, el acreedor no siempre persigue un interés patrimonial para contratar, ni tampoco el objeto de la obligación debe tener como requisito dicha patrimonialidad.<sup>202</sup>

Por ello, una vez el deudor incumple o ineficaz su obligación, lesiona el interés del acreedor, configurando uno de los requisitos para que opere la indemnización de perjuicio, toda vez que dicho incumplimiento representa un acto injusto que el acreedor no está obligado a soportar.<sup>203</sup>

Los tribunales en principio negaban, a pesar de no existir una norma expresa que lo prohíba, toda indemnización de daño moral derivado de incumplimiento contractual.<sup>204</sup> Sin embargo, el primer precedente jurisprudencial aceptando dicha pretensión se dio justamente en el marco del incumplimiento de un contrato de transporte, que

---

<sup>200</sup> En contra de la indemnización de daño moral contractual ALESSANDRI, Arturo, A favor, TOMASELLO, Leslie, DOMÍNGUEZ, Carmen.

<sup>201</sup> Citado por PIZARRO, Carlos. Responsabilidad contractual. En [www.fundacionfueyo.udp.cl](http://www.fundacionfueyo.udp.cl) fecha de acceso 15 de abril de 2012.

<sup>202</sup> DOMÍNGUEZ, Carmen. El daño moral tomo 1. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 197 y 198.

<sup>203</sup> Cfr. TOMASELLO, Leslie. El daño moral en la responsabilidad contractual. Pág. 232.

<sup>204</sup> Fallos que descartaron la reparación de daño moral en sede contractual: Corte de Santiago sentencia de 13 de agosto de 1935 en Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo 33 sección 1 pág. 331, Corte de Santiago en Revista de Derecho y Jurisprudencia sentencia de 02 de diciembre de 1948, tomo 47 sección 1 pág. 127.

generalmente es en el que menos se discute la posibilidad de que cuyo incumplimiento origine daños extra patrimoniales.<sup>205</sup>

Si bien existen ciertos tipos contractuales, como es justamente el contrato de transporte antes referido o el de servicios médicos, que se prestan con mayor facilidad para admitir u originar daños morales, no significa que se limiten exclusivamente a éstos, pues la posibilidad de que se manifieste tal tipo de daños es cuestión de que concurren los requisitos correspondientes.

En palabras de Tomasello *“la naturaleza o estructura del contrato no decide, técnicamente, acerca de si es o no posible la concurrencia de daño moral. Es una cuestión del bien jurídico protegido.”*<sup>206</sup>

La Corte Suprema Chilena en fallo de 3 de julio de 1951,<sup>207</sup> que dirime la controversia entre la actora contra la Empresa Nacional de Transportes Colectivos S.A., establece la responsabilidad contractual de la empresa porteadora al no conducir con la debida seguridad a la pasajera, sufriendo ésta un accidente, que le causó una fractura en su pierna izquierda, la cual posteriormente tuvo que ser amputada.

Se establece en la parte pertinente del fallo que *“en el contrato de transporte el porteador responde de la culpa leve y es obligación suya conducir al pasajero hasta el último lugar de su destino con la debida diligencia y cuidado, como lo haría un buen padre de familia, debe concluirse que tanto el daño material como el moral son previsibles, no pudiendo constar esta obligación en el contrato por ser verbal [...] En consecuencia, es inconcuso que siendo indemnizable el daño material ocasionado por el accidente en cuestión, también lo es el moral, naturalmente, del incumplimiento de una obligación emanada de un contrato, cuando se produce por culpa del deudor. Pues la ley positiva no hace sobre el particular ninguna distinción, tanto más cuanto que ambos daños tienen una misma causa.”*<sup>208</sup>

---

<sup>205</sup> Cfr. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 21 de julio de 1951 en Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo 48 sección 1 Pág. 252.

<sup>206</sup> TOMASELLO, Leslie. El daño moral en la responsabilidad contractual. Pág. 60.

<sup>207</sup> DOMÍNGUEZ, Carmen. El daño moral tomo 1. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 335 y 336.

<sup>208</sup> TOMASELLO, Leslie. El daño moral en la responsabilidad contractual. Pág. 306.

Sin desconocer el trascendente precedente que significó en la jurisprudencia chilena el fallo antes citado, cabe mencionar que declara indemnizable el daño moral contractual toda vez que “*se manifiesta en depresión, afección a la psiquis, angustia de la víctima, que repercute en su actividad de trabajo y por ende en sus facultades económicas*”, es decir condiciona a que el daño moral deba tener algún tipo de repercusión pecuniaria para que sea indemnizable.

Un segundo precedente está constituido por la sentencia de la Corte Suprema de Justicia con fecha 14 de abril de 1954<sup>209</sup>, en que nuevamente dentro del marco de un contrato de transporte, otorga indemnización por daño moral contractual por cuanto considera previsibles los daños materiales y morales por parte de los contratantes, además de considerar ilógico que se declare indemnizable únicamente el perjuicio extra patrimonial únicamente al provenir de delito o cuasidelito, y al contrario negarlo si procede de infracción contractual, pues tienen una misma consecuencia.

A decir de Tomasello, la crítica que cabe realizar a este fallo se basa en la confusión de conceptos de que se vale para declarar indemnizable el daño moral a causa del incumplimiento del contrato de transporte, pues la Corte afirma que la infracción de la obligación de seguridad que recae sobre el porteador constituye al mismo tiempo cuasidelito civil e infracción contractual, aunque finalmente se funde la indemnización únicamente en la última fuente de obligaciones.<sup>210</sup>

Sin embargo, en los años posteriores a estos fallos se evidenció una falta de uniformidad en cuanto a la jurisprudencia chilena, ya que no todos los tribunales parecían aceptar el criterio por ellos observado.

Afortunadamente la Corte Suprema de Justicia pone fin a la inseguridad jurídica en torno al tema, declarando procedente la indemnización de daño moral por incumplimiento contractual como uno de los principios rectores dentro del régimen de responsabilidad civil

---

<sup>209</sup> DOMÍNGUEZ, Carmen. El daño moral tomo 1. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 336 y 337.

<sup>210</sup> Cfr. TOMASELLO, Leslie. El daño moral en la responsabilidad contractual. Pág. 311.

en el derecho chileno: fallo CSJ 20 de octubre de 1994<sup>211</sup> y CSJ 5 de noviembre de 2001.<sup>212</sup>

En los considerandos esgrime la Corte argumentos a favor del abandono de la interpretación restrictiva del Art. 1556<sup>213</sup>, que consagra la procedencia de la reparación del clásico binomio de daño emergente y lucro cesante, además de pronunciarse en contra de la sola concepción patrimonialista del derecho de obligaciones. Por ello, hace uso de la interpretación e integración judicial para darle un exacto alcance especialmente a los artículos 544 y 1544, incluso desde la perspectiva constitucional, esgrimiendo el argumento de que toda persona tiene derecho a la integridad psíquica integral.<sup>214</sup>

Actualmente la discusión doctrinaria acerca de si cabe o no la indemnización de daño moral derivado de incumplimiento contractual ha sido superada, pues las cortes y tribunales chilenos se han pronunciado por la postura a favor.<sup>215</sup> Por citar un ejemplo, para la Corte de Apelaciones de Concepción, en su fallo emitido el 21 de octubre de 1998, *“aquel que comete un acto ilícito o un incumplimiento contractual, cuyo resultado directo y necesario es un daño, está obligado a la reparación del agravio material y moral.”*<sup>216</sup>

Dentro del incumplimiento de obligaciones contractuales son también de gran importancia dos criterios acerca de la culpa contractual que adopta el derecho chileno y que tienen relación directa con el tema de esta disertación. Es así que se toma por sentado el hecho de que un incumplimiento contractual puede ser causa de culpa imputable al deudor en los casos en que las obligaciones sean de medios, a diferencia de las obligaciones de resultados en que se aplica la teoría de la responsabilidad objetiva.<sup>217</sup>

---

<sup>211</sup> Corte Suprema sentencia de 20 de octubre de 1994 Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo 91 sección 1 Pág. 100.

<sup>212</sup> DOMÍGUEZ, Carmen. El daño moral tomo 1. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 352.

<sup>213</sup> Art. 1546.- *Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o costumbre pertenecen a ella.*”

<sup>214</sup> Cfr. [www.scielo.cl](http://www.scielo.cl), Daño moral por incumplimiento de contrato: un réquiem por la uniformidad jurisprudencial, de CÁRDENAS, Hugo. Revista de derecho chileno versión online, vol. 33 No. 3. Páginas 585- 593. 2006.

<sup>215</sup> *Ibidem*.

<sup>216</sup> En el mismo sentido ver los fallos de Corte Suprema con fechas 28 de mayo de 1998 y 28 de abril del 2000.

<sup>217</sup> Cfr. ITURRASPE, Mosset. Responsabilidad por daños: El daño moral Tomo IV. Editorial Ediar. Pág. 252.

Un segundo criterio trascendente está dado por la aceptación de la denominada unidad de la culpa civil, otorgando identidad de tratamiento a la culpa en materia contractual y extra contractual, en virtud del Art. 44 del Código Civil y por la falta de utilidad práctica que tiene distinguir las sutiles diferencias relativas a la diligencia exhibida por el deudor en la graduación de la culpa. Los tribunales<sup>218</sup> se han pronunciado a favor de la observación de una diligencia media que sirva como guía para comparar la conducta deseable plasmada en el contrato, con la que en efecto ha demostrado el deudor en la ejecución de sus obligaciones contractuales.

Finalmente en el tema relativo a la prueba de la diligencia observada, en virtud del Art. 1547 del Código Civil chileno que prevé una presunción de culpa del deudor en casos de incumplimiento, la carga de la prueba recae sobre éste, pues únicamente se excluye su responsabilidad en caso de que haya prestado la debida diligencia media, o siempre que medie caso fortuito o fuerza mayor.

#### **2.5.4 Perú**

La legislación civil peruana constituye ciertamente una de las más modernas, pues en su Art. 1985<sup>219</sup> que regula lo relativo a perjuicios extra patrimoniales, declara procedente la indemnización tanto por concepto de “daño moral” así como del denominado “daño a la persona”.

Esta innovación fue introducida en la reforma al Código Civil peruano del año 1984, y tiene su argumento principal en que el verdadero concepto genérico es el daño a la persona, dentro del cual una de las varias posibilidades de manifestarse dicho perjuicio constituye el daño moral.<sup>220</sup>

---

<sup>218</sup> Precedente jurisprudencial al respecto, Corte Suprema fallo 08 de agosto de 1956, Revista de Jurisprudencia Tomo LIII Sección 1, Pág. 217, comentado en PIZARRO, Carlos. Responsabilidad contractual. Tomado de [www.fundacionfueyo.udp.cl](http://www.fundacionfueyo.udp.cl) fecha de acceso 15 de abril de 2012.

<sup>219</sup> Art 1985.- Contenido de la indemnización.- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

<sup>220</sup> Cfr. FERNÁNDEZ, Carlos. *El daño al proyecto de vida* Pág. 13. En [www.dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor\\_carlos\\_fernandez\\_sessarego/articulos](http://www.dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_sessarego/articulos) Acceso 05 de octubre de 2012.

Carlos Fernández, basándose en las ideas de Mosset Iturraspe y Ordoqui Castilla, afirma que existe cierto sector de la doctrina que se aferra a ampliar el concepto del daño moral para incluir en éste los “nuevos daños a la persona”, como por ejemplo el daño a la vida de relación o frustración del proyecto de vida, de una forma errónea pues muchos de ellos distan o son ajenos al *pretium doloris* o la afección psíquica que es nota característica del daño moral, en lugar de reconocer que existe un concepto genérico “daño a la persona”<sup>221</sup> que es suficientemente amplio y comprensivo de toda lesión, con sus peculiaridades y características propias, que se puede inferir al ser humano.<sup>222</sup>

Ahora bien en la parte del Código que trata sobre inexecución de obligaciones contractuales, la reforma de 1984 introduce el siguiente artículo:

*“Art. 1322.- El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.”*

Justamente en base a ese artículo los Tribunales peruanos aceptan abiertamente la indemnización del daño moral por inexecución de obligaciones contractuales en varios ámbitos.

En lo laboral, por citar un ejemplo, la Corte Suprema se pronuncia de la siguiente manera sobre la demanda por daño moral que interpone el trabajador despedido intempestivamente al habersele imputado la sustracción de material propiedad del ex empleador, empresa que además divulgó la supuesta causa de su separación, lo cual además le impidió en lo posterior la obtención de un nuevo empleo:

*“esta pretensión del demandante se sustenta esencialmente en el daño que le produjo la intención deliberada de la emplazada Electroperú su ex empleadora, de dañar su imagen y dignidad al acusarlo de un hecho delictuoso sobre sustracción de bienes de su propiedad que jamás cometió y que sólo sirvió para justificar su despido arbitrario que le privó del empleo, comunicando incluso al Gobierno Regional de Tumbes que no puede ocupar plaza alguna en la región ni a nivel nacional, lo cual importa*

---

<sup>221</sup> Se abordó este punto al tratar la clasificación del daño extra patrimonial. Pág. 15 y siguientes.

<sup>222</sup> Cfr. FERNÁNDEZ, Carlos. El daño moral y el daño al proyecto de vida. Cathedra: espíritu del derecho. Pág. 19.

*la infracción de, entre otras, las obligaciones de buena fe, lealtad y probidad que emergen del contrato de trabajo.*<sup>223</sup>

De lo antes expuesto, se concluye que la legislación civil peruana es una de las más garantistas por cuanto en el texto del artículo 1985 del Código Civil Peruano se prevé de forma expresa la reparación del denominado daño a la persona, y su artículo 1322 prevé la indemnización de daño moral por incumplimiento contractual, con lo cual pone de manifiesto tanto la acogida al principio de unidad de la culpa civil, así como el de reparación integral del daño injustamente causado.

---

<sup>223</sup> Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Primera sala transitoria de derecho constitucional y social, expediente CAS. No. 287-2005 Tumbes S. Publicado en el diario oficial El Peruano de 2 de mayo de 2006.

### CAPITULO III. EL DAÑO MORAL CONTRACTUAL EN EL MARCO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO ECUATORIANO

Bajo la legislación ecuatoriana vigente, en principio y de forma general no estaría previsto expresamente el daño moral derivado de un incumplimiento contractual, como lo han expresado algunos autores,<sup>224</sup> así como en la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia,<sup>225</sup> que presentan criterios de diferenciación estricta entre los dos regímenes de responsabilidad que en derecho comparado se ha superado hace ya varios años, como los citados a continuación:

*“...estas dos clases de responsabilidades son distintas; de ahí que las responsabilidades contractuales estén reguladas en el Título III del libro cuarto del Código Civil, mientras que las responsabilidades delictuales y cuasi delictuales están reguladas en el Título XXXIII del mismo libro cuarto.”<sup>226</sup>*

*“PRIMERO.- Nuestro ordenamiento legal contempla la responsabilidad civil que tiene una persona de indemnizar o reparar los perjuicios ocasionados a otra. Esta responsabilidad se divide en contractual y extracontractual. La primera, dimana o tiene su fuente en un contrato o convención y está regulada por el Título XII Efecto de las obligaciones, del Libro Cuarto del Código Civil. La responsabilidad extracontractual dimana o tiene su fuente en los delitos y cuasidelitos, y está regulada por el Título XXXIII, De los Delitos y Cuasidelitos, del mismo Libro Cuarto del Código Civil.”<sup>227</sup>*

---

<sup>224</sup> LARREA HOLGUIN, Juan. Tratado de Derecho Civil Tomo XV Obligaciones extra contractuales. Pág. 217 y siguientes, para quien los hechos producidos dentro del marco de las obligaciones contractuales no configuran causa eficiente para originar daño moral.

<sup>225</sup> Pronunciamientos al respecto: Corte Suprema de Justicia en Gaceta Judicial No. 11 Serie XVII, Página 3505 y siguientes: “*La indemnización reparatoria del daño moral, como en todos los casos de culpa aquiliana, tiene como fundamento un delito o cuasidelito*”. En el mismo sentido, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Resolución No. 79 de 19 de marzo de 2003, Juicio No. 43-2002 por indemnización de daño moral Wagner Viñán contra Colegio de Médicos de Imbabura y otros.

<sup>226</sup> Corte Suprema de Justicia, Primera Sala Civil y Mercantil Expediente No. 187-2000 R.O. 83, 23 V 2000. Juicio ordinario 252-99 Angel Sánchez Monar vs. Petrocomercial y Congas S.A.

<sup>227</sup> Corte Suprema de Justicia, Primera Sala Resolución No. 390-2000, Registro Oficial No. 205 16 XI 2000.

Es justamente el argumento de la ubicación en el Código Civil de las normas que regulan por un lado el daño moral y por otro lo referente a la inejecución de obligaciones contractuales dentro del Código Civil, el más utilizado por autores como Larrea Holguín o Noboa Elizalde,<sup>228</sup> quienes se pronuncian en contra de la indemnización del daño moral contractual.

Más la posibilidad de que la inejecución de obligaciones contractuales sea causa eficiente para producir un perjuicio moral al acreedor no se descarta por parte de la doctrina ecuatoriana. Así, el profesor Gil Barragán se refiere al tema manifestando que *“aunque el daño moral puede ser resultante del patrimonial, como en el caso de incumplimiento de un contrato que causa sufrimiento, así mismo el daño moral puede tener consecuencias patrimoniales, como ocurre si se atenta contra la honra de las personas, en las dos situaciones hay lesión espiritual.”*<sup>229</sup>

Si bien la opinión antes citada tiene un innegable valor por cuanto reconoce que es posible que la inejecución de obligaciones contractuales pueden causar daño moral, se establece erradamente un condicionamiento a la existencia de un daño patrimonial simultáneo, además que se limita el daño moral únicamente al sufrimiento, cuando éste puede manifestarse en un sinnúmero de formas.

### **3.1 Tratamiento del daño moral**

Así las cosas, se evidencia un diferenciado tratamiento de la institución del daño moral en el ámbito contractual y el extra contractual, lo que a criterio de Carmen Domínguez no se llega a comprender la razón para que en el ámbito extra contractual se haya reconocido una noción bastante amplia a la reparación del daño moral, mientras que cuando se ubica en el contractual se pretende volver a la noción excesivamente restringida de dicha reparación que ha sido superada hace varios años.<sup>230</sup>

---

<sup>228</sup> Al respecto véase los comentarios a la reforma del Código Civil ecuatoriano de 1984 por NOBOA, Gonzalo. El daño moral. En revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de Universidad Católica Santiago de Guayaquil. [www.revistajuridicaonline.com](http://www.revistajuridicaonline.com). Fecha de acceso 06 de noviembre de 2012.

<sup>229</sup> BARRAGÁN, Gil. Elementos del daño moral. Pág. 104.

<sup>230</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ, Carmen. Artículo La reparación del daño moral derivado de contrato en el derecho Civil Chileno: Realidad y límites. Pág. 229 y siguientes. En [www.udp.cl/descargas/facultades\\_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos\\_de\\_analisis\\_C](http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_C)

Las disposiciones legales que regulan la institución de daño moral en el Ecuador se encuentran establecidas en el Libro IV del Código Civil:

*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 al a prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias previstas en el inciso primero de este artículo.*

En lo referente a la legitimación activa, se dispone:

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

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

La independencia de la acción de daño moral se determina en el siguiente artículo:

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

Un punto importante es el relativo al plazo de prescripción para ejercitar la acción por parte del damnificado, por cuanto existe una marcada diferencia entre el plazo de prescripción de la acción derivada de incumplimiento de obligaciones contractuales fijado en 10 años,<sup>231</sup> mientras que en lo referente a la acción de daño moral se dispone:

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

Ahora bien, lo referente a la indemnización en casos de incumplimiento de obligaciones contractuales se regula por las siguientes normas del mismo cuerpo legal:

*Art. 1572.- La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.*

*Exceptúense los casos en que la ley la limita al daño emergente.*

---

<sup>231</sup> Codificación del Código civil No. 2005-010 publicada en Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005:

*Artículo 2414.- La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible.*

*Artículo 2415.- Este tiempo es, en general, de cinco años para las acciones ejecutivas y de diez para las ordinarias.*

*Exceptuase también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código.*

Vale aclarar que éste último inciso fue incorporado al artículo 1572 mediante reforma legislativa que data del año 1984, cuyo propósito no es muy claro, por cuanto no guarda la debida concordancia con las demás normas de esta sección del Código que de ninguna manera se orientaban a un criterio restrictivo en relación a la institución del daño moral, constituyendo una suerte de disposición aislada, que incluso tomó una posición contraria a la tendencia de otros países como Argentina o Perú,<sup>232</sup> cuyas reformas efectuadas en el mismo periodo se enfocaron en ampliar los supuestos de reconocimiento de daño moral, incluyendo el originado en incumplimiento contractual.

La forma en que nuestro Código Civil regula la indemnización de daños y perjuicios, y en especial la institución del daño moral, proviene de la fórmula instituida por el código francés que fue tomado como modelo para la legislación civil por varios otros países de Europa y Sudamérica.<sup>233</sup> Cabe mencionar en este punto que justamente países como Chile y España, cuyos códigos civiles sirvieron de base para la emisión del ecuatoriano, contaron con el mismo grupo de normas y por ende tuvieron los mismos problemas a la hora de aplicarlas al caso concreto, por lo que hace varios años dejaron de lado la interpretación restrictiva en especial de artículos como el citado 1572, para ampliar el campo de acción del daño moral, y así asegurar un efectivo resarcimiento a los damnificados.

Es así, que los tribunales principalmente de países como Chile, Perú, España y Argentina, se han valido de acertados criterios de tratadistas, al momento de interpretar lo relativo al daño emergente, pues como bien lo afirma Carmen Domínguez un daño entendido como perdida resulta indiscutible puede serlo tanto de los bienes económicos como de otros valores y lo mismo una ganancia, en el amplio sentido de beneficio esperado, cualquiera sea su naturaleza.<sup>234</sup>

---

<sup>232</sup> Las reformas legislativas a los Códigos Civiles argentino y peruano se trataron en el subtema relativo al tratamiento del daño moral en derecho comparado.

<sup>233</sup> Cfr. SOLÉ FELIU, Josep. El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español. En Revista para el análisis del Derecho [www.indret.com/pdf/607\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/607_es.pdf). Pág. 7 y siguientes. Fecha de acceso 08 de octubre de 2012.

<sup>234</sup> Cfr. DOMINGUEZ, Carmen. El daño moral. Tomo I. Pág. 345.

## **3.2 Argumentos que sustentan el daño moral por incumplimiento contractual**

El derecho que le asiste al acreedor en su calidad de damnificado por el daño moral injustamente causado a causa del incumplimiento por parte del deudor para iniciar una acción judicial en contra de éste, puede fundamentarse principalmente en las siguientes razones.

### **3.2.1 Derecho a la integridad personal.**

Gil Barragán, haciendo suyas palabras de Lacruz Berdejo, afirma que *“así entendido el derecho a la integridad personal tutela también sin género de dudas, la integridad y sanidad psíquica, y supone una infracción del mismo cualquier atentado que lesione o altere negativamente la personalidad psíquica y caracteriológica del individuo, indisociable del soporte biológico en que se integra para formar la persona concreta.”*<sup>235</sup>

La fuerza de este argumento radica en que constituye al mismo tiempo uno de los derechos reconocidos y garantizados a nivel constitucional. Así, el artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador expresamente prevé dispone:

*Art. 66.- Se reconoce y garantiza a las personas:*

*(...)*

*3. El derecho a la integridad personal que incluye: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual.*

Así las cosas, es justamente dentro del ámbito demarcado por el derecho constitucional a la integridad personal que se establece un vínculo directo con el principio de reparación integral del daño, toda vez que el damnificado hace valer el mencionado derecho siempre que quede indemne, esto implicaría que se le resarza todo perjuicio material o inmaterial, con independencia del origen de los mismos.

### **3.2.2 Principio de cumplimiento de buena fe de los contratos**

---

<sup>235</sup> BARRAGÁN, Gil. Elementos del daño moral. Pág. 161.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 1562 del Código Civil, sería factible iniciar la acción por daño moral en casos de incumplimiento de las obligaciones convencionales que a pesar de no estar escritas, se entienden que tienen su origen en la particular naturaleza de la obligación. Es así, que por ejemplo un transportista no podría deslindarse de la obligación de indemnizar al pasajero que sufre daños físicos y morales en su persona, con el argumento de que el objeto principal del contrato no abarcaba expresamente la obligación de seguridad, consistente en llevar al pasajero a su destino respetando su integridad física y moral.

### **3.2.3 Cláusula penal**

Si es el caso que los contratantes estipularon una cláusula penal donde se avalúen con anterioridad los daños y perjuicios, entre estos el daño moral, se regula esta situación en virtud de lo dispuesto por las siguientes disposiciones del Código Civil:

*Art. 1551.- Cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no cumplir la obligación principal, o de retardar su cumplimiento.*

*Art. 1560.- Cuando por el pacto principal una de las partes se obliga a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de ésta lo que exceda al duplo de aquella; de manera que, ora se cobre sólo la pena, ora la pena juntamente con la obligación principal, nunca se pague más que esta última doblada.*

*La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado.*

*En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular.*

*En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme*

Realizando el análisis respectivo de las normas del Código Civil antes transcritas, se puede llegar a la conclusión que la cláusula penal constituye una forma para avaluar los daños y perjuicios, incluido el daño moral, con anterioridad al posible incumplimiento de las obligaciones contractuales.

### **3.2.4 Patrimonialidad de la prestación o del interés del acreedor**

Las disposiciones correspondientes de nuestro Código Civil reconocen como obligaciones válidas aquellas que tengan por objeto cosas comerciables. Así:

*“Art. 1476- Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración.”*

*“Art. 1477.- No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y que estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género.*

*La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.*

*Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público.”*

De las disposiciones transcritas se colige que todo contrato es válido mientras se funde en un interés digno de protección legal, dejando de lado la patrimonialidad de la prestación

que se exige en sistemas jurídicos como el de Italia<sup>236</sup>, en virtud de lo cual el incumplimiento de un contrato tendría, para la posición a favor del daño moral contractual, un carácter propicio para producir un daño moral al acreedor, siempre que el perjuicio antes mencionado tenga entidad y gravedad suficiente, pues no cabe indemnización al disgusto o molestias comúnmente sufridas por quien ve frustradas sus expectativas contractuales a causa del incumplimiento de la otra parte.

Este punto es de vital importancia por cuanto permite probar claramente que bajo nuestro marco normativo es perfectamente válido un contrato cuyo objeto o prestación no tienen un carácter eminentemente patrimonial o económico, sino que por el contrario puede ser de tal entidad que no sea factible su apreciación en dinero, pues lo contrario equivaldría a afirmar que el Derecho de Obligaciones tutela únicamente los intereses patrimoniales, quedando excluidos del campo de protección aquellos meramente extra patrimoniales, lo que a su vez traería como consecuencia la impunidad en todos aquellos casos en que el deudor incumple una obligación contractual que carezca de contenido económico.<sup>237</sup>

Por lo dicho, se puede inferir que el incumplimiento de un contrato, tenga prestación de carácter patrimonial o extra patrimonial, en ambos casos generan los mismos efectos por su calidad de obligaciones jurídicas.

### **3.2.5 Contenido del contrato**

Ciertos autores afirman que el daño moral originado en el incumplimiento de obligaciones contractuales, al no tener contenido económico, no puede formar parte del contenido del contrato, por lo que no sería indemnizable al contrariar las obligaciones allí establecidas.

Sobre este punto es importante analizar dos temas puntuales: la previsibilidad de consecuencias y la ejecución de buena fe. De acuerdo a lo establecido en el Código Civil,

---

<sup>236</sup> Cfr. KOTEICH, Milagros. La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extra patrimoniales. Universidad Externado de Colombia. 2012. Pág. 35 y siguientes.

<sup>237</sup> Cfr. Lacruz Berdejo citado por RAMOS, René. Manual de las obligaciones. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. Julio 1999. Pág. 21 y 22.

el deudor responde por las consecuencias previsibles al momento de obligarse contractualmente:<sup>238</sup>

*“Art. 1562.- Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella.”*

*“Art. 1574.- Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato. Pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación, o de haberse demorado su cumplimiento.”*

*La mora causada por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios.*

*Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.”*

Varios contratos, debido a su naturaleza, hacen perfectamente previsible el hecho de que al incumplirlos generan un daño moral, como por ejemplo los de servicios médicos. Por ejemplo al contratar los servicios de un cirujano para una operación en el rostro, es bastante lógico que al actuar con negligencia y no cumplir con la prestación contractual, le origina un innegable daño moral al paciente, a causa de los daños físicos en una parte del cuerpo visible, y que en pocos casos podrá el damnificado regresar a la situación previa a la operación.

Lo mismo sucede por ejemplo en el contrato de transporte. No es difícil concluir que se genera un daño moral al pasajero, en los casos en que por negligencia del conductor incumple su obligación de seguridad, consistente en llevarlo sano y salvo al lugar de destino.

---

<sup>238</sup> Cfr. ZANNONI, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. Pág. 67.

En los dos casos tomados a modo de ejemplo, “*el deber de pago no surge ex novo, sino como consecuencia del propio contenido de la convención, siendo algo ínsito al propio contrato y a sus cláusulas. Y esta afirmación es predicable, sobre todo, del supuesto de indemnización de los daños morales o personales derivados del incumplimiento contractual, sobre la base de que la debida interpretación del artículo 1258 CC implica que del contrato no sólo nacen los deberes principales de prestación, sino también los deberes de seguridad y protección.*”<sup>239</sup>

### **3.3 Análisis de algunos contratos en particular, que darían lugar al daño moral contractual**

#### **3.3.1 Contrato de servicios: Antecedente arbitral**

Un caso práctico que ejemplifica la poca claridad con la que se trata el tema del daño moral derivado de incumplimiento contractual en nuestro país, es aquel suscitado con ocasión de las elecciones presidenciales que tuvieron lugar a nivel nacional en el año 2006. El Tribunal Electoral, en ese entonces, contrató los servicios de un Consorcio que se encargaría del procesamiento de los resultados electorales, con el fin de darlos a conocer a la ciudadanía el mismo día de los comicios.

Sin embargo, los resultados no se difundieron sino dos días después de realizado el respectivo conteo de votos. Es así que tanto el Consorcio como el Tribunal Electoral decidieron presentar la respectiva demanda ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, en virtud de la cláusula arbitral estipulada en el contrato.

##### **3.3.1.1 Caso 003-07. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.**

El árbitro único dirimió la controversia surgida por incumplimiento contractual del convenio denominado “Contrato de Tercerización del Sistema de Transmisión y Difusión de Resultados Preliminares para las Elecciones del Proceso Electoral 2006”, suscrito entre el

---

<sup>239</sup> CASAS, María. Reflexión acerca de la conexión estructural daño- responsabilidad civil-obligación en Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García Volumen I. Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia. Murcia, España. 2004. Pág. 889.

Tribunal Supremo Electoral y el Consorcio. El Árbitro expidió un laudo en el que se recoge un análisis sobre el tema del daño moral originado por incumplimiento de obligaciones contractuales, pues el TSE demandó al Consorcio la correspondiente indemnización por concepto de dicho daño.

Al respecto, el Árbitro recoge varias consideraciones válidas, especialmente al realizar el análisis del Art. 2232 del Código Civil ecuatoriano, pues en la última reforma se incorpora a la normativa nacional las siguientes premisas fundamentales:

- Se establece el carácter reparador y no sancionador de la indemnización pecuniaria.
- Se prevé expresamente que los denominados derechos extra patrimoniales cuentan con protección jurídica.
- Se reconoce al daño moral su característica de autonomía con respecto al daño emergente y lucro cesante.
- Además de las injurias y atentados al honor, se reconoce que el daño moral puede tener muchas otras fuentes, dándole un carácter mucho más amplio a la reparación de todo daño moral, siempre que se verifique la relación de causalidad.

El Consorcio niega la competencia del Árbitro pues para ella el daño moral es de origen extracontractual y quedaría fuera del ámbito de la cláusula arbitral que se estipula únicamente para obligaciones contractuales.

Si bien al final el Árbitro hace suya la razón que niega el daño moral contractual en base a la ubicación en el Código Civil de las normas que regulan el daño moral, esto es en el Libro IV, Título XXXIII de los delitos y cuasidelitos, no cita en el laudo alguna otra razón válida para negar la procedencia de la indemnización de daño moral originada en el incumplimiento de obligaciones contractuales.

Por el contrario, afirma el Árbitro que *“no obstante lo señalado, resulta imposible negar la realidad de que a partir del incumplimiento de una obligación contractual, puedan producirse tanto daño emergente, lucro cesante, como daños a los derechos extra*

*patrimoniales o de la personalidad que provengan de la aflicción, angustia, ansiedad, y en general sufrimientos psíquicos y otros semejantes.”<sup>240</sup>*

Es así que tomando en cuenta tanto la doctrina como el Derecho comparado, en el laudo se muestra bastante innovador al sostener que la legislación civil habla de perjuicio en general, además de afirmar que es un imperativo el reconocimiento de la indemnización del daño moral contractual en casos de inejecución maliciosa de la obligación al establecer que nuestra legislación no recoge *“la posibilidad de reclamo de daño moral como parte de los perjuicios indemnizables por el incumplimiento de un contrato, salvo que ese incumplimiento sea doloso.”<sup>241</sup>*

Siguiendo el razonamiento del Árbitro, en casos de inejecución maliciosa de la obligación, esto es, cuando el incumplidor actúa con dolo, debe necesariamente responder por las consecuencias previsibles mediatas e inmediatas que acarrea el incumplimiento. Este panorama deja innegablemente abierta la puerta al juzgador para aceptar la indemnización por daño moral derivado del incumplimiento de las obligaciones contractuales.

A modo de conclusión, es meritoria la forma amplia en que el Árbitro interpretó las normas más allá del tenor literal de éstas, lo que puede tomarse como un intento de integración del ordenamiento jurídico ampliando su alcance hacia aquellas situaciones no previstas inicialmente, pero que en la actualidad son bastante comunes y por tal requieren de una solución en derecho.

Tomando las palabras de la tratadista Domínguez *“dado que la ratio de una norma es un elemento incierto y relativo, no hay nada que impida interpretar una regla en un nuevo sentido, si con ello se presenta un mejor servicio a las exigencias de la vida”.*<sup>242</sup>

### **3.3.2 Contrato de compraventa: Antecedente jurisprudencial**

---

<sup>240</sup> Laudo Arbitral Cámara de Comercio de Quito. Expediente 003-07. TSE vs. Consorcio. Pág. 68.

<sup>241</sup> Laudo arbitral Cámara de Comercio de Quito. Expediente 003-07. TSE vs. Consorcio. Pág. 70.

<sup>242</sup> DOMINGUEZ, Carmen. El daño moral Tomo I. Pág. 518.

Para efectos del tema a tratar, es pertinente el análisis de la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia No. 267-2007 de 28 de agosto de 2007<sup>243</sup> fallo que resuelve el recurso de casación de la Sentencia emitida en segunda instancia por la Primera Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, que confirma a su vez la sentencia pronunciada por el Juez Cuarto de lo Civil del Guayas que acepta la demanda de resolución de contrato de compraventa y otorga las correspondientes indemnizaciones, propuesta por el comprador en contra del vendedor.

La pretensión del actor consiste en la resolución del contrato de compraventa de un equipo ecográfico en virtud de la condición resolutoria tácita, con las consiguientes indemnizaciones tanto de daños y perjuicios como de los daños meramente morales.

Un primer punto importante es el relativo a la condición de gravedad que debe tener el daño moral para constituir perjuicio indemnizable. Así, el considerando quinto de la sentencia hace relación al Art. 2278 del Código Civil, cuyo primer inciso *“establece que para que exista indemnización pecuniaria, a título de reparación, por daño moral, se requiere que el daño y el perjuicio tengan una gravedad particular.”*

En los siguientes considerandos se establece que la prueba del daño moral recae sobre el actor, quien a pesar de haber probado el incumplimiento del vendedor, no probó los daños y perjuicios ocasionados, ni el daño moral sufrido.

Ahora bien, la trascendencia del fallo citado radica en la parte resolutive, donde se establece:

*“Se acepta parcialmente la demanda y declara la resolución, por incumplimiento, del contrato de compraventa del equipo de ecografía kontron instrumentos, modelo sigma 44, IRIS HVCD doppler flujo a color, número de serie 1581 de procedencia francesa, contenida en el acta de entrega recepción suscrita entre T.M.G. y M.R.A., en sus respectivas calidades de comprador y vendedor, el 8 de febrero de 1996. No ha lugar el pago de daños y perjuicios demandados por cuanto estos no han sido establecidos ni demostrados en el proceso. No ha lugar la reparación de*

---

<sup>243</sup> Sentencia publicada en Registro Oficial No. 589 de 13 de mayo de 2009. Pág. 27.

daños morales cuya existencia tampoco ha sido probada.” (Énfasis agregado).

Como se constata en el fallo, la Corte Nacional no niega el pago de indemnización por daño moral argumentando que no cabe en supuesto de originarse en el incumplimiento de obligaciones contractuales, como en el caso que dirimió, sino que la negativa se basa en la falta de prueba del referido perjuicio, decisión que podría plantear una posibilidad de aceptación del daño moral contractual.

### 3.3.3 Contrato de Transporte

Muchos autores consideran a este tipo de contrato como un *“puente de unión entre las responsabilidades (contractual y extra contractual) y es que en el fondo de este contrato, como se viene iterando la distinción, se desdibuja de tal manera que sólo queda plasmada en los términos de la prescripción de la pretensión indemnizatoria.”*<sup>244</sup>

Dado que el transportista tiene una obligación de garantía y seguridad, que dicho sea de paso no es exclusiva del contrato de transporte sino que está presente en otros como el de hospedaje o el de asistencia hospitalaria o servicios médicos, se lo considera bastante útil para ejemplificar la aplicación de la teoría de unificación de responsabilidad.

La mentada obligación se traduce en el *“deber secundario que, expresa o tácitamente, asumen las partes en ciertos contratos, de preservar a las personas y bienes de sus co-contratantes, respecto de los daños que puedan ocasionarse durante su ejecución.”*<sup>245</sup>

Bajo la legislación argentina<sup>246</sup> se prevén dos supuestos en que cabe la indemnización por daño moral por parte del porteador a favor de la víctima. Así:

---

<sup>244</sup> QUINTERO, Beatriz. Teoría básica de la indemnización. Pág. 146.

<sup>245</sup> PIZARRO, Daniel. Daño moral. Pág. 540.

<sup>246</sup> El Código Civil argentino remite al Art. 84 del Código de Comercio, cuya disposición, gracias a la evolución jurisprudencial, se aplica a todo tipo de transporte terrestre.- *“En caso de muerte o lesión de un viajero, acaecida durante el transporte de ferrocarril, la empresa estará obligada al pleno reconocimiento de los daños y perjuicios, no obstante cualquier pacto en contrario, a menos que pruebe que el accidente provino de fuerza mayor o sucedió por culpa de la víctima o un tercero por quien la empresa no sea civilmente responsable.”* Tomado de Responsabilidad por daños en el transporte terrestre de pasajeros en [www.colegiodeabogados.org.org](http://www.colegiodeabogados.org.org). Fecha de acceso 06 de noviembre de 2012.

- El primer supuesto abarca los casos de incumplimiento del porteador de la obligación principal de transportar a la persona o bienes del contratante, siempre que de ello derive la frustración de un interés no patrimonial que se manifieste en un perjuicio o desvalor espiritual. El caso más útil para ejemplificar este primer supuesto es la frustración del viaje de luna de miel, atribuible al porteador.
- Cabe indemnizar al damnificado en los casos de incumplimiento de la obligación accesoria de seguridad que recae sobre el porteador, siempre que a consecuencia de ello se produzca un menoscabo en la subjetividad de quien contrate sus servicios.<sup>247</sup>

La legislación española<sup>248</sup> ha regulado el tema del contrato de transporte por medio de la Ley de uso y circulación de vehículos a motor de 1968, que prevé la responsabilidad fundada en el riesgo creado con motivo de la circulación de vehículos o a consecuencia de ella.

La Ley prevé una indemnización tanto en los supuestos de daños a los bienes como en los supuestos de daños corporales, que a su vez pueden originar daño moral en el perjudicado.

Las únicas dos causas de exoneración previstas son la culpa exclusiva del perjudicado o la fuerza mayor extraña a la conducción o funcionamiento del vehículo. En el primer supuesto, la acción u omisión del perjudicado es la causa adecuada del daño, mientras que en el segundo debe *“tratarse del hecho de un tercero o de un hecho de naturaleza, por lo que no se consideran casos de fuerza mayor los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos.”*<sup>249</sup>

Dentro de la legislación española es relevante tener en cuenta la Ley 30 de 1995 misma que se encarga de regular los montos por concepto de indemnizaciones de acuerdo a los baremos que establece.

---

<sup>247</sup> PIZARRO, Daniel. Daño moral. Pág. 542.

<sup>248</sup> Boletín Oficial Español No. 295 de 10 de diciembre de 1998, citado por GÓMEZ, Fernando y ARGULIO, Begoña Daños dolosos y seguro en Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García Volumen 1. Pág. 2087 y siguientes.

<sup>249</sup> DIEZ- PICASO, Luis y PONCE DE LEÓN. Derecho de daños. Pág. 129.

*“Esta baremación o evaluación de los daños se aplica tanto a los que sean causados a las personas como a los que se causen a los bienes. Comprende el valor de la pérdida sufrida, la ganancia que se haya dejado de obtener, y, en su caso, el daño moral.”<sup>250</sup>*

La cuantía de la indemnización por daños morales, según las tablas de baremos, es igual para todos los damnificados, y la correspondiente a daños psicofísicos se fundamenta en una acepción integral de restauración del derecho a la salud.

El Código de Comercio colombiano en su Art. 1006 admite la transmisibilidad de la pretensión indemnizatoria por daño moral a *“los herederos del pasajero, quienes la reclamarían para la herencia.”*

Si bien en Colombia, al igual que en la legislación ecuatoriana, no se cuenta con una norma expresa que admita el daño moral en casos de incumplimiento contractual, si se ocasiona dicho a daño a causa de una infracción de las obligaciones contractuales, se indemniza tomando en cuenta el Art. 1603 del Código Civil que reza *“los contratos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente no sólo obligan a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley pertenecen a ellas.”<sup>251</sup>*

En Ecuador el contrato de transporte está regulado tanto por el Código Civil como por el Código de Comercio. En el primero se dispone que:

*Art. 1948.- Arrendamiento de transporte es un contrato en que una parte se compromete, mediante cierto flete o precio, a transportar o hacer transportar una persona o cosa de un paraje a otro.*

*El que se encarga de transportar se llama generalmente acarreador, y toma los nombres de arriero, carretero, barquero, naviero, etc. Según el modo de hacer el transporte.*

---

<sup>250</sup> DIEZ- PICASO, Luis y PONCE DE LEÓN. Derecho de daños. Pág. 131.

<sup>251</sup> QUINTERO, Beatriz. Teoría básica de la indemnización. Pág. 147

*El que ejerce la industria de hacer transportar personas o cargas, se llama empresario de transportes.*

*La persona que envía o despacha la carga se llama consignante, y la persona a quien se envía, consignatario.*

*Art. 1950.- El acarreador es responsable del daño o perjuicio que sobrevenga a la persona, por la mala calidad del carruaje, barco o navío en que se verifica el transporte.*

*Es así mismo responsable de la destrucción y deterioro de la carga, a menos que se haya estipulado lo contrario o que se pruebe vicio de la carga, fuerza mayor o caso fortuito.*

*Y tendrá lugar la responsabilidad del acarreador, no sólo por su propio hecho, sino por el de sus agentes o sirvientes.*

En las disposiciones precedentes no se verifica una exclusión expresa del daño moral dentro de los daños por los que es responsable el agente que realiza el transporte, en los casos en que por su negligencia el pasajero sufra algún tipo de perjuicio, en virtud de lo cual respondería por los daños previsibles al momento de contratar, siempre que exista una causa de imputación de responsabilidad.

El tema de la previsibilidad en este tipo de contrato es una cuestión que no se presta a discusión, pues *“la existencia de una obligación de conducir en plenitud de facultades físicas y psíquicas al pasajero a su destino final hace lógicamente suponer una previsión de los daños que el incumplimiento de esta obligación podría eventualmente generar”*.<sup>252</sup>

### **3.3.4 Accidentes de Trabajo, derivados de una relación laboral.**

---

<sup>252</sup> DOMINGUEZ, Carmen. El daño moral Tomo I. pág. 337.

La legislación chilena a su vez cuenta con la Ley sobre Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales<sup>253</sup>, en donde se establece la responsabilidad objetiva del empleador en base a la denominada teoría del riesgo profesional, y que le obliga a responder por la asistencia médica, farmacéutica, hospitalaria, auxilios accesorios, e indemnización por daño moral del dependiente.<sup>254</sup>

De igual forma que en la legislación española, se contempla únicamente dos posibilidades de exonerarse de responsabilidad para el empleador que son: fuerza mayor extraña y sin relación alguna con el trabajo que el dependiente desempeñaba al momento del accidente, o que éste haya sido producido por culpa exclusiva de la víctima.<sup>255</sup>

Es así que la Ley chilena No. 16.744 que regula lo relativo a Seguro Obligatorio contra riesgos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, establece expresamente en su artículo 69 diversas hipótesis, entre las cuales se encuentra la indemnización al trabajador en casos de daño moral derivado de incumplimiento de las obligaciones contraídas con ocasión del contrato de trabajo, aplicable por ejemplo al caso en que el empleador impute al trabajador hechos de improbidad falsos con el objetivo de terminar unilateralmente el contrato.

Sin embargo toda situación que no se contemple en el mencionado supuesto, quedaría al amparo de la responsabilidad civil, bajo la cual cabe la indemnización del daño moral pero cuyo origen ya no radica en el incumplimiento contractual, sino que se regiría por las normas de responsabilidad extra contractual.

El trabajador, bajo la legislación Argentina<sup>256</sup>, está facultado para exigir daño moral, además del patrimonial en los supuestos en que los accidentes de trabajo que sufra sean

---

<sup>253</sup> Texto completo en Biblioteca del Congreso Nacional de Chile [www.leychile.cl](http://www.leychile.cl). Fecha de acceso 06 de noviembre de 2011.

<sup>254</sup> El Art. 29 establece una lista ejemplificativa de daños patrimoniales, y la indemnización por daño moral está prevista en el texto del Art. 69.- *“Cuando el accidente o enfermedad se deba a culpa o dolo de la entidad empleadora o de un tercero, sin perjuicio de las acciones criminales que procedan, deberán observarse las siguientes reglas: b) La víctima y las demás personas a quienes el accidente o enfermedad cause daño podrán reclamar al empleador o terceros responsables del accidente, también las otras indemnizaciones a que tengan derecho, con arreglo a las prescripciones del derecho común, incluso el daño moral.”*

<sup>255</sup> Cfr. TOMASELLO, Leslie. *El daño moral en la responsabilidad contractual*. Pág. 292.

<sup>256</sup> El Art. 95 de la Ley de Contrato de Trabajo dispone: *“En los contratos a plazo fijo, el despido injustificado dispuesto antes del vencimiento del plazo, dará derecho al trabajador, además de las*

a consecuencia del incumplimiento de la obligación contractual de seguridad que recae sobre el empleador.<sup>257</sup> En este supuesto se está frente a daños de tipo físico (enfermedades o accidentes) susceptibles de generar a su vez daño psíquico y moral.

Si bien en la Ley Laboral de ese país se prevé un sistema tarifado aplicable a las indemnizaciones por accidentes de trabajo, no consagra en forma específica una norma que regule el monto a pagar al damnificado por concepto de daño moral, por lo que se aplicaría de forma supletoria las normas del Código Civil argentino en lo referente al resarcimiento de dicho tipo de daño.

De la Fuente, citado por Iturraspe, afirma sobre la procedencia de la indemnización del daño moral ocasionado con ocasión de la ejecución de un contrato de trabajo que *“mientras en las contrataciones privadas se encuentran normalmente en juego valores económicos y como excepción se pueden afectar bienes personales de los contratantes, generalmente en forma indirecta, en el contrato de trabajo el trabajador, por la situación de dependencia personal en que se encuentra, arriesga permanentemente sus bienes personales más valiosos: vida, integridad física, honor, dignidad, etc.”*<sup>258</sup>

Además de los casos de accidentes, es común la demanda de indemnización por daño moral que afectan al trabajador, en los casos de despido injustificado, por ejemplo *“la falsa imputación de un hecho doloso como causa de la resolución y su difusión en ámbitos en que el trabajador desarrolla sus actividades, con lo cual le provoca un daño específico extra.”*<sup>259</sup>

---

*indemnizaciones que correspondan por extinción del contrato en tales condiciones, a la de daños y perjuicios provenientes del derecho común, la que se fijará en función directa de los que justifique haber sufrido quien los alegue o los que, a falta de demostración, fije el juez o tribunal prudencialmente, por la sola ruptura anticipada del contrato.”* En [www.infoleg.gov.uy](http://www.infoleg.gov.uy) Fecha de acceso 06 de noviembre de 2012.

<sup>257</sup> Ley de Contrato de Trabajo Art. 75.- *“Deber de seguridad.- 1. El empleador está obligado a observar las normas legales sobre higiene y seguridad en el trabajo, y a hacer observar las pausas y limitaciones del trabajo establecidas en el ordenamiento legal. 2. Los daños que sufra el trabajador como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del apartado anterior, se regirán por las normas que regulan la reparación de los daños provocados por accidentes en el trabajo y enfermedades profesionales, dando lugar únicamente a las prestaciones en ellas establecidas.”* En [www.infoleg.gov.uy](http://www.infoleg.gov.uy) Fecha de acceso 06 de noviembre de 2012.

<sup>258</sup> ITURRASPE, Mosset. *Responsabilidad por daños.* Pág. 254.

<sup>259</sup> ZANNONI, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil.* Pág. 347.

La responsabilidad por daño moral, por tanto, se podrá originar tanto en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, sea por parte del empleador o del trabajador, o como consecuencia de un hecho ilícito, pues *“la existencia de una relación laboral no descarta la posibilidad de que entre las partes de dicha relación pueda tener un hecho a cuyas consecuencias deba aplicársele el régimen propio de los delitos o cuasidelitos, pero, en tales supuestos, no sería el contrato la fuente de la obligación de resarcir, sino el acto ilícito que podrá haber acaecido en ocasión del trabajo.”*<sup>260</sup>

Por consiguiente, la regla fundamental consiste en considerar como responsabilidad extracontractual todos los supuestos que no reúnen las condiciones necesarias para aplicarse el régimen de responsabilidad contractual, poniendo especial atención al momento de determinar si el ilícito corresponde a una inejecución de obligaciones que emanan del contrato, como sucede en gran parte de los casos que conocen los tribunales argentinos.<sup>261</sup>

Ahora bien, bajo la legislación ecuatoriana se prevé una indemnización a cargo del empleador en casos de enfermedad o accidentes que sufra el trabajador durante la ejecución de sus obligaciones contractuales.

A decir de Gil Barragán, dicha tarifa fijada legalmente *“para resarcir a los trabajadores víctimas de accidentes de trabajo, o su familia, no cubre nunca el daño moral”*,<sup>262</sup> pues el fin de dicha indemnización es resarcir el daño patrimonial. Así, el artículo 38 dispone:

*Art. 38.- Los riesgos provenientes del trabajo son de cargo del empleador y cuando, a consecuencia de ellos, el trabajador sufre daño personal, estará en la obligación de indemnizarle de acuerdo con las disposiciones de este Código, siempre que tal beneficio no le sea concedido por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.*

Los porcentajes para cubrir los daños materiales que ha sufrido el trabajador como consecuencia de lesiones, enfermedad o muerte, están regulados de tal forma que la

---

<sup>260</sup> ITURRASPE, Mosset. Responsabilidad por daños. Pág. 255.

<sup>261</sup> Cfr. PIZARRO, Daniel. Daño moral. Pág. 599.

<sup>262</sup> BARRAGÁN, Gil. Elementos del daño moral. Pág. 79.

indemnización corresponde al salario por determinado periodo de tiempo. Así, el artículo 369 establece lo siguiente:

*Art. 369.- Si el accidente causa la muerte del trabajador y ésta se produce dentro de los ciento ochenta días siguientes al accidente, el empleador está obligado a indemnizar a los derechohabientes del fallecido con una suma igual al sueldo o salario de cuatro años.*

Estas disposiciones tienen concordancia con lo estipulado en el artículo 2234 del Código Civil: “*Las indemnizaciones por daño moral son independientes por su naturaleza, de las que, en los casos de muerte, de incapacidad para el trabajo u otros semejantes, regulan otras leyes*”.

A pesar de que en general el desarrollo jurisprudencial sobre el tema de daño moral derivado del contrato de trabajo es bastante escaso, es notable el fallo emitido por la Corte Suprema de Justicia, ahora Corte Nacional de Justicia, cuya ex Primera Sala de lo Laboral y lo Social dirime la controversia suscitada entre la Compañía Ecuatoriana del Caucho S.A. y el trabajador Claudio Guzmán, quien demanda a la sociedad en la persona de su representante legal, alegando que sufrió despido intempestivo con ocasión de cambio de labores por un descenso de jerarquía que califica de represalia por haber solicitado una confesión judicial del presidente de dicha compañía.

La parte importante del fallo, para el tema que se trata en la presente tesina, se transcribe a continuación: “*Por el contrario, constituye injuria laboral que justifica la situación de despido en que se coloca al trabajador, las alteraciones capaces de provocar un daño, ya sea moral, económico o físico cuando el cambio de tareas va en detrimento de la salud del trabajador o cuando dicho cambio significa un agravio moral para este*”.<sup>263</sup>

Si bien la pretensión del actor no prosperó a causa de falta de elementos que prueben el daño material o moral alegado, lo trascendente resulta el reconocimiento que a causa de la terminación unilateral del contrato por parte del empleador al cambiar las funciones del

---

<sup>263</sup> Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Laboral y Social. Gaceta Judicial de 27 de abril de 2004 Serie 17 No. 14. Pág. 4713. Claudio Guzmán vs. Compañía Ecuatoriana del Caucho S.A.

trabajador, quien está en su derecho de considerarse despedido intempestivamente, como causa suficiente para provocar un daño de índole moral.

Por todo lo dicho anteriormente, y a modo de conclusión, se puntualiza que las indemnizaciones por accidentes de trabajo que causen sea incapacidad temporal, permanente o muerte del trabajador, reguladas por el Código de Trabajo, tienen por fin el resarcimiento de los daños materiales que sufre tanto el trabajador como sus dependientes. Sin embargo, en concordancia con lo establecido por el artículo 358<sup>264</sup> del mismo cuerpo legal, la indemnización por daño moral al quedar fuera del ámbito de su regulación, se remite a las normas del Código Civil, las que como se ha dicho anteriormente, permiten la indemnización del daño moral, con independencia de la fuente u origen.

### 3.3.5 Contrato relativo a derechos de autor

El derecho moral del autor está formado por un *“conjunto de facultades de contenido extra patrimonial que integran el derecho de propiedad intelectual sobre su obra”*.<sup>265</sup> Si bien esas facultades de actuar tienen fundamento tanto patrimonial como extra patrimonial, cabe recalcar que se trata de un único derecho.

En la misma línea, Alessandri sostiene: *“el derecho moral del autor, que exterioriza el lazo entre la personalidad de éste y su obra, se traduce en un cúmulo de facultades, como son la de defender la paternidad de la obra, exigir que se le reconozca e indique como autor de la misma, la de decidir si sus escritos se publiquen o no, quedando inéditos; la de oponerse a toda modificación, deformación o mutilación de ellos; la de destruir la obra que pueda menoscabar su honor o reputación; la de destruir la obra o retirarla de la circulación.”*<sup>266</sup>

Entre las mencionadas facultades, el autor tiene derecho de publicación, de mantener inédita la obra, respeto a la integridad de ésta, derecho a reivindicar su paternidad, entre

---

<sup>264</sup> Artículo 358.- *Toda reclamación de daños y perjuicios por hechos no comprendidos en estas disposiciones, queda sujeta al derecho común.* Código de Trabajo.

<sup>265</sup> ZANNONI, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil.* Pág. 412.

<sup>266</sup> ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, VODANOVICH, Antonio. *Tratado de derecho civil: partes preliminar y general Tomo I.* Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 1998. Pág. 495.

otras. A criterio de Mosset Iturraspe, está claro el derecho a una indemnización en concepto de daño moral, cuando se viole este derecho moral de autoría, en cualquiera de las facultades que abarca o comprende.<sup>267</sup>

Es así que como bien lo indica Pizarro “*se admite pacíficamente que la minoración a los intereses no patrimoniales del autor de una obra intelectual, científica, literaria o artística, puede resultar idónea para generar daño moral.*”<sup>268</sup>

Yzquierdo Tolsada toma como ejemplo de resarcimiento de daño moral el que experimenta un autor al publicarse su obra atribuyéndola a otro artista, por cuanto se le deniega la paternidad sobre una obra como en el caso de la STS de 19 de julio de 1989, o en el caso de destrucción de la obra o creación intelectual, como el resuelto por la Sentencia SAP de Guadalajara de 13 de octubre de 2003.<sup>269</sup>

Dentro de la legislación ecuatoriana, la protección otorgada a los derechos morales del autor está establecida en primer lugar en la Constitución de la República del Ecuador, así:

*Art. 22.- Las personas tienen derecho a desarrollar su capacidad creativa, al ejercicio digno y sostenido de las actividades culturales y artísticas, y a beneficiarse de la protección de los derechos morales y patrimoniales que les correspondan por las producciones científicas, literarias o artísticas de su autoría.*

De conformidad con la disposición legal precedente, la Ley de Propiedad Intelectual establece que:

*Art. 18.- Constituyen derechos morales irrenunciables, inalienables, inembargables e imprescriptibles del autor:  
Revindicar la paternidad de su obra;*

---

<sup>267</sup> Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge. Responsabilidad por daños, Tomo IV El daño moral. Editorial Ediar. Pág. 225.

<sup>268</sup> PIZARRO, Daniel. Daño moral. Pág. 509.

<sup>269</sup> Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Daños y perjuicios en la propiedad intelectual: Por una nueva regulación. Fundación Arte y Derecho. Pág. 32 y 33.

*Mantener la obra inédita o conservarla en el anonimato o exigir que se mencione su nombre o seudónimo cada vez que sea utilizada;*

*Oponerse a toda deformación, mutilación, alteración o modificación de la obra que pueda perjudicar el honor o la reputación de su autor;*

*Acceder al ejemplar único o raro de la obra que se encuentre en posesión de un tercero, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda; y,*

*La violación de cualquiera de los derechos establecidos en los literales anteriores dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios, independientemente de las otras acciones contempladas en esta Ley.*

*Art.329.- Las acciones civiles y penales prescriben de conformidad con las normas del Código Civil y del Código Penal, respectivamente, salvo las acciones por violación de los derechos morales, que son imprescriptibles.*

*En concreto, un caso de violación al derecho moral del autor estaría dado por el incumplimiento de las obligaciones contraídas con ocasión del contrato de licencia, que la Ley de Propiedad Intelectual define en su artículo 7:*

*Licencia: Autorización o permiso que concede el titular de los derechos al usuario de la obra u otra producción protegida, para utilizarla en la forma determinada y de conformidad con las condiciones convenidas en el contrato. No transfiere la titularidad de los derechos.*

*Art. 44.- Los contratos sobre autorización de uso o explotación de obras por terceros deberán otorgarse por escrito, serán onerosos y durarán el tiempo determinado en el mismo, sin embargo podrán renovarse indefinidamente de común acuerdo de las partes.*

A modo de ejemplo sobre este punto, vale citar la sentencia española de 3 de junio de 1991 dictada por el Tribunal Supremo, otorgando *“indemnización por los daños morales producidos al derecho de autor de un pintor cuyas representaciones pictóricas resultaron estropeadas con posterioridad a una muestra, desencadenando una situación subjetiva, en razón a la proyección que aquellos pudieron tener en los sentimientos y dimensión espiritual de quien los sufre”*.<sup>270</sup>

Los casos más comunes de incumplimiento de obligaciones contraídas con ocasión de un contrato relativo a los derechos morales de autor, están dadas por las extralimitaciones que suponen alteración del contenido de la obra, o siempre que se haga uso de ésta para fines distintos a los estipulados en el contrato. Por tanto, cabría la indemnización de daño moral pues este tipo de contrato por su naturaleza, es adecuado para originar este tipo de perjuicios al autor, a quien le asiste el derecho de accionar en contra de la contraparte contractual en base al artículo 303 de la Ley de Propiedad Intelectual.

---

<sup>270</sup> BARRIENTOS, Marcelo. El resarcimiento por daño moral en España y Europa. Pág. 347.

## **CAPITULO IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

### **4.1 CONCLUSIONES:**

1. La legislación ecuatoriana demuestra un evidente retraso en cuanto al desarrollo del derecho de daños, en comparación a legislaciones como la chilena, por citar la que sirvió de base para nuestro Código Civil, que ha logrado después de un proceso de evolución, no sólo abandonar la usual y restrictiva interpretación que se daba a su normativa civil decimonónica, sino reinterpretar el tenor de las disposiciones civiles valiéndose de la amplitud en que fueron redactadas, para posteriormente conseguir una reforma legal que reconozca expresamente el daño moral derivado de incumplimiento de contrato, institución que tiene el innegable carácter de creación jurisprudencial.
2. Si legislaciones que contaban con normas casi idénticas a las nuestras, han superado hace ya varios años el debate en torno a la resarcibilidad del daño moral contractual, no se explica por qué en el caso de nuestro país se debería dar un tratamiento distinto a esta institución. El hecho de que no se previó expresamente esta posibilidad en nuestra normativa no debe interpretarse como una negativa tajante, sino que caben dos posibilidades: (i) el legislador determinó en el Código Civil únicamente la hipótesis más usual de daño moral, esto es, cuya causa se ubica en el ámbito extracontractual, y (ii) la segunda consistente en que efectivamente existe una laguna legal, que no puede interpretarse como negativa a la institución y que no exime a los tribunales de su función de impartir justicia si llega a su conocimiento un caso sobre este tema.
3. Dado que existe un evidente desfase entre el tiempo en que se promulgan las normas que regulan la institución del daño moral y la realidad actual que pretenden normar, es imprescindible que los tribunales empiecen a optar por una reinterpretación e integración al momento de aplicar la normativa, pues es la única forma en que se está asegurando la consecución no sólo de la solución correcta al conflicto que dirimen, sino de una sentencia justa.

4. Los procesos de reinterpretación e integración de las normas antes referidos, deben tomar como premisa básica que la indemnización por daño moral no es una institución de exclusiva regulación del Título XXXIII del Libro IV del Código Civil ecuatoriano, sino que es propia del Derecho de Daños en forma general, y como tal aplicable tanto a la denominada responsabilidad extra contractual, como a la contractual.
5. Si bien existen ciertos contratos que por su naturaleza son más susceptibles para originar daño moral a causa de su incumplimiento, por cuanto su objeto está de una u otra forma relacionado más estrechamente con los derechos de la personalidad de los contratantes, como los tratados en la presente tesina, no por ello se puede concluir que el daño moral queda restringido al campo que regulan aquellos, sino que por el contrario, y de conformidad a la evolución que ha experimentado el Derecho de Daños en las últimas décadas, debería abrirse la posibilidad al reconocimiento que tiene el deudor- damnificado en todo tipo de contrato cuyo incumplimiento le origine un daño moral acreditado y de una entidad razonable, pues no es admisible una suerte de generalización al sostener que todo incumplimiento contractual pueda ocasionar daño moral.
6. Un punto fundamental a considerar, sea cual fuere la índole del contrato incumplido que cause el perjuicio moral al acreedor, es la obligación de seguridad que está de por medio, íntimamente ligada con el principio de buena fe contractual, y entendida ésta como aquella en virtud de la cual ambas partes contractuales se comprometen a mantener indemne a su contraparte, en todo lo relacionado a su persona, su salud o sus bienes, por el lapso de tiempo que dure la relación contractual.
7. Con el fin de ejercitar el derecho que le asiste al deudor o damnificado a reclamar la correspondiente indemnización por daño moral cuando ha debido soportar injustamente el incumplimiento de su contraparte contractual, se puede sustentar dicha acción en la garantía constitucional de integridad física, psíquica moral y sexual, así como en las disposiciones del Código Civil que regulan el incumplimiento contractual, en concordancia con la que regula el daño moral,

siendo ésta última de aplicación general y no exclusiva de los supuestos de delito y cuasi delito civil.

#### **4.2 RECOMENDACIONES:**

1. Sería importante, a efectos de ayudar al sistema, una reforma legislativa en el sentido que las normas que regulan la institución del daño moral acepten expresamente el origen contractual de dicho daño, en base al principio de reparación integral del daño, con el objetivo de establecer un criterio que garantice la seguridad jurídica en ese tema específico. La razón última que debería promover una reforma de esta índole está determinada por la realidad actual, cuyas situaciones son bastante más complejas que aquellas imperantes al momento de expedición de nuestro Código Civil y su reforma en relación al daño moral, por lo que una reforma en el sentido antes establecido estaría más acorde a la realidad social, y por tanto gozaría del carácter de efectividad en términos de justicia, el que por el momento se contrapone a la normativa legal vigente.
2. Dado que una reforma legislativa implica un proceso complejo que toma tiempo, sería procedente una reinterpretación de las normas vigentes por parte de los jueces, tribunales y juristas, dando paso acepciones más amplias del daño moral como institución en general, y de aspectos específicos como por ejemplo el relativo a la previsibilidad del daño en relación con la propia naturaleza del contrato en cuyo campo de regulación se da el incumplimiento; todo esto con el objetivo de dar una solución justa a aquellos conflictos para cuya resolución se requiera un proceso interpretativo, toda vez que en la actualidad nuestro ordenamiento jurídico no se pronuncia expresamente sobre la procedencia de la acción de daño moral por incumplimiento de obligaciones contractuales.
3. Una de las maneras de reinterpretar el contenido del artículo 1572 del Código Civil consiste en una amplia interpretación de los conceptos de daño emergente y lucro cesante, de modo que no se entienda excluido forzosamente el perjuicio moral, por cuando el legislador no ha estipulado que serán indemnizables “únicamente” los perjuicios antes mencionados, con la consecuente eliminación del absurdo tratamiento diferenciado que pretende darse a la institución del daño moral en el

caso de origen aquiliano en contraste con el contractual. Esto en concordancia con el principio de Derecho según el cual está permitido todo aquello sobre lo que no se establezca una prohibición legal expresa.

4. Una forma válida para obtener la indemnización por daño moral derivado de contrato, es avaluándolos con anterioridad gracias a la institución de la cláusula penal. Así las partes podrán acordar una suma de dinero en concepto de indemnización por daño moral, que podrá ser reclamada por el acreedor en el caso que la otra parte incumpla sus obligaciones contractuales.
5. Finalmente, con el objetivo de estar a la par con el proceso de evolución del Derecho de Daños que ha tenido lugar a nivel mundial, es preciso que tanto los jueces, tribunales como los abogados tomen acciones encaminadas a innovar los procesos relativos a la indemnización por daño moral contractual, pues sólo así se podrán establecer líneas de pensamiento específicas que pueden servir de sustento jurisprudencial y doctrinario para una posterior reforma legislativa que ponga fin al problema de la admisibilidad de una acción tendiente a indemnizar un perjuicio de esa clase.

## BIBLIOGRAFIA:

### Fuentes bibliográficas

- ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, VODANOVICH, Antonio. Tratado de derecho civil: partes preliminar y general Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 1998.
- BARRAGÁN ROMERO, Gil. Elementos del daño moral. Editorial Edino. Quito, Ecuador. 1995.
- BARRIENTOS, Marcelo. El resarcimiento por daño moral en España y Europa. Editorial Ratio Legis. Salamanca, España. 2007.
- CASAS, María. Reflexión acerca de la conexión estructural daño- responsabilidad civil- obligación en Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García Volumen I. Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia. Murcia, España. 2004.
- DIEZ-PICAZO, Luis, Derecho de daños. Editorial Civitas. Madrid, España. Primera edición 2000.
- DOMÍNGUEZ, Andrés. Derecho Sanitario y Responsabilidad Médica: Comentarios a la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica. Editorial Lex Nova. Segunda Edición. Noviembre 2007 Valladolid España. Pág. 61
- DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen. El daño moral Volumen 1. Editorial jurídica de Chile. Santiago de Chile, Chile. 2000.
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos y otros. Cathedra: espíritu del Derecho. Revista de Derecho Universidad de San Marcos. Editores Palestra. Lima, Perú. Noviembre de 2001.
- GALDOS, Jorge Mario. Artículo Nuevos daños a la persona en la sociedad de riesgo en Edición homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe. Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Argentina 2005. Pág. 160.
- GHERSI, Carlos Alberto. Responsabilidad Tomo 1: Problemática Moderna. Ediciones Jurídicas Cuyo. Buenos Aires Argentina. 1996
- GÓMEZ, Fernando y ARGULIO, Begoña Daños dolosos y seguro Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García Volumen I. Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia. Murcia, España. 2004.

- IRIBARNE, Héctor. La prueba en el juicio de daños a la persona en Revista de derecho de Daños: La prueba del daño I. Editorial Rubinzal- Culzoni. Buenos Aires Argentina. 2003.
- KROTEICH, Milagros. La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extra patrimoniales. Universidad Externado de Colombia. 2012.
- LARREA HOLGUIN, Juan. Tratado de Derecho Civil Tomo XV Obligaciones extra contractuales. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, Ecuador. 2004.
- MACÍAS, Agustín. El daño causado por el ruido y otras inmisiones. Editorial La Ley. Madrid España 2004
- MEDINA, María. La culpa de la víctima en el daño extracontractual. Editorial Dykinson Madrid España 2003.
- MOISSET DE ESPANES, Luis. Accidentes de automotores Tomo I. Segunda edición. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza Argentina.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. Responsabilidad por daños, Tomo IV El daño moral. Editorial Ediar. Buenos Aires, Argentina. 1986.
- PIZARRO, Carlos y Álvaro, VIDAL. Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños. Editorial Universidad del Rosario. Rosario, Argentina. 2010
- PIZARRO, Daniel. Daño moral. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, Argentina. Febrero de 1996.
- PORTILLO, Gloria. Derecho de daños: Jurisprudencia temática 1. Editorial Juris. Septiembre 1992. Rosario Argentina.
- PUIG Peña, Federico. Tratado de Derecho civil español. Volumen 1. Revista de Derecho Privado. Madrid, España. Pág. 323.
- QUINTERO, Beatriz. Teoría básica de la indemnización: Manual de responsabilidad civil. Grupo editorial Leyer. Tercera edición. Bogotá, Colombia.
- RAMOS, René. Manual de las obligaciones. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. Julio 1999.
- SCOGNAMIGLIO, Renato. El daño moral. Publicación de la universidad externado de Colombia. Bogotá, Colombia. Abril de 1962
- ZANNONI, Eduardo El daño en la responsabilidad civil. Editorial Astrea. Segunda edición. Buenos Aires, Argentina. 1993.

### Fuentes en la red

- [www.colegiodeabogados.org.ar](http://www.colegiodeabogados.org.ar). Responsabilidad por daños en el transporte terrestre de pasajeros.  
[www.dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor\\_carlos\\_fernandez\\_sessarego/articulos](http://www.dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_sessarego/articulos)  
FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. El daño al proyecto de vida
- [www.fundacionfueyo.udp.cl](http://www.fundacionfueyo.udp.cl) PIZARRO, Carlos. Responsabilidad contractual.
- [www.indret.com](http://www.indret.com) Revista para el análisis del derecho. SOLÉ FELIU, Josep. El daño moral por infracción contractual: principios modelos y derecho español.
- [www.infoleg.gov.ar](http://www.infoleg.gov.ar) Información legislativa Argentina.
- [www.reigadaborda.com.ar/EN/publications/alejandro\\_borda/Unificacion-de-la-responsabilidad.pdf](http://www.reigadaborda.com.ar/EN/publications/alejandro_borda/Unificacion-de-la-responsabilidad.pdf). BORDA, Alejandro. Unificación del resarcimiento en materia de responsabilidad contractual y extracontractual.
- [www.revistajuridicaonline.com](http://www.revistajuridicaonline.com). Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de Universidad Católica Santiago de Guayaquil NOBOA. Gonzalo. El daño moral.
- [www.scielo.cl](http://www.scielo.cl) Daño moral por incumplimiento de contrato: un réquiem por la uniformidad jurisprudencial, de CÁRDENAS, Hugo. Revista de derecho chileno versión online, vol. 33 No. 3.  
[www.scielo.cl](http://www.scielo.cl) El hecho generador del incumplimiento contractual y el artículo 1547 del Código Civil de SANTA MARIA, Sergio. Revista de derecho chileno versión online, No. 17.
- [www.udp.cl](http://www.udp.cl). Cuadernos de Análisis de Derecho Privado. DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. La reparación del daño moral derivado de contrato en el Derecho Civil Chileno: Realidad y límites.

### Fuentes legales

- Codificación del Código Civil No. 2005-010 publicada en Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.
- Codificación del Código de Trabajo No. 2005-017 publicada en Registro Oficial No. 167 de 16 de diciembre de 2005.
- Codificación de la Ley de Propiedad Intelectual No. 2006-013 publicada en Registro Oficial No. 426 de 28 de diciembre de 2006.

- Código de Comercio publicado en Registro Oficial No. 1202 de 20 de agosto de 1960.

#### Otras Fuentes

- Apuntes de cátedra. Profesora Carmen Muñoz García. Tema: Elementos de la responsabilidad civil: Daños, legitimación activa y valoración. Curso de Derecho de Daños. Escuela de Verano de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, España. Agosto 2011.
- Apuntes de cátedra. Profesora María Medina Alcoz. Tema: Elementos de la responsabilidad civil: relación de causalidad, causalidad fáctica e imputación objetiva. Curso de Derecho de Daños. Escuela de Verano de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, España. Agosto 2011.
- Apuntes de cátedra. Profesor Mariano Yzquierdo Tolsada. Tema: Responsabilidad contractual y extracontractual, subjetiva o por culpa y objetiva. Curso de Derecho de Daños. Escuela de Verano de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, España. Agosto 2011.
- Seminario de Daño Moral. Organizado por el Colegio de Abogados de Pichincha y la Universidad de Belgrano. Agosto 2010, Quito, Ecuador. Ponencias de: GHERSI, Carlos Alberto y BORDA, Alejandro.

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE LICENCIADOS (TERCER NIVEL)  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, María Belén Ayala Pozo, C.I. 171616666-3, autora del trabajo de graduación titulado: *Daño Moral derivado del Incumplimiento Contractual*, previa a la obtención del grado académico de **LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA**.

1. Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.
2. Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 17 de abril de 2013

-----  
C.I. 171616666-3


**REPÚBLICA DEL ECUADOR**  
 DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL,  
 IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

CÉDULA DE CIUDADANÍA No. **171616666-3**  
 APELLIDOS Y NOMBRES **AYALA POZO MARIA BELEN**  
 LUGAR DE NACIMIENTO **PICHINCHA QUITO CHAUPICRUZ**  
 FECHA DE NACIMIENTO **1987-06-22**  
 NACIONALIDAD **ECUATORIANA**  
 SEXO **F**  
 ESTADO CIVIL **SOLTERA**

  



INSTRUCCIÓN **SUPERIOR**      PROFESIÓN / OCUPACIÓN **ESTUDIANTE**      E3343V2442

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE **AYALA NELSON RUPERTO**  
 APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE **POZO NANCY ERMELINDA**

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN **QUITO 2012-08-14**  
 FECHA DE EXPIRACIÓN **2022-08-14**

 001013740  
 DIRECTOR GENERAL  
 FIRMA DEL CEDULADO  


REPÚBLICA DEL ECUADOR  
 CONSEJO NACIONAL ELECTORAL  
**CERTIFICADO DE VOTACIÓN**  
 ELECCIONES GENERALES 17-FEB-2013

**001**  
**001 - 0144**      **1716166663**  
 NÚMERO DE CERTIFICADO      CÉDULA  
**AYALA POZO MARIA BELEN**

PICHINCHA      CIRCUNSCRIPCIÓN **1**  
 PROVINCIA      PONCEANO  
 QUITO      PONCEANO A  
 CANTÓN      PARROQUIA      ZONA  
 PRESIDENTA/E DE LA JUNTA




