

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

COLEGIO DE JURISPRUDENCIA

**APLICABILIDAD DE LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS
EXTRAPATRIMONIALES EN LA RESPONSABILIDAD
CONTRACTUAL EN EL RÉGIMEN JURÍDICO ECUATORIANO:**

Análisis del Artículo 1572 del Código Civil

Juan Carlos Darquea Suárez

Luis Parraguez Ruiz, Director de Tesis

Tesis de grado presentada como requisito
para la obtención del título de Abogado

Quito, diciembre de 2014

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACION DE TESIS

“Aplicabilidad de la indemnización de daños extrapatrimoniales en la responsabilidad contractual en el régimen jurídico ecuatoriano: Análisis del Artículo 1572 del Código Civil”

Juan Carlos Darquea Suárez

Dr. Vladimir Villalba

Director de Tesis

.....

Dr. Luis Parraguez

Director de Tesis

.....

Ab. Dunker Morales

Informante del Tribunal

.....

Dr. Luis Parraguez

Decano del Colegio de Jurisprudencia

.....

Quito, 18 de diciembre de 2014

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
COLEGIO DE JURISPRUDENCIA

INFORME DEL DIRECTOR DE TESIS

TITULO DE LA TESIS: Aplicabilidad de la indemnización de daños extrapatrimoniales en la responsabilidad contractual en el régimen jurídico ecuatoriano. Análisis del artículo 1572 del Código Civil.

ALUMNO: Juan Carlos Darquea

1. Importancia del problema presentado.

La indemnización del daño moral plantea algunas dificultades técnicas y prácticas que ocupan la atención de los operadores jurídicos. Desde su propia denominación, que el autor del trabajo se encarga de precisar con mucha propiedad para demostrar su verdadera naturaleza de daño extrapatrimonial, más que moral, denominación esta última que podría conducir a equívocos, hasta las complicadas cuestiones de su prueba y cuantificación, frente a las cuales la doctrina y jurisprudencia se ha decantado por soluciones preferentemente prácticas.

Pero de entre todas, en la actualidad y en el derecho nacional, la posibilidad de admitir su indemnización en los casos de incumplimiento contractual, creo que es uno de sus aspectos más relevantes y que constituyen a la vez, su mayor dificultad, ya que una doctrina de escasa profundidad se ha dejado llevar por la cómoda rutina de negar aquella posibilidad merced a una lectura superficial del artículo 1572 del Código civil. Dar a dicho precepto legal su auténtico sentido y alcance para abrir paso con ello a la hipótesis que se plantea el tesista, habla por sí solo de la enorme importancia del problema planteado.

2.- Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

Como acabo de señalar, la hipótesis propuesta por el graduando es de inusual trascendencia, atrevida e inédita en nuestro país. Su demostración, a la que el autor llega con solvencia, conlleva a la materialización en el medio nacional de los principios de unidad y de integralidad de la indemnización de perjuicios que, de otro modo, privada la responsabilidad contractual de este fundamental componente, no pasarían de ser discursos de mermada consistencia.



3.- Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

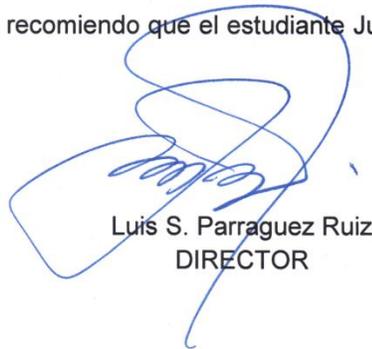
Tomando en cuenta la naturaleza y alcance del trabajo –nivel de tesina-, su autor ha utilizado una importante y abundante bibliografía, pertinente con el tema investigado. Ha combinado con acierto el manejo de obras generales, con artículos especializados y un interesante plexo normativo y material jurisprudencial.

4.- Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

Creo que en este rubro descansan los mayores méritos del trabajo. Luego de una tarea de investigación muy rigurosa que le aportó importantes materiales para el análisis, el tesista se concentra en una argumentación jurídica de relieve, para llevar adelante con método y mucho acierto los recursos positivos, doctrinarios y jurisprudenciales reunidos, además de una impecable incursión hermenéutica, todo lo cual converge en su propuesta inicial, de suerte tal que, finalmente, logra justificar plenamente, a mi juicio, su hipótesis de trabajo.

Debo dar fe de su dedicación al tema que lo llevó más allá del mero cumplimiento del requisito académico para obtener el título de abogado. El autor se entregó de lleno a un trabajo laborioso para encontrar una respuesta al complejo problema que se planteó como desafío. Aunque despierte oposiciones, la tesis que plantea, con la cual concuerdo plenamente, es un aporte significativo al estudio de la responsabilidad contractual en nuestro país.

Por todo lo expuesto, recomiendo que el estudiante Juan Carlos Darquea sea admitido a defender su tesina.



Luis S. Parraguez Ruiz
DIRECTOR

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Nombre:

C. I.:

Fecha:

A María Lorena, mi nena.

*Agradezco a mis padres,
por ser los más grandes ejemplos de trabajo y responsabilidad.*

*Agradezco a Luis Parraguez,
por guiarme durante mis estudios y durante la elaboración de esta tesina.*

*Agradezco a Carlos, José, Juan Ignacio, Mateo, Martín, Bernardo y Natalia,
por ser mis grandes amigos durante estos años.*

RESUMEN

La presente tesina analiza la aplicabilidad de la reparación de los daños extrapatrimoniales en la responsabilidad contractual en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Para ello, se hace un estudio de los principios en los que se fundamenta todo el sistema de responsabilidad civil, ya sea contractual o extracontractual, en especial el principio de reparación integral del daño. Además, analiza las características particulares de los daños extrapatrimoniales, así como la función y naturaleza de su indemnización. Este estudio lleva a la conclusión de que un incumplimiento puede generar un perjuicio no patrimonial que necesariamente debe ser resarcido, para así cumplir con el principio de reparación integral y regresar al acreedor a la posición en la que se encontraba antes de ocurrir el daño. Las normas relativas a los daños extrapatrimoniales en el Ecuador justamente buscan que estos perjuicios sean reparados, independientemente de si provienen del incumplimiento a una relación contractual o al deber general de cuidado común a todas las personas.

ABSTRACT

This thesis analyzes the applicability of the compensation of non-pecuniary damages caused by the non-performance of a contract, under Ecuadorean law. To this end, the thesis studies the principles on which the whole civil liability system is founded, whether contractual or tort, in particular the principle of full compensation of the damage. It also analyzes the unique characteristics of the non-pecuniary damages, and the function and nature of their compensation. This study leads to the conclusion that a contractual breach can cause a non-pecuniary damage which necessarily must be compensated in order to comply with the principle of full compensation and return the creditor to the position it was before the damage occurred. Ecuadorean legislation on non-pecuniary damages seek these damages to be repaired, whether they are caused by the non-performance of a contract or by the breach of the general duty of care common to all people.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	12
Capítulo 1: Responsabilidad contractual	15
1.1. Fundamento de la responsabilidad civil: principio de reparación integral	16
1.2. Diferencias entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual. Una visión unitaria de la responsabilidad.....	20
1.3. Presupuestos de la responsabilidad contractual	30
1.3.1. Existencia de un contrato válido.....	31
1.3.2. Incumplimiento del contrato.....	34
1.3.3. Imputabilidad.....	35
1.3.4. Daño	37
1.3.5. Relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño	40
1.3.6. Mora del deudor	41
Capítulo 2: Daño extrapatrimonial	44
2.1. Naturaleza del daño extrapatrimonial y de su indemnización	46
2.2. Características del daño extrapatrimonial.....	50
2.3. Los distintos supuestos de daños extrapatrimoniales	54
2.3.1. El daño moral o <i>pretium doloris</i>	55

	10
2.3.2. El perjuicio a la vida de relación o <i>préjudice d'agrément</i>	57
2.3.3. El daño estético.....	59
2.3.4. El perjuicio sexual	61
2.3.5. Daños morales objetivados.....	61
2.4. Autonomía entre los daños extrapatrimoniales y los daños patrimoniales	63
Capítulo 3: Aplicabilidad del daño extrapatrimonial en la responsabilidad contractual en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	67
3.1. Objeciones y fundamento del resarcimiento del daño extrapatrimonial en la responsabilidad contractual	69
3.1.1. Sobre la supuesta exigencia de la patrimonialidad en la obligación	70
3.1.2. Sobre el daño reparable en la responsabilidad contractual.....	77
3.2. Interpretación del tercer inciso del art. 1572 del Código Civil.....	82
3.3. Jurisprudencia nacional favorable a la tesina.....	92
3.4. Supuestos de daño extrapatrimonial contractual reconocidos por la doctrina.....	96
CONCLUSIONES.....	103
RECOMENDACIONES	106
BIBLIOGRAFÍA	108
Legislación	108
Doctrina	108
Jurisprudencia.....	112

Chile	112
Colombia	112
Ecuador	112
Laudos arbitrales.....	113

INTRODUCCIÓN

Los daños extrapatrimoniales, y en específico el daño moral, son uno de los temas más estudiados en el Derecho Civil. La reparación de estos perjuicios ha tenido plena aceptación en la responsabilidad extracontractual, pero no ha sucedido lo mismo en el ámbito contractual. Por ello, se ha debatido arduamente sobre si un incumplimiento contractual puede ocasionarlos, y si estos deben ser resarcidos.

En las últimas décadas se ha aceptado cada vez más la reparación de perjuicios no patrimoniales en sede contractual. Esta aceptación se ha dado de distintos modos: en algunos países (como Argentina y Perú) se han emprendido reformas legislativas para incluir artículos expresos sobre la indemnización de daños extrapatrimoniales como consecuencia de un incumplimiento contractual. En otros (como Chile), se ha aceptado esta reparación a través de interpretaciones jurisprudenciales.

En el Ecuador, este tema tiene particular relevancia por cuanto, desde la entrada en vigencia de la Ley No. 171 Reformativa al Código Civil sobre Reparación de Daños Morales, nuestro país cuenta con normas propias sobre esta materia. En virtud de esta normativa, en especial del tercer inciso del art. 1572 del Código Civil, la doctrina mayoritaria ha manifestado que el legislador ecuatoriano limitó la reparación de perjuicios extrapatrimoniales a los delitos y cuasidelitos. Sin embargo, jurisprudencia reciente y laudos arbitrales dictados en arbitrajes internacionales se han pronunciado favorablemente a la indemnización del daño extrapatrimonial ocasionado por un incumplimiento contractual. Por estos motivos, la presente tesina pretende responder el problema jurídico de si, con base en la normativa civil

ecuatoriana, el daño extrapatrimonial ocasionado por el incumplimiento de un contrato puede ser resarcido.

Para ello, en el primer capítulo se estudiarán las principales características de la responsabilidad civil, y en específico, de la responsabilidad contractual. Así, se analizará el principio de reparación integral del daño, principio rector común a la responsabilidad contractual y extracontractual. También se verá que si bien existen diferencias entre la responsabilidad contractual y la delictual y cuasidelictual, estas son simplemente accesorias, pues el sistema de responsabilidad civil es uno solo, que busca reparar todo daño causado. Además, se revisarán los presupuestos necesarios para la configuración de la responsabilidad contractual.

En el segundo capítulo, se analizarán las características únicas de los daños extrapatrimoniales. Se verá que la indemnización, si bien incrementará el patrimonio de la víctima, tiene la misma finalidad resarcitoria que en la responsabilidad civil en general, con ciertas particularidades atendiendo a la naturaleza de los perjuicios extrapatrimoniales. También se analizarán las principales categorías de perjuicios no patrimoniales que podrían generarse en un incumplimiento contractual. Por último, se hará una clara distinción entre los perjuicios patrimoniales y los no patrimoniales, y se enfatizará en la independencia que existe entre ambos.

Por último, en el tercer capítulo se abordará el problema concreto del resarcimiento de los perjuicios extrapatrimoniales en la responsabilidad contractual. Se iniciará por plantear algunas de las objeciones que se han planteado respecto de la reparación de estos daños, para luego proceder a refutarlas, presentado varios argumentos que favorecen esta reparación.

Luego, se hará uso de los métodos interpretativos de la ley contemplados en el art. 18 del Código Civil, para así interpretar la Ley No. 171, específicamente el inciso final añadido al art. 1572 del citado código, para concluir que esta normativa permite la indemnización de perjuicios extrapatrimoniales en el ámbito contractual. Se hará referencia también a jurisprudencia ecuatoriana que ha adoptado esta posición. Finalmente, se presentarán los supuestos de incumplimientos contractuales que generan daños no patrimoniales más discutidos por la doctrina y la jurisprudencia internacionales, con el fin de plantear un régimen general que podrá ser aplicado al incumplimiento de cualquier otro contrato.

Capítulo 1: Responsabilidad contractual

En términos generales, la responsabilidad es la “aptitud de la persona o sujeto de derecho para asumir la consecuencia de sus actos”¹. Jurídicamente, esto se traduce en “el deber de indemnizar los perjuicios causados por el incumplimiento de una obligación preexistente”². Es en virtud de la obligación preexistente que se incumple que se ha desarrollado la principal distinción en el campo de la responsabilidad civil, es decir, entre la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad contractual.

Así, nos encontraremos en el terreno de la responsabilidad extracontractual si la obligación proviene del deber genérico común a todos de no dañar a las personas, conocido también como *naeminem laedere*³. En cambio, se tratará de responsabilidad contractual si la obligación incumplida proviene de un acuerdo de las partes. El presente capítulo se ocupará de este segundo tipo de responsabilidad, de aquella que proviene del incumplimiento contractual. Sin embargo, para iniciar, se analizará una característica común a ambas responsabilidades, tal vez su característica más importante, como lo es la finalidad resarcitoria en el sistema de responsabilidad civil. Posteriormente, se hará una revisión de las principales diferencias que existen entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual. Finalmente, se analizarán los presupuestos necesarios para que se configure la responsabilidad contractual. Así se demostrará que si bien existen algunas diferencias entre ambas, ninguna obstruye que se resarzan los daños extrapatrimoniales en el ámbito contractual.

¹ Rodríguez Grez, Pablo. *Responsabilidad contractual*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2012, p. 9.

² Ídem, p. 10.

³ Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por daños*. Tomo IV. El Daño Moral. Buenos Aires: Ediar, 1986, p. 128.

1.1. Fundamento de la responsabilidad civil: principio de reparación integral

Para entender por qué debe aceptarse la reparación de daños extrapatrimoniales en la responsabilidad contractual, es primero necesario que se conozca cuál es el fundamento de toda responsabilidad civil, ya sea contractual o extracontractual. Como se verá, dado que el fundamento que inspira a ambas categorías de la responsabilidad civil es el mismo, no existe razón para rechazar el resarcimiento de los daños extrapatrimoniales en el ámbito contractual.

En términos generales, el fundamento de la indemnización “es el genérico de la obligación de perjuicios: la noción de justicia⁴. Esta noción de justicia es la que obliga a las personas asumir sus actuaciones culpables y antijurídicas, pues “es consubstancial al ser humano el responder de sus acciones y de sus consecuencias necesarias u objetivamente previsibles”⁵. Es por ello que la responsabilidad civil es “una carga impuesta unilateralmente por la ley a quien, con o sin su voluntad, causa un daño a otro y está obligado a repararlo”⁶.

De forma más específica, el fundamento de la responsabilidad civil lo podemos encontrar en el principio de reparación integral del daño. Este principio hace referencia a que, como su

⁴ Alterini, Alberto. *Curso de obligaciones*. Tomo I. Tercera edición. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1986, p. 262.

⁵ Fueyo Laneri, Fernando. *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. Tercera edición. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2004, p. 344.

⁶ Güitrón Fuentevilla, Julián. “¿Cuál es la naturaleza de la responsabilidad civil?”. *Responsabilidad civil*. Directora: Aída Kemelmajer de Carlucci. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007, p. 101.

nombre lo indica, la reparación debe ser *íntegra*, es decir que debe resarcirse “*todo el daño, pero nada más que el daño*”⁷ [cursivas en el original].

El principio de reparación integral tiene algunas implicaciones. En primer lugar, como lo que se quiere es reparar todo daño, se buscará “restablecer la situación conforme a derecho, o sea la reposición de las cosas tal como se hallaban antes del acto ilícito”⁸. Como regresar las cosas al estado exacto en el que se encontraban antes del acto ilícito es sumamente complicado, el principio se ha visto modulado, buscándose solamente “colocar a la víctima en una situación similar a la que tendría si el hecho dañoso no se hubiera presentado, para lo cual se deberá restablecer el equilibrio patrimonial perdido”⁹. Es por estos motivos que la responsabilidad civil tiene una finalidad resarcitoria, es decir, “de equilibrio entre el daño causado y la prestación que se impone al responsable”¹⁰.

Una segunda implicación del principio de reparación integral del daño es que, como no puede resarcirse más allá del daño causado, la indemnización no puede ser objeto de lucro¹¹. Así, el principio de reparación integral y la naturaleza resarcitoria de la indemnización sirven como límite de la reparación, puesto que “*no podrá exceder el monto de los perjuicios producidos, alegados y probados*”¹² [cursivas en el original]. Si se permitiera que el afectado quedara en una mejor situación que aquella en la que se encontraba antes del hecho dañoso, “la atribución patrimonial correspondiente a tal excedente no tendría causa jurídica que la

⁷ Le Tourneau, Philippe. *La responsabilidad civil*. Traductor: Javier Tamayo Jaramillo. Bogotá: Ed. Legis, 2004, p. 68

⁸ Bustamante Alsina, Jorge. *Responsabilidad civil y otros estudios*. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1984, p. 219. En el mismo sentido véase Güitrón Fuentevilla, Julián. *Op. cit.*, p. 102.

⁹ Solarte Rodríguez, Arturo. “El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo”. *Responsabilidad civil y negocio jurídico*. Director: Álvaro Echeverri Uruburu. Bogotá D.C.: Ed. Ibáñez, 2011, p. 186.

¹⁰ Alterini, Alberto. *Op. cit.*, p. 262.

¹¹ Fueyo Laneri, Fernando. *Op. cit.*, p. 344.

¹² *Ibíd.*

justificara, con lo cual, de contera, se producirá en el obligado a sufragar tales erogaciones un correlativo empobrecimiento que, igualmente, carecerá de justificación”¹³. Consecuentemente, el principio de reparación integral también constituye una garantía en favor de quien ocasiona el daño porque no permitirá que el monto que se conceda como indemnización exceda el daño efectivamente causado.

Ahora bien, se ha realizado una serie de reparos con respecto a que el principio de reparación integral del daño no es un principio absoluto. En primer lugar, téngase en cuenta que previamente se habló de restablecer el equilibrio patrimonial, como si el mencionado principio tuviera cabida únicamente en el ámbito patrimonial, y no en el extrapatrimonial¹⁴.

Así, en relación a los bienes extrapatrimoniales se ha manifestado que

ciertamente resulta complejo, cuando no imposible, reconstituir tales bienes o intereses, o incluso, fijar el quantum de la respectiva reparación en dinero, toda vez que se trata de intereses del sujeto que no admite una evaluación pecuniaria, lo que lleva necesariamente a que la cantidad que se determine como indemnización no corresponda o tenga equivalencia con el perjuicio realmente sufrido por la víctima¹⁵.

Si bien es cierto que los bienes extrapatrimoniales no admiten una valoración exacta, considero que esto no configura una excepción al principio de reparación integral, pues estos daños también deben ser resarcidos plenamente. Así, el principio de reparación integral,

aunque formulado originalmente en relación a los daños materiales como sucede con toda la teoría clásica del daño e indiscutible respecto de él, resulta plenamente extensible al daño no patrimonial, aunque con el alcance específico que la noción de reparación adquiere para este tipo de perjuicio¹⁶.

¹³ Solarte Rodríguez, Arturo. *Op. cit.*, p. 194.

¹⁴ En este sentido, véase Solarte Rodríguez, Arturo. *Op. cit.*, p. 202.

¹⁵ Ídem, p. 195.

¹⁶ Domínguez Hidalgo, Carmen. “El principio de reparación integral del daño y su contenido: algunas consecuencias para el Derecho Chileno”. *Estudios de Derecho Civil* 5 (2009), p. 671.

Esto significa que en el caso de los perjuicios extrapatrimoniales, se deberá conceder una reparación razonable, en que la indemnización “sólo supone una compensación y, por lo mismo, un sustituto a lo perdido por la conducta dañosa”¹⁷. Es decir, para dar plena aplicación al principio de reparación integral, la indemnización deberá adaptarse a las características específicas de esta clase de daños, tema que será profundizado posteriormente¹⁸.

Además, el dinero (que se otorga como indemnización) tiene la facilidad de que

por una parte, es la medida común del valor de los elementos que componen el patrimonio de todos los sujetos, y, por otra, es un medio para que las personas satisfagan necesidades o colmen aspiraciones que, de alguna forma, les puedan otorgar compensaciones o satisfacciones sustitutivas en relación con el activo patrimonial, e incluso, con los intereses vinculados con bienes de la personalidad o con su esfera espiritual¹⁹.

En último término, la indemnización que se conceda (independientemente si se afectó al patrimonio o a bienes jurídicos no patrimoniales) siempre tenderá a “la satisfacción de la víctima por el victimario, a través de una prestación patrimonial que se impone a este último a favor de aquella”²⁰. Por consiguiente, a través de una indemnización monetaria se logra que se reparen integralmente tanto los perjuicios patrimoniales como los no patrimoniales.

Otro de los reparos que se ha planteado respecto del principio de reparación integral del daño es que el legislador a veces lo deroga, como en materia contractual en que solo el daño previsible es indemnizable (en caso de un incumplimiento culposo)²¹. Si bien es cierto que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano existe este límite impuesto por el legislador²², y que esto

¹⁷ Domínguez Hidalgo, Carmen. *Op. cit. Supra* nota 16, pp. 676-677.

¹⁸ *Infra* 2.1.

¹⁹ Solarte Rodríguez, Arturo. *Op. cit.*, p. 186.

²⁰ Alterini, Atilio Aníbal. *Op. cit.*, p. 262.

²¹ Le Tourneau, Philippe. *Op. cit.*, pp. 68-69.

²² Véase el art. 1574 del Código Civil.

causará que en ciertos casos algunos perjuicios queden sin ser resarcidos, considero que aún es posible armonizar esta norma con el principio de reparación integral del daño. Esto se debe a que incluso dentro del límite de la previsibilidad impuesto por el legislador, la indemnización deberá ser plena. Así, frente a un incumplimiento de un contrato, “el ordenamiento jurídico debe propender a satisfacer no sólo la prestación insatisfecha del acreedor, sino también lograr una reparación íntegra de los daños y perjuicios causados”²³. Para ello, el ordenamiento jurídico “debe permitir reconstruir el patrimonio y compensar los daños extrapatrimoniales”²⁴. Consecuentemente, en el caso de un incumplimiento contractual culposo, se deberán resarcir integralmente *todos* los daños previsibles, ya sean patrimoniales o extrapatrimoniales. Esto influirá en la reparación de los daños extrapatrimoniales que, como se verá, también deberá ajustarse a la regla de la previsibilidad²⁵.

1.2. Diferencias entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual. Una visión unitaria de la responsabilidad

Una vez que se ha visto que el fundamento en la responsabilidad contractual y en la extracontractual es el mismo (la reparación integral del daño, buscando colocar a la víctima en una situación similar a la que se encontraba antes del daño), se pueden analizar las diferencias existentes entre estas responsabilidades. Sin embargo, se requiere en primer lugar realizar una

²³ Pizarro Wilson, Carlos. “La responsabilidad contractual en el derecho chileno: función y autonomía”. *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de perjuicios*. Bogotá, D.C.: Ed. Universidad del Rosario, 2010, p. 301.

²⁴ Ídem, p. 305.

²⁵ *Infra* 3.4.

precisión. Deberá tenerse siempre en cuenta que las diferencias que se van a presentar “no son fundamentales sino accesorias: no atañen a los principios rectores”²⁶.

En virtud de este carácter accesorio, gran parte de la doctrina se ha inclinado hacia la unidad de la responsabilidad, o al menos a minimizar la importancia de las diferencias existentes entre la responsabilidad extracontractual y la contractual. Los partidarios de las teorías monistas de la responsabilidad sostienen que “tanto en la responsabilidad extracontractual como en la contractual hay violación de una obligación preexistente”²⁷. En la primera, la obligación violada será el deber general de cuidado o *naeminem laedere*; en la segunda, la obligación pactada entre las partes. El incumplimiento de ambas genera que nazca la obligación resarcitoria. Por este motivo es que se ha manifestado que en el campo de la responsabilidad contractual, la indemnización de perjuicios no es un simple efecto de las obligaciones, sino que al igual que en la responsabilidad extracontractual, es fuente de la obligación resarcitoria, que es una obligación distinta a la convenida inicialmente²⁸. Así,

nace una obligación nueva que se sustituirá a la obligación preexistente, sea enteramente, sea en parte: la obligación de reparar el perjuicio causado por la inejecución o la mala ejecución del contrato. Si el contrato es una fuente de obligaciones, el incumplimiento del contrato, es decir la responsabilidad contractual, es, pues, otra²⁹.

Además, si se examinan los presupuestos constitutivos de la responsabilidad “se advierte que, en el dominio delictual y en el dominio contractual, las soluciones son idénticas: en uno y

²⁶ Mazeaud, Henri, Léon Mazeaud y André Tunc. *Tratado de responsabilidad civil*. Tomo I. Volumen 1. Quinta Edición. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957, p. 114.

²⁷ Tomasello Hart, Leslie. *El daño moral en la responsabilidad contractual*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1969, p. 174.

²⁸ Al respecto véase Mazeaud, Henri. “Responsabilidad delictual y responsabilidad contractual”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia* Tomo XXVII (2009), p. 4-5.

²⁹ Ídem, p. 3.

otro caso, tres condiciones deben cumplirse para que haya responsabilidad: daño, culpa [cuando ella se exige] y vínculo de causa a efecto entre la culpa y el daño”³⁰. En consecuencia,

[s]i son los mismos los presupuestos del deber de responder, esto es, los determinantes del nacimiento de la obligación resarcitoria, no cabe hacer diferencias de regulación de tratamiento del damnificado en cualquiera de las situaciones u órbitas en que se encuentre. A iguales antecedentes, iguales consecuencias³¹.

Es de trascendental importancia para el tema de estudio de la presente tesina el que se apliquen las mismas consecuencias puesto que la obligación resarcitoria será la misma en el campo delictual y cuasidelictual, así como en el campo contractual. Esto implicará que los perjuicios extrapatrimoniales sean resarcidos, sin considerar si lo que los causa es un delito, un cuasidelito o un incumplimiento contractual, tema que será desarrollado posteriormente³². En todo caso, aunque se reconoce la existencia de ciertas diferencias entre estos dos ámbitos de la responsabilidad, y aunque fuera imposible asimilarlas, “un hecho común siempre subsistiría, cual es el que ambas acarrear la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, y no sería lógico que en un terreno nos mostráramos más estrictos que en el otro”³³. Por consiguiente, los perjuicios indemnizables en ambas no deben variar.

Vale decir que uno de los motivos por los que se ha enfatizado esta separación entre la responsabilidad contractual y la extracontractual es

la forma o sistemática como han sido incorporados al Código Civil francés [...] los principios reguladores de la responsabilidad contractual. Las reglas atinentes a la obligación de responder por incumplimiento del contrato, en efecto, se hallan en el

³⁰ Mazeaud, Henri. *Op. cit.*, p. 7. En el mismo sentido véase Mazeaud, Henri, Léon Mazeaud y André Tunc. *Op. cit.*, p. 121.

³¹ Casiello, Juan J., “Sobre la unificación de los regímenes de responsabilidad civil”. *Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales. Parte general*. Tomo I. Director: Félix A. Trigo Represas. Buenos Aires: Ed. La Ley, 2007, p. 889.

³² *Infra* 3.1.2.

³³ Tomasello Hart, Leslie. *Op. cit.*, p. 182.

capítulo consagrado a los *efectos de las obligaciones convencionales*); mientras que las normas que regulan la responsabilidad delictual se insertan dentro de un capítulo específico y autónomo³⁴ [cursivas en el original].

Es así que, si bien es cierto que existen dos ámbitos de la responsabilidad, sus diferencias son solamente accesorias, pues ambas dan lugar a la obligación resarcitoria y buscan el resarcimiento integral de la víctima. Es en virtud de esta accesoriedad de las diferencias que incluso en el estado actual de los textos legales “es tan grande el parecido que ambas responsabilidades deben ser estudiadas concurrentemente”³⁵. Así, como señalan los profesores Mazeaud y Tunc, la responsabilidad contractual y la extracontractual “son dos instituciones en cierto modo paralelas, situadas en un mismo plano”³⁶.

Una vez realizada esta salvedad, se analizarán las diferencias existentes entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, con el propósito de resaltar que ninguna de estas diferencias obstaculiza que el daño extrapatrimonial sea resarcido en el ámbito de la responsabilidad contractual.

La primera y más evidente diferencia es el origen de cada responsabilidad, es decir la obligación preexistente incumplida. Si la obligación que se incumple deriva de un contrato, estaremos ante la responsabilidad contractual; en cambio si la obligación incumplida corresponde al deber general de cuidado, de comportarse prudentemente sin causar daño a nadie (obligación instituida en la ley), nos encontramos ante la responsabilidad

³⁴ Casiello, Juan J., *Op. cit.*, pp. 882-883. En el mismo sentido véase Quintero de Prieto, Beatriz. *Teoría básica de la indemnización*. Bogotá: Ed. Leyer, 2000, p. 10.

³⁵ Casiello, Juan J., *Op. cit.*, p. 884.

³⁶ Mazeaud, Henri, Léon Mazeaud y André Tunc. *Op. cit.*, p. 119.

extracontractual, delictual o cuasidelictual³⁷. No se trata de una simple diferencia. Por el contrario, se ha manifestado que el daño que proviene del incumplimiento de una obligación contractual es diferente al proveniente del incumplimiento al deber general de cuidado. Esto, a su vez, resulta relevante al momento de analizar la aplicabilidad de los daños extrapatrimoniales en la responsabilidad contractual. Por ello, este tema será tratado posteriormente³⁸.

Otra de las diferencias más importantes (y que más podría influir en el resarcimiento del daño extrapatrimonial dentro de la responsabilidad contractual) es la extensión del daño resarcible en ambas responsabilidades, como ya se anunció³⁹. El art. 1574 del Código Civil, dentro del Título dedicado al efecto de las obligaciones convencionales, establece que

Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al momento de celebrar el 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 cumplimiento⁴⁰.

En cambio, el art. 2229 prescribe que “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta”⁴¹.

En virtud del art. 1574, en la responsabilidad contractual se establecen dos regímenes diferentes para la valoración del daño:

³⁷ Rodríguez Grez, Pablo. *Responsabilidad extracontractual*. Segunda edición. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2010, pp. 20-21. En el mismo sentido véase Barros Bourie, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2006, pp. 978-979.

³⁸ *Infra* 3.1.2.

³⁹ *Supra* 1.1.

⁴⁰ Art. 1574, Código Civil.

⁴¹ Art. 2229, Código Civil.

uno general, aplicable a todo deudor no doloso y otro especial, agravado, destinado a quienes incumplen de mala fe. A los primeros, se les hace responder únicamente de aquellos perjuicios que eran *previstos o previsibles* al momento de constituirse la obligación. A los segundos, esto es a los dolosos, se les obliga indemnizar todos los daños -previstos o no previstos-, que sean consecuencia *inmediata y directa* de su incumplimiento⁴² [negritas y cursivas en el original].

Esta limitación a los daños previsibles está “estrechamente relacionada con el *ámbito de riesgo que define la convención*”⁴³ [cursivas en el original]. Así, los intercambios entre los contratantes “se dificultarían si el deudor respondiera por un daño que no podía razonablemente prever al celebrar el contrato”⁴⁴. Incluso si la obligación contractual ha sido incumplida, “permanece marcada por el concierto inicial de las voluntades que permite determinar lo que debía haber sido cumplido. El acreedor no puede exigir reparación sino de un daño incluido en las previsiones del deudor”⁴⁵. Por consiguiente, se limitan los perjuicios por los que responde el deudor para incentivar que las personas contraten, excluyendo aquellos daños que exceden el ámbito del contrato.

En cambio, el ordenamiento jurídico es más severo con aquella persona que incumple un contrato de forma dolosa. En este caso, se extiende la reparación a los daños imprevisible a modo de sanción⁴⁶. La razón para esta mayor rigurosidad es simple: “se trata de un deudor que pudiendo cumplir optó por no hacerlo”⁴⁷. Considero, por este motivo, que por lo general el incumplimiento va a ser doloso. El deudor que no paga una deuda dineraria o no entrega la cosa debida a tiempo, sabe que no lo está haciendo y sabe que esta falta de cumplimiento

⁴² Fuentes Guñez, Rodrigo. *La extensión del daño contractual*. Madrid: Wolters Kluwer España, La Ley, 2009, p. 58.

⁴³ Barros Bourie, Enrique. *Op. cit.*, p. 988.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Le Tourneau, Philippe. *Op. cit.*, pp. 118-119.

⁴⁶ Barros Bourie, Enrique. *Op. cit.*, p. 988.

⁴⁷ Fuentes Guñez, Rodrigo. *Op. cit.*, p. 58. En el mismo sentido, el profesor Rodríguez Grez señala que “[l]a ley brinda un tratamiento benévolo al deudor **culpable** y severo al deudor **doloso**, puesto que no es lo mismo la desidia que la mala fe” [negritas en el original]. Rodríguez Grez, Pablo. *Op. cit. Supra* nota 37, p. 22.

puede generar un daño para el acreedor. En otras palabras, existe la disposición consciente de no cumplir, evidenciándose así el dolo de su parte.

Sin embargo, también se impone un límite a esta extensión de los perjuicios en el incumplimiento doloso, pues no podría el deudor responder hasta el infinito. Este límite es que el daño sea consecuencia inmediata o directa del incumplimiento. Como se verá posteriormente, al momento de analizar el daño extrapatrimonial en la responsabilidad contractual, se deberá ver si se trata de un incumplimiento culposo o doloso, así como si el perjuicio no patrimonial era previsible al momento de celebrar el contrato, lo que determinará si debe ser resarcido⁴⁸.

Esta dualidad de regímenes no es aplicable en la responsabilidad extracontractual. En lo relativo a la extensión del daño que debe ser reparado, es indiferente si quien ocasionó el daño actuó con culpa o dolo. Esto se debe a que “[l]a responsabilidad extracontractual no tiene un ámbito de riesgo predefinido, de modo que quien infringe un deber de cuidado asume más ampliamente los riesgos de su hecho”⁴⁹. Como la ley no distingue la naturaleza de los daños indemnizables, deberán repararse todos los perjuicios directos, ya sean previstos o imprevistos⁵⁰. De todas formas deberá estar presente el elemento de culpa o dolo, como factor de imputabilidad, mas no para determinar la extensión del daño que debe resarcirse.

En relación a la culpa, la responsabilidad contractual y la extracontractual presentan diferencias tanto sustantivas como probatorias. Una de las diferencias sustantivas es el régimen de gradación de la culpa existente en la responsabilidad contractual, frente a una

⁴⁸ *Infra* 3.4.

⁴⁹ Barros Bourie, Enrique. *Op. cit.*, p. 988.

⁵⁰ Rodríguez Grez, *Op. cit. Supra* nota 37, p. 22-23.

culpa única en la extracontractual⁵¹. Así, en el ámbito convencional, el nivel de diligencia que se impone al obligado se funda en un sistema de apreciación *in abstracto*, y se deja la posibilidad a las partes contratantes de regular el grado de cuidado que deben emplear en la ejecución sus obligaciones⁵². En este sentido, de manera subsidiaria a la voluntad de las partes, la ley prescribe que el deudor responde de culpa grave si el contrato, por su naturaleza, sólo beneficia al acreedor, de culpa leve si el contrato beneficia a ambos, y de culpa levísima si el beneficio sólo lo reporta el deudor, tal como lo establece el primer inciso del art.1563 del Código Civil⁵³. Estos grados abstractos de culpa deberán entenderse conforme lo establece el art. 29, siendo la culpa lata aquella que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes suelen emplear en sus negocios propios; la culpa leve la falta de aquella diligencia que los hombres ordinariamente emplean en sus negocios propios; y la levísima la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes.

En la responsabilidad extracontractual, por el contrario, no existe la gradación de la culpa antes explicada, sino que existe un sistema de culpa única. Es así que la culpa en un cuasidelito comprende “cualquier grado de negligencia o descuido conforme los estándares generales prevalecientes en la sociedad civil”⁵⁴. Consecuentemente, deberá determinarse caso por caso si se actuó diligentemente conforme a estos estándares o si se actuó de manera culposa.

⁵¹ Véase Durán, Rafael. *Nociones de responsabilidad civil*. Bogotá: Ed. Temis, 1957, p. 13.

⁵² Rodríguez Grez, Pablo. *Op. cit. Supra* nota 1, p. 13.

⁵³ Art. 1563.- El deudor no es responsable sino de culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

⁵⁴ Rodríguez Grez, Pablo. *Op. cit. Supra* nota 37, pp. 21-22.

Otro tema en el que difieren la responsabilidad contractual y la delictual y la cuasidelictual con respecto a la culpa es en su prueba. En materia contractual, corresponde al acreedor la prueba de la existencia de la obligación, pero al deudor le corresponde probar el cumplimiento, o bien probar su diligencia o un caso fortuito⁵⁵. Así lo establecen el primer inciso del art. 1715⁵⁶ y el tercer inciso del art. 1563 del Código Civil⁵⁷, respectivamente. Es decir, la regla general será que la culpa contractual “**se presume** por el solo hecho de que la prestación no sea satisfecha”⁵⁸ [negritas en el original].

En cambio, en el ámbito extracontractual, “en la medida que [...] no tiene por antecedente una obligación preexistente, corresponde al demandante probar cada uno de los supuestos de hecho que le dan lugar, incluida la culpa [...]”⁵⁹. Consecuentemente, quien pretende una indemnización por responsabilidad extracontractual deberá probar la culpa o el dolo, como elementos esenciales de la responsabilidad subjetiva.

La responsabilidad contractual y la extracontractual también difieren en la necesidad, en algunos casos, de constituir en mora al deudor. Así, el art. 1573 del Código Civil prescribe que

⁵⁵ Si bien el art. 1563 se refiere a la prueba de la diligencia y del caso fortuito, en estricto sentido solamente se requerirá la prueba del caso fortuito o fuerza mayor para excusar el incumplimiento del deudor. Considero que la prueba de la diligencia no excusa el incumplimiento, dado que si este se produjo a pesar de la diligencia empleada, igual nos encontraremos ante un incumplimiento imputable al deudor. En todo caso, la prueba de la diligencia por parte del deudor será necesaria cuando nos encontremos ante una obligación de medio. En estas obligaciones, el deudor se compromete “a poner diligencia y cuidado en la consecución de un resultado, pero no en el resultado mismo. El objeto de la obligación, la prestación, no se constituye por el resultado, sino apenas por el compromiso empeñativo del cuidado”. Al respecto véase Quintero de Prieto, Beatriz. *Op. cit.*, p. 23. En estos casos, la prueba de la diligencia no tendrá el fin de excusar el incumplimiento; por el contrario, la prueba de la diligencia equivaldrá a la prueba del cumplimiento de la obligación, pues el deudor solamente se encuentra obligado a emplear cierto nivel de diligencia. Esto no sucederá con las obligaciones de resultado, en que como el deudor se obliga a un resultado específico, en caso de incumplimiento solamente podrá excusarse a través de la prueba de un caso fortuito o fuerza mayor.

⁵⁶ Art. 1715.- Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta.

⁵⁷ Art. 1563.- [...] La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; y la prueba del caso fortuito, al que lo alega.

⁵⁸ Rodríguez Grez, Pablo. *Op. cit. Supra* nota 37, p. 23.

⁵⁹ Barros Bourie, Enrique. *Op. cit.*, p. 982.

“[s]e debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor ha sido constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención”⁶⁰. Este es un requisito de la responsabilidad contractual por cuanto la mora “es una institución típica del derecho de los contratos, donde poner al deudor en la situación de incumplimiento es antecedente de la acción indemnizatoria”⁶¹. Esto se debe a que, una vez que se ha constituido en mora al deudor, se supone que “ha transcurrido el plazo de que disponía para satisfacer la prestación y ello no ha sucedido”⁶². Solo desde entonces se entenderá que el deudor se encuentra en estado de incumplimiento y, consiguientemente, desde entonces se deberán los perjuicios.

La constitución en mora no es necesaria en la responsabilidad extracontractual. En efecto, en el ámbito delictual y cuasidelictual, esta exigencia “carece de sentido, porque ella [refiriéndose a la responsabilidad] tiene origen en la producción del perjuicio, y a partir de éste adviene la obligación de indemnizar”⁶³. Al no tener como antecedente una obligación preexistente, no existe este período de tiempo en que se debía cumplir una determinada prestación. Por ello, desde que se produce el hecho ilícito, quien lo causó estará obligado a resarcir todo daño ocasionado por dicho hecho.

Si bien es cierto que existen otras diferencias (como por ejemplo la prescripción de la acción, la responsabilidad de quienes están bajo cuidado o relación de dependencia, la evaluación anticipada de daños en la responsabilidad contractual, la conjuntividad de la obligación de resarcir en la responsabilidad contractual frente a la solidaridad en la extracontractual, entre otras), considero que con las diferencias presentadas ha quedado claro

⁶⁰ Art. 1573, Código Civil.

⁶¹ Barros Bourie, Enrique. *Op. cit.*, p. 987.

⁶² Rodríguez Grez, Pablo. *Op. cit. Supra* nota 37, p. 24.

⁶³ *Ibídem*.

que se trata de diferencias accesorias, que no alteran el fundamento de la indemnización.

Ninguna de ellas altera la naturaleza del daño, lo que justificaría que el resarcimiento del daño extrapatrimonial se limite a la responsabilidad delictual y cuasidelictual. Como se verá, en el ámbito contractual se protege tanto intereses patrimoniales como no patrimoniales, por lo que el incumplimiento de un contrato puede dar lugar a una indemnización en ambas esferas⁶⁴.

1.3. Presupuestos de la responsabilidad contractual

Finalmente, luego de analizar el principio de reparación integral como fundamento de tanto la responsabilidad contractual como la responsabilidad extracontractual, y las diferencias accesorias existentes entre ambos regímenes, me circunscribiré en el ámbito de la responsabilidad contractual para examinar los distintos elementos que la constituyen. Existe cierta unanimidad entre los autores con respecto a los elementos que deben concurrir en la responsabilidad contractual y en la extracontractual, como el daño, la culpa y el nexo causal⁶⁵. Sin embargo, por las particularidades de la responsabilidad contractual (ya vistas en la sección anterior), deberán presentarse otros elementos. Estos presupuestos deberán cumplirse ya sea que se busque una indemnización de perjuicios patrimoniales o extrapatrimoniales, pues solamente cambiará uno de sus elementos, que es la de naturaleza del daño.

⁶⁴ *Infra* 3.1.1.

⁶⁵ Mazeaud, Henri, Léon Mazeaud y André Tunc. *Op. cit.*, p. 121. En el mismo sentido véase Larrea Holguín, Juan. *Derecho civil del Ecuador*. Tomo XI. Las obligaciones. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2004, p. 247.

1.3.1. Existencia de un contrato válido

El primer presupuesto de la responsabilidad contractual es la existencia de un contrato válido. Para ello, aunque parezca innecesario, debe definirse lo que es un contrato. El art. 1454 prescribe que “[c]ontrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”⁶⁶. Si bien el Código Civil trata a ambos conceptos sinónimos como conceptos, en realidad existe una relación de género y especie entre ambos, siendo convención el género y contrato la especie. Se llama convención “a todo negocio jurídico bilateral, sea que tenga por objeto crear obligaciones, modificarlas [o] extinguirlas”⁶⁷. Por su parte, el contrato es un negocio jurídico bilateral “que “se desarrolla en función de una “prestación” que, a través de los derechos y obligaciones que de él emanan, tiene por objeto la constitución de una nueva situación intersubjetiva, cuya finalidad última es la articulación de los intereses en juego”⁶⁸. En otras palabras, el concepto de contrato se limita a aquellos negocios jurídicos bilaterales o convenciones que tienen por objeto crear obligaciones entre las partes⁶⁹.

Este elemento tiene algunas implicaciones. En primer, excluye del ámbito de la responsabilidad contractual a negocios jurídicos unilaterales, como por ejemplo la oferta o el testamento. Si bien estos negocios jurídicos también pueden dar lugar a una indemnización de

⁶⁶ Art. 1454, Código Civil.

⁶⁷ Parraguez Ruiz, Luis. *Régimen general del negocio y del contrato*. Primer borrador. Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2012, p. 72.

⁶⁸ Rodríguez Grez, Pablo. *Op. cit. Supra* nota 1, p. 34.

⁶⁹ Abeliuk Manasevich, René. *Las obligaciones*. Tomo I. Quinta edición. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2009, p. 58.

daños y perjuicios, el régimen aplicable no será el contractual, tema que excede al de la presente tesina.

En segundo lugar, la existencia del contrato fijará los linderos subjetivos de la responsabilidad contractual, pues solamente quienes brindaron su consentimiento para obligarse podrán solicitar una indemnización con fundamento en el contrato. En efecto, “para que la víctima pueda pretender en el campo de la responsabilidad contractual, tiene que existir un contrato válido entre el agresor y la víctima”⁷⁰. Tal es así que la culpa contractual “se muta en delictual si el correspectivo polo de la relación se subroga, porque, por ejemplo, otra persona asuma el puesto que corresponde al contratante, como agresor o como víctima”⁷¹. De esta manera, la existencia del contrato fija además quién ha de ser el beneficiario de la indemnización y el obligado a satisfacerla.

Ahora bien, no es solo necesario que el contrato exista, sino que además debe ser válido. Solamente si estamos en presencia de un contrato válido podremos alegar su incumplimiento y solicitar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Para ello, deberá cumplir con los requisitos de validez establecidos en el art. 1461 del Código Civil⁷². Al no ser el objeto de esta tesina el estudio de los requisitos de validez de los negocios jurídicos, me limitaré a enunciar que dichos requisitos son la capacidad, el consentimiento libre de vicios, el objeto

⁷⁰ Quintero de Prieto, Beatriz. *Op. cit.*, p. 29. En el mismo sentido véase Arango Duque, Luis Fernando. *La responsabilidad civil en la legislación colombiana*. Tesis de grado para optar el título de Doctor en Ciencias Jurídicas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1974, p. 57.

⁷¹ Quintero de Prieto, Beatriz. *Op. cit.*, p. 28.

⁷² Art. 1461.- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

1. Que sea legalmente capaz;
2. Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;
3. Que recaiga sobre un objeto lícito; y,
4. Que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.

lícito, la causa lícita, y el cumplimiento de las solemnidades legales requeridas para el valor de ciertos actos o contratos (en caso de negocios jurídicos solemnes)⁷³.

La consecuencia de uno de los requisitos de validez antes mencionados es la nulidad del contrato. La nulidad “es la sanción civil que contempla la ley para los casos de omisión de los requisitos de fondo y de forma preestablecidos por la norma para el valor del negocio”⁷⁴. La consecuencia de esta sanción civil es “la negación de sus efectos como si el acto no se hubiera celebrado jamás, de manera que, en cuanto ello sea posible, las partes quedan restituidas al estado en que se encontraban antes de su celebración (*restitutio in integrum*)”⁷⁵ [cursivas en el original]. Si bien la nulidad de un contrato también puede dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios, esta no tiene fundamento en la responsabilidad contractual pues la responsabilidad contractual, como se verá inmediatamente, tiene origen únicamente en el incumplimiento del contrato. En el caso de la nulidad del contrato, como se presume que el contrato nunca fue celebrado, se entiende además que jamás produjo efectos (entre esos la indemnización de perjuicios), por lo que nos situaríamos en el terreno de la responsabilidad extracontractual⁷⁶.

⁷³ Este último requisito de validez no se encuentra en el art. 1461, pero se entiende como tal ya que la omisión de estas formalidades es una causal de nulidad absoluta, de conformidad con el art. 1698.

⁷⁴ Parraguez Ruiz, Luis. *Régimen general del negocio y del contrato*. Primer borrador. Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2012, p. 278.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ En relación la responsabilidad que deriva de la nulidad de un contrato, se trata de uno de los temas que dieron inicio a la teoría de la responsabilidad precontractual con Rudolph von Ihering. De acuerdo al profesor alemán, estaríamos ante responsabilidad precontractual en supuestos de nulidad del contrato como la incapacidad de las partes o la ilicitud del objeto, cuando uno de las partes celebra un contrato omitiendo esta información fundamental, o ya sea proveyéndola de manera imperfecta o incompleta, para así favorecer a una de las partes. Lo ubica dentro del ámbito precontractual por cuanto no es violatorio propiamente del principio *naeminem laedere*, sino de la obligación de información y diligencia, siendo esta obligación propia y exigible del período precontractual. Al respecto, véase Monsalve Caballero, Vladimir. *Responsabilidad precontractual. La ruptura injustificada de las negociaciones*. Bogotá, D.C.: Ed. Ibáñez, 2010, pp. 32-40; Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. De las obligaciones II*. Tomo XI. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1992, pp. 530-537. Sin embargo, debido a la falta de regulación de la responsabilidad precontractual en nuestro sistema,

1.3.2. Incumplimiento del contrato

El incumplimiento del contrato es el segundo presupuesto de la responsabilidad contractual. El incumplimiento puede definirse negativamente: consiste en “el no pago, esto es, la falta de satisfacción íntegra y oportuna de la obligación al tenor de ella”⁷⁷. Este se trata de un requisito objetivo “cuya presencia o ausencia deberá verificarse comparando la conducta debida con la conducta ejecutada”⁷⁸. El incumplimiento equivale a la acción u omisión del hecho ilícito en la responsabilidad extracontractual⁷⁹. Justamente, la calificación del incumplimiento como un acto ilícito será esencial para la reparación de los daños extrapatrimoniales en el ámbito contractual⁸⁰.

El primer inciso del art. 1572 del Código Civil (que además regula la indemnización de daños y perjuicios en sede contractual) nos indica las formas en que puede presentarse el incumplimiento⁸¹. En este sentido, el incumplimiento puede presentarse como un incumplimiento total, lo que significa que se falta en forma absoluta a lo estipulado; como un incumplimiento parcial o imperfecto, cuando el contrato no ha sido cumplido en su integridad o no se cumplieron con todas las condiciones señaladas en este; o como un cumplimiento

corresponde ubicarla dentro de la responsabilidad extracontractual por cuanto ambas comparten la característica de la ausencia de un contrato.

⁷⁷ Abeliuk Manasevich, René. *Las obligaciones*. Tomo II. Quinta edición. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2009, p. 793.

⁷⁸ Rodríguez Grez, Pablo. *Op. cit. Supra* nota 1, p. 121.

⁷⁹ Abeliuk Manasevich, René. *Op. cit. Supra* nota 77, p. 821.

⁸⁰ *Infra* 3.2.

⁸¹ 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. [...]

tardío, cuando la obligación ha sido ejecutada oportunamente, en el plazo o período señalado para ello⁸² Así también, el incumplimiento que da lugar a la indemnización de daños y perjuicios puede recaer sobre una obligación principal o sobre una obligación secundaria⁸³.

1.3.3. Imputabilidad

No es solo necesario que se presente el incumplimiento para que se configure la responsabilidad contractual, sino que también es necesario que este sea imputable al deudor que ha incumplido el contrato. Solamente en este caso “puede reputársele autor de los daños ocasionados al acreedor e imponérsele la obligación de repararlos”⁸⁴. Este factor de imputabilidad se refiere al reproche subjetivo que se hace al deudor⁸⁵. De esta manera, el incumplimiento será imputable al deudor “cuando es el resultado de su dolo, de su culpa o, simplemente, de un hecho suyo”⁸⁶.

La primera forma en que el incumplimiento puede imputarse al deudor es cuando ha actuado con culpa. El incumplimiento será culposo si “resulta de imprudencia, torpeza o negligencia del deudor”⁸⁷. La culpa contractual presenta algunas particularidades que ya han sido tratadas. La primera es la gradación de la culpa, según la cual el deudor responde por

⁸² Arango Duque, Luis Fernando. *Op. cit.*, pp. 68-69. En el mismo sentido véase Abeliuk Manasevich, René. *Op. cit. Supra* nota 77, pp. 793-794.

⁸³ Le Tourneau, Philippe. *Op. cit.*, p. 100.

⁸⁴ Meza Barros, Ramón. *Manual de Derecho Civil. De las obligaciones*. Novena edición. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2001, p. 237.

⁸⁵ Rodríguez Grez, Pablo. *Op. cit. Supra* nota 1, p. 141.

⁸⁶ Meza Barros, Ramón. *Op. cit.*, p. 237.

⁸⁷ Claro Solar, Luis. *Op. cit. Supra* nota 76, p. 498. En el mismo sentido véase Rodríguez Grez, Pablo. *Op. cit. Supra* nota 1, p. 142.

culpa grave, leve o levísima dependiendo de a quién reporta un beneficio el contrato⁸⁸. La segunda particularidad es que la culpa contractual se presume por el solo hecho de verificarse la falta de cumplimiento, por lo que no será necesario probarla⁸⁹. Una tercera y última particularidad es que la culpa grave equivale al dolo, de conformidad con el último inciso del art. 29 del Código Civil⁹⁰. Esto significa que todos los efectos civiles del dolo se producen también respecto de la culpa grave. Como el efecto más relevante para el tema que se analiza, se puede destacar que si el deudor actúa con culpa grave se agravará la responsabilidad su y responderá por los perjuicios imprevistos⁹¹.

La imputabilidad también puede deberse a dolo por parte del deudor. El último inciso del art. 29 del Código Civil define al dolo como “la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro”⁹². En el ámbito contractual, el dolo se materializa cuando el incumplimiento es “voluntari[o], intencionad[o], cuando el deudor de mala fe se subtrae al cumplimiento de su obligación”⁹³. A diferencia de la culpa, el dolo siempre debe probarse. En este sentido, el art. 1475 prescribe “El dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse”⁹⁴. Si bien este artículo se refiere al dolo

⁸⁸ *Supra* 1.2.

⁸⁹ *Supra* 1.2.

⁹⁰ Art. 29.- [...] Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. *Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo* [Cursivas me pertenecen] [...].

⁹¹ En relación a todos los efectos del dolo que se tornan aplicables en la culpa grave véase Abeliuk Manasevich, René. *Op. cit. Supra* nota 69, pp. 824-825.

⁹² Art. 29, Código Civil.

⁹³ Claro Solar, Luis. *Op. cit. Supra* nota 76, p. 498.

⁹⁴ Art. 1475, Código Civil.

como vicio del consentimiento, se ha considerado que también resulta aplicable dolo como factor de imputación en el incumplimiento⁹⁵.

Como se ha visto, a diferencia de la responsabilidad delictual y cuasidelictual, la culpa o dolo con los que ha obrado el deudor tienen una incidencia directa en el monto que se concede como indemnización. En efecto, si el incumplimiento fue solamente culposo, el deudor responderá de los perjuicios previstos o previsibles al momento de la celebración del contrato. En cambio, si se actuó con dolo (o culpa grave), deberá responder de todos los perjuicios directos, ya sean previsibles o imprevisibles.

Finalmente, este reproche subjetivo necesariamente deberá presentarse puesto que “si la falta de cumplimiento del contrato no proviene del dolo o culpa de las partes, no puede afectarles responsabilidad”⁹⁶. Esto sucederá cuando el incumplimiento es el resultado de un hecho completamente extraño al deudor, como sucede fuerza mayor o caso fortuito⁹⁷.

1.3.4. Daño

La existencia de un daño es el elemento esencial de toda responsabilidad civil. Si no hubiera un daño, “no se concibe la acción de indemnización de perjuicios, que no debe ser motivo de enriquecimiento, sino de restablecimiento [...]”⁹⁸. El daño es “todo detrimento o

⁹⁵ Al respecto véase Abeliuk Manasevich, René. *Op. cit. Supra* nota 69, p. 819; Rodríguez Grez, Pablo. *Op. cit. Supra* nota 1, p. 175.

⁹⁶ Claro Solar, Luis. *Op. cit. Supra* nota 76, p. 499.

⁹⁷ Meza Barros, Ramón. *Op. cit.*, p. 237.

⁹⁸ Claro Solar, Luis. *Op. cit. Supra* nota 76, p. 729.

menoscabo que sufra una persona en su patrimonio o en su persona física o moral”⁹⁹. En otras palabras, constituye daño resarcible toda “pérdida o menoscabo de un bien o interés jurídicamente protegido”¹⁰⁰.

Si bien el daño extrapatrimonial y sus características específicas serán analizadas con detenimiento en el siguiente capítulo, es necesario referirse en este punto a ciertas características que debe tener todo daño (ya sea patrimonial o no patrimonial) para ser resarcido. Así, para ser reparado, el daño debe ser cierto, personal, directo, y que no haya sido reparado.

En relación al primer requisito, el daño es cierto “cuando a los ojos del juez aparece con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante”¹⁰¹. Para esto, el daño “debe ser real, efectivo, tener existencia”¹⁰². Esta certidumbre del daño se opone a un perjuicio hipotético, en que solamente hay una remota posibilidad de que este se produzca. En todo caso, esta certeza no debe ser absoluta, sino relativa: basta que el perjuicio sea muy probable¹⁰³. Si se exigiera total certeza, “prácticamente nunca habría lugar a obtener la reparación del daño futuro”¹⁰⁴. Como el daño futuro todavía no se ha producido, no puede haber certidumbre absoluta de su ocurrencia, pues siempre existirá la probabilidad (aunque mínima) que suceda lo contrario. Sin embargo, también puede ser cierto cuando no quepa duda de que va a ocurrir¹⁰⁵.

⁹⁹ Abeliuk Manasevich, René. *Op. cit. Supra* nota 69, p. 226.

¹⁰⁰ Barragán Romero, Gil. *Elementos del daño moral*. Segunda edición. Guayaquil: Ed. Edino, 2000, p. 61.

¹⁰¹ Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo II*. Bogotá: Legis Editores S.A., 2008, p. 339.

¹⁰² Abeliuk Manasevich, René. *Op. cit. Supra* nota 69, p. 244.

¹⁰³ Le Tourneau, Philippe. *Op. cit.*, p.67.

¹⁰⁴ Tamayo Jaramillo, Javier. *Op. cit.*, p. 340.

¹⁰⁵ Abeliuk Manasevich, René. *Op. cit. Supra* nota 69, p. 245.

En segundo lugar, el daño debe ser personal. Esto se refiere a que “solo la víctima del daño, o sus herederos, tienen derecho a demandar su reparación”¹⁰⁶. Si bien este es un requisito común tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual, en el ámbito contractual es más evidente porque solamente el acreedor que se ha visto afectado por el incumplimiento del deudor podrá invocar el contrato para obtener una reparación.

En tercer lugar, para que el daño sea resarcible, no debe haber sido ya reparado. Como se vio anteriormente¹⁰⁷, la finalidad de la responsabilidad civil es regresar al afectado al estado en el que se encontraba antes de que se produzca el daño. Puede suceder que el acreedor afectado ya haya sido indemnizado por una tercera persona que no era el deudor principal, como por ejemplo, un garante solidario. También puede suceder que a través un contrato de seguro se haya cubierto el riesgo de que ocurra un daño con ocasión del incumplimiento, caso en el cual el asegurador cubrirá la reparación de este daño. En estos casos, el acreedor ya indemnizado no podrá exigir la reparación de estos mismos daños a otra persona¹⁰⁸. Esto se debe a que “es inaceptable una doble reparación, porque ello constituiría un enriquecimiento sin justa causa”¹⁰⁹.

Por último, el daño debe ser directo. El daño directo “es aquel que deriva de una causa inmediata y necesaria, sin cuya concurrencia no se habría producido”¹¹⁰. Aplicándolo a la responsabilidad contractual, será un daño directo el que provenga inmediata y necesariamente del incumplimiento contractual. Por relacionarse con el nexo causal, este tema será desarrollado en el siguiente acápite.

¹⁰⁶ Tamayo Jaramillo, Javier. *Op. cit.*, p. 421.

¹⁰⁷ *Supra* 1.1.

¹⁰⁸ Abeliuk Manasevich, René. *Op. cit. Supra* nota 69, p. 246.

¹⁰⁹ Rodríguez Grez, Pablo. *Op. cit. Supra* nota 1, p. 251.

¹¹⁰ *Ídem*, p. 220.

1.3.5. Relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño

Este requisito tiene por objeto, como el título lo anticipa, “establecer que existe una relación de causa a efecto entre el incumplimiento y el daño”¹¹¹. Una relación de causalidad consiste en un “enlace objetivo entre dos fenómenos, de manera que no sólo sucede uno después del otro, sino que aquél sin éste no se hubiese producido”¹¹².

Para que se configure esta relación de causalidad en el ámbito contractual, el perjuicio debe resultar de la falta de cumplimiento por parte del deudor¹¹³. En otras palabras, y como se dijo previamente, deberá provenir necesariamente del incumplimiento contractual. Es por este motivo que el tema de la relación de causalidad que debe existir entre el incumplimiento y el daño se relaciona con el concepto del daño directo. De esta manera “[s]i el daño tiene como antecedente una nueva causa que sucede al incumplimiento, el daño será indirecto en la medida que la nueva causa sea autónoma (independiente del incumplimiento)”¹¹⁴. En este supuesto, frente a la existencia de otras causas no podrá configurarse el nexo causal requerido en la responsabilidad civil, por lo que no podrá concederse una indemnización. Si bien existen diversas teorías respecto de cómo determinar esta relación de causalidad, se trata de un tema que excede el ámbito de estudio de la presente tesina por lo que no me referiré a ellas.

¹¹¹ Rodríguez Grez, Pablo. *Op. cit. Supra* nota 1, p.267.

¹¹² Puig Brutau, José. *Fundamentos de derecho civil* en Rodríguez Grez, Pablo. *Op. cit. Supra* nota 1, p.267.

¹¹³ Le Tourneau, Philippe. *Op. cit.*, p. 102.

¹¹⁴ Rodríguez Grez, Pablo. *Op. cit. Supra* nota 1, p. 221.

1.3.6. Mora del deudor

Como se adelantó, la mora es una institución típica del derecho de los contratos. Si bien la expresión mora sugiere la idea de retardo o tardanza del deudor, para que proceda la indemnización de perjuicios es necesario algo más porque “la actitud pasiva del acreedor, frente al retardo del deudor, hace suponer que no le causa daño y que le otorga un tiempo más para satisfacer su obligación”¹¹⁵.

Para que exista mora se deberá cumplir con ciertos requisitos. En primer lugar, debe haber un retardo en el cumplimiento de la obligación pactada; en segundo lugar, este retardo debe ser imputable al deudor; y, por último, es necesario que el acreedor interpele al deudor¹¹⁶. Mientras no ocurra esta interpelación por parte del acreedor, “hay retardo, pero no se encuentra el deudor en mora”¹¹⁷. Sin embargo, la forma en que se realiza esta interpelación, dependerá de la naturaleza y de los caracteres de la obligación contraída.

Una vez que el acreedor ha constituido en mora al deudor “muestra que no está desinteresado de su negocio y le muestra al deudor su equivocación”¹¹⁸. Es por ello que solamente desde entonces se deben indemnizar los perjuicios sufridos. En este sentido, el art. 1573 establece que “Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor ha sido constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención”¹¹⁹.

¹¹⁵ Meza Barros, Ramón. *Op. cit.*, p. 261.

¹¹⁶ Ídem, p. 262.

¹¹⁷ Ídem, p. 263.

¹¹⁸ Le Tourneau, Philippe. *Op. cit.*, p. 117.

¹¹⁹ Art. 1573, Código Civil.

De la lectura del artículo transcrito se desprende que la constitución en mora dependerá de los caracteres de la obligación contraída, si esta es una obligación de dar, hacer o no hacer, y si se ha fijado un plazo para el cumplimiento. Si es de no hacer, no es necesario que se constituya en mora al deudor¹²⁰, pues los perjuicios se deberán desde que el deudor realiza la conducta prohibida contractualmente. En cambio, si es de dar o de hacer, la interpelación podrá ser contractual expresa, contractual tácita o judicial, de conformidad con el art. 1567 del Código Civil¹²¹.

En cuanto a la primera, se llama interpelación contractual expresa puesto que “en el contrato las partes han fijado el momento de cumplimiento, con lo cual se considera que el acreedor ha manifestado a su deudor que hasta esa fecha puede esperarlo”¹²². El pactar expresamente un término para cumplir una obligación “importa una interpelación anticipada, una manifestación del propósito del acreedor de que el cumplimiento de la obligación no se postergue más allá de cierta época y la advertencia al deudor de que la tardanza le ocasionará un daño”¹²³. Consecuentemente, el deudor será constituido en mora inmediatamente si no cumple su obligación en el plazo acordado.

En relación a la segunda, estaremos ante una interpelación contractual tácita cuando, en virtud de la naturaleza de la obligación pactada, esta “deba cumplirse en cierta época para que

¹²⁰ Al respecto véase Claro Solar, Luis. *Op. cit. Supra* nota 76, pp. 730-731; Abeliuk Manasevich, René. *Op. cit. Supra* nota 77, pp. 854-855.

¹²¹ Art. 1567.- El deudor está en mora:

1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora;
2. Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; y
3. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

¹²² Abeliuk Manasevich, René. *Op. cit. Supra* nota 77, p. 859.

¹²³ Meza Barros, Ramón. *Op. cit.*, p. 263.

reporte al acreedor el beneficio cabal que persigue”¹²⁴. En este sentido, se dice que es una interpelación tácita por cuanto hay un verdadero plazo no expresado en función de la utilidad que la prestación reportará al acreedor, ya que solamente será útil al acreedor en determinada oportunidad, y no en otra¹²⁵.

Por último, se requerirá una interpelación judicial para la constitución en mora. En virtud de que las situaciones antes descritas se refieren a casos excepcionales, esta interpelación judicial (incluida en el tercer inciso del art. 1567) constituye la regla general para la constitución en mora¹²⁶. Así, en todo caso que no haya un plazo, ya sea expreso o tácito, se requerirá un requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, y solamente desde que ha sido requerido, deberá los daños y perjuicios.

¹²⁴ Meza Barros, Ramón. *Op. cit.*, p. 265.

¹²⁵ Abeliuk Manasevich, René. *Op. cit. Supra* nota 77, p. 860.

¹²⁶ Claro Solar, Luis. *Op. cit. Supra* nota 76, p. 748.

Capítulo 2: Daño extrapatrimonial

Como se vio en el capítulo anterior, el elemento fundamental para la configuración de la responsabilidad civil (ya sea contractual o extracontractual) es la existencia de un daño. Este puede adoptar distintas modalidades dependiendo del bien jurídico afectado. Así,

si la lesión afecta un derecho o un interés susceptible de evaluarse en dinero, el perjuicio es **patrimonial** (puesto que menoscaba el activo del patrimonio al desvalorizar uno de los intereses y derechos que lo integran). Si la lesión afecta un derecho o un interés que no es susceptible de evaluarse en dinero, el perjuicio es **extrapatrimonial** (puesto que no se menoscaba el patrimonio de la víctima)¹²⁷ [negritas en el original].

El propósito del presente capítulo es analizar este segundo tipo de perjuicios, es decir, los daños extrapatrimoniales, comúnmente conocidos como daño moral, así como su naturaleza y finalidad dentro de la responsabilidad civil. También se analizarán los distintos supuestos o categorías de daños morales que han sido desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia, pues este análisis permitirá determinar posteriormente si estos distintos supuestos son susceptibles de indemnización en un incumplimiento contractual. Por último, se verá si las categorías que se han desarrollado respecto de los daños patrimoniales son compatibles con el daño extrapatrimonial, dado que esto, a su vez, incidirá en el análisis y en la interpretación que se haga del art. 1572 del Código Civil, objeto de esta tesina.

Vale decir que optaré por no usar la denominación *daño moral* por considerarla impropia y restrictiva. Es impropia por cuanto no se trata “de un perjuicio que afecte o menoscabe la moral de una persona; tampoco de una lesión a los principios morales o a la conciencia. Si así

¹²⁷ Rodríguez Grez, Pablo. *Op. cit. Supra* nota 1, p. 225.

fuera trataría de un daño extraño al derecho, metajurídico o ubicado fuera del mismo”¹²⁸. Como se verá, los daños extrapatrimoniales tienen una naturaleza jurídica, por lo que la denominación *moral* puede conducir a equívocos.

Por otro lado, la denominación *daño moral* es restrictiva debido a que, dentro de la doctrina, esta se usa para referirse a una especie dentro del género de daños extrapatrimoniales. Así, la idea de un *daño moral* alude correctamente a la lesión de bienes como el honor y la privacidad¹²⁹. Sin embargo, esta denominación impide la consideración de otras especies de perjuicios no patrimoniales: daño al proyecto de vida, daño a la vida de relación, daño a la salud (daño físico o psíquico), daño estético, a la intimidad, a la identidad, a la vida sexual, etcétera”¹³⁰. Es por ello que el daño no patrimonial “no es [...] un término sinónimo al de perjuicio moral, sino el género opuesto al daño patrimonial”¹³¹. Como se verá, cada tipo de perjuicios extrapatrimoniales tiene sus particularidades que se distinguen al daño moral *per se*, por lo que no sería correcto confundirlos.

Por lo tanto, en este y en los siguientes capítulos usaré la denominación *daños extrapatrimoniales* o *no patrimoniales* por cuanto esta expresión resalta la naturaleza jurídica de esta clase de daños y engloba todos los perjuicios que se contraponen a los daños al patrimonio.

¹²⁸ Mosset Iturraspe, Jorge. *Op. cit.*, pp. 26-27.

¹²⁹ Barros, Bourie, Enrique. *Op. cit.*, p. 231.

¹³⁰ Parellada, Carlos. "El daño moral. La evolución del pensamiento en el derecho argentino". *Responsabilidad civil*. Directora: Aída Kemelmajer de Carlucci. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007, p. 345.

¹³¹ Domínguez Hidalgo, Carmen. *El daño moral*. Tomo I. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2000, p. 73.

2.1. Naturaleza del daño extrapatrimonial y de su indemnización

La naturaleza del daño extrapatrimonial es uno de los temas que más se ha discutido en la doctrina y la jurisprudencia internacional. Uno de los temas a los que se ha llegado a un consenso es que se trata de un daño indemnizable por su naturaleza jurídica. Sin embargo, no existe unanimidad acerca de la naturaleza de la indemnización que genera esta modalidad de daño: si tiene una naturaleza punitiva y se trata de una pena privada, o si, por el contrario, tiene una naturaleza resarcitoria y *satisfactiva*, que tiende a regresar a la víctima al estado en el que se encontraba antes de que se produzca el daño.

En primer lugar, los daños extrapatrimoniales son daños plenamente indemnizables. Esto se debe a que este tipo de perjuicios surge como consecuencia de la lesión de un derecho subjetivo o un interés jurídicamente protegido¹³². Así, se trata de “bienes [jurídicos] valiosos (a menudo los más valiosos en la escala de los bienes jurídicos), cuya lesión justifica una compensación”¹³³. Por ende, se incardinan, como ya se mencionó, dentro de la responsabilidad civil.

Es así que “[e]l denominado “daño moral” es un daño jurídico; que afecta bienes propios del Derecho y no de la Moral”¹³⁴. Vale decir que, para que sea indemnizable, el daño extrapatrimonial deberá cumplir con los requisitos de certidumbre, que no haya sido reparado y de ser personal, como se vio previamente¹³⁵.

¹³² Rodríguez Grez, Pablo. *Op. cit. Supra* nota 37, p. 306-307.

¹³³ Barros Bourie, Enrique. *Op. cit.*, p. 288.

¹³⁴ Mosset Iturraspe, Jorge. *Op. cit.*, p. 27.

¹³⁵ *Supra* 1.3.4.

En segundo lugar, en cuanto a la naturaleza de la indemnización que se otorga a causa de los perjuicios extrapatrimoniales causados, la principal dificultad es que, a diferencia de lo que sucede con los patrimoniales, los daños extrapatrimoniales “no son propiamente reparables, pues la indemnización no permite a la víctima volver al estado de cosas anterior [al hecho que ocasionó el daño]”¹³⁶. A esto se suma el hecho de que la “valoración exacta de los daños morales no existe, puesto que su medición material es francamente imposible”¹³⁷. Es por ello que las indemnizaciones que se concedan “no reemplazarán a un elemento desaparecido en el patrimonio de la víctima; [por el contrario,] engrosarán ese patrimonio”¹³⁸.

En virtud de que el daño extrapatrimonial no es susceptible de valoración económica, parte de la doctrina ha sostenido que tiene una naturaleza ejemplar, como una pena privada¹³⁹. Esta teoría también se fundamenta en que los daños extrapatrimoniales no son susceptibles de reparación dineraria porque el interés que está en juego es, justamente, extrapatrimonial¹⁴⁰. Bajo esta concepción subyace la motivación de aquellos pronunciamientos jurisprudenciales que “ponen el acento en la conducta del ofensor, más que en los padecimientos de las víctimas”¹⁴¹. Así, la indemnización del daño extrapatrimonial “desincentiva su generación, al establecer un 'precio de sombra' a los actos negligentes que pueden provocarlos”¹⁴². Como lo que se busca es reprochar la conducta dañosa, disuadir a quien la cometió de que la realice nuevamente, y además, como la indemnización enriquecerá a la víctima, su naturaleza sería la de una pena privada.

¹³⁶ Barros Bourie, Enrique. *Op. cit.*, p. 302.

¹³⁷ Fueyo Laneri, Fernando. *Op. cit.*, p. 375.

¹³⁸ Rodríguez Grez, Pablo. *Op. cit. Supra* nota 37, p.297.

¹³⁹ Parellada Carlos. *Op. cit.*, p. 361. En el mismo sentido se pronuncian Tamayo Jaramillo, Javier. *Op. cit.*, p. 490; Domínguez Hidalgo, Carmen. *Op. cit.*, p. 89.

¹⁴⁰ Mosset Iturraspe, Jorge. *Op. cit.*, p. 176.

¹⁴¹ Parellada Carlos. *Op. cit.*, p. 361.

¹⁴² Barros Bourie, Enrique. *Op. cit.*, p. 288.

Por el contrario, los detractores de esta teoría consideran que la indemnización como consecuencia de los daños extrapatrimoniales tiene una naturaleza resarcitoria, al igual que la responsabilidad civil en general. Así, “la doctrina prevaleciente y la mayoría de la jurisprudencia le atribuyen un carácter resarcitorio, apelando a la función satisfactiva del dinero, el cual posibilita acceder a gozos sustitutivos de la lesión extrapatrimonial sufrida por la víctima”¹⁴³.

Sin embargo, esta indemnización de naturaleza resarcitoria tiene ciertas particularidades. La indemnización “admite una distinción atendiendo al cumplimiento más o menos exacto de la finalidad indemnizatoria. En un caso la indemnización tendrá un papel *compensatorio propiamente tal*. En el otro, un papel *satisfactivo*”¹⁴⁴ [cursivas en el original]. En el caso de un daño extrapatrimonial no se trata de restablecer el patrimonio, pues este no ha sido afectado. Lo que se ha visto afectado son los derechos e intereses extrapatrimoniales. Es así que “[e]l dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a equivalencia”¹⁴⁵. Consecuentemente, la indemnización “no configura una sanción al ofensor sino la satisfacción de legítimos intereses de contenido extrapatrimonial”¹⁴⁶.

Entonces, si bien es cierto que el monto que se reciba como indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales incrementará el patrimonio de quien lo ha sufrido, su propósito, más que sancionar al infractor y disuadirlo de que vuelva a cometer una conducta dañosa, es

¹⁴³ Parellada, Carlos. *Op. cit.*, pp. 361-362.

¹⁴⁴ Fueyo Laneri, Fernando. *Op. cit.*, p. 355.

¹⁴⁵ CNCiv. Sala E, 6-9-2000, “Ferraiolo, Enrique A. c/ EDENOR SA y ot.”, E.D. 2003-1-318, citada en Parellada, Carlos. *Op. cit.*, p. 362. En el mismo sentido véase López, Jairo. *Perjuicios morales*. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 1997, pp. 15-16.

¹⁴⁶ CNCiv., sala J, 29-10-2002. “Quijada, Héctor c/ Gómez, Eduardo y ot.”, D.J. 2003-1-482, citada en Parellada, Carlos. *Op. cit.*, p. 362.

que compense el sufrimiento causado. Por consiguiente, la indemnización que recibe la víctima “no pretende restablecer el estado de cosas anterior al daño, sino cumplir la función más modesta de permitirle ciertas ventajas, que satisfagan su pretensión legítima de justicia y la compensación por el mal recibido”¹⁴⁷.

La jurisprudencia nacional se ha inclinado por esta teoría. Al respecto, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, citando al profesor Eduardo Zanoni, ha manifestado que

A diferencia del daño patrimonial que repone medios económicos o que computa los que debieron acrecer el patrimonio del damnificado de no acaecer el evento dañoso. [sic] El resarcimiento del daño moral constituye además de satisfacción para la víctima, un modo de reparación acreedora a ella por el menoscabo que sufre socialmente en razón del ataque mismo¹⁴⁸.

Me adhiero a esta segunda concepción por considerarla armónica con la naturaleza y la finalidad de la responsabilidad civil en general. El hecho que no sea posible una apreciación rigurosa del monto indemnizatorio no modifica la naturaleza de la indemnización. Esta naturaleza resarcitoria de la reparación del daño extrapatrimonial es trascendental, puesto que permite determinar su compatibilidad con la responsabilidad contractual. Dado que el fin que se persigue tanto en las indemnizaciones derivadas de la responsabilidad civil contractual como en aquéllas por daños extrapatrimoniales es la misma (es decir, restablecer a la víctima,

¹⁴⁷ Barros Bourie, Enrique. *Op. cit.*, p. 302.

¹⁴⁸ Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. *María Leonor Vásquez Garcés de Hollingham c. Banco del Pacífico S.A.* Causa No. 273-2009-ER. Sentencia de 22 de diciembre de 2009. Registro Oficial Suplemento No. 356 de 31 de octubre de 2012. En esta sentencia, la Corte también hace referencia a la teoría según la cual la indemnización tiene una naturaleza punitiva. Así, manifiesta que “Pero hay que considerar también, que habiéndose originado el daño en un acto ilícito, de alguna manera la fijación del monto de la indemnización asume un carácter sancionador; más todavía, cuando, como ocurre en este caso, se puede vislumbrar una situación de abuso del derecho, por cuanto se ha utilizado indebidamente una prerrogativa legal por parte de una entidad, un banco, que por cumplir una función de vital importancia en la vida social, está especialmente obligada a respetar los derechos de sus clientes y los procedimientos establecidos por la ley”.

en la medida de lo posible, al estado anterior al de producirse el daño), es perfectamente compatible que los daños extrapatrimoniales puedan ser exigidos con fundamento en la responsabilidad civil contractual, como se verán más adelante¹⁴⁹.

2.2. Características del daño extrapatrimonial

Una vez que se ha determinado que la naturaleza resarcitoria de la indemnización de los daños extrapatrimoniales, se procederá a analizar las distintas características de este tipo de perjuicios. Se debe enfatizar en que el daño extrapatrimonial, para ser indemnizable, debe reunir las características generales del daño en la responsabilidad civil, es decir, deberá ser cierto, directo, personal, no haber sido ya reparado¹⁵⁰, características que ya han sido desarrolladas con relación a la responsabilidad contractual¹⁵¹. Sin embargo, en la presente sección se hará referencia a las características específicas de los perjuicios extrapatrimoniales, para así concluir que es posible que un incumplimiento contractual genere este tipo de daños.

En primer lugar, se abordará qué comprenden los daños extrapatrimoniales. Así, varios autores optan por una definición negativa, manifestando que el daño no patrimonial es “en consonancia con el valor negativo de su misma expresión literal, todo daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial por tener por objeto un interés no patrimonial, o

¹⁴⁹ *Infra* capítulo 3.

¹⁵⁰ Mazeaud, Henri, Léon Mazeaud y André Tunc. *Op. cit.*, pp. 427-428.

¹⁵¹ *Supra* 1.3.4.

sea, que guarda relación a un bien no patrimonial”¹⁵². Son bienes no patrimoniales aquéllos intrínsecos a la víctima, que no pueden clasificarse en el orden de la riqueza material y que satisfacen una necesidad no económica¹⁵³. Si bien las definiciones negativas buscan tener una concepción amplia sobre el tema, que abarcaría todos los supuestos de daños extrapatrimoniales, no ilustran sobre el contenido específico de los bienes jurídicos protegidos, por lo que es necesario complementarlas.

Estos perjuicios incluyen “aquellos atentados que lesionan facultades que integran la personalidad misma o determinan sentimientos legítimos”¹⁵⁴. Así, si se toma en cuenta una concepción más amplia de los perjuicios extrapatrimoniales, también se ven incluidos en esta categoría de daños “los dolores físicos y espirituales, las afecciones anímicas o los sufrimientos morales, los sentimientos respecto del goce de los bienes, el espíritu y la capacidad de entender, querer y sentir”¹⁵⁵. Así también, están comprendidos en este tipo de perjuicios bienes extrapatrimoniales como “la tranquilidad, la libertad, la honra, la buena imagen y el buen nombre, la integridad personal y la vida, la intimidad, la familia, los afectos, etc.”¹⁵⁶. Por consiguiente, para que se configure el daño extrapatrimonial solamente debe configurarse un menoscabo de intereses extrapatrimoniales (sentimientos, expectativas, emociones, proyecciones, entre otros), que incluso pueden no conformar derechos en sí mismos¹⁵⁷.

¹⁵² Domínguez Hidalgo, Carmen. *Op. cit.*, p. 51-52. En el mismo sentido, véase Barros Bourie, Enrique. *Op. cit.*, p. 287; y Díez Picazo, Luis. *El escándalo del daño moral*. Pamplona: Ed. Aranzadi S.A., 2008, pp. 73-74.

¹⁵³ Domínguez Hidalgo, Carmen. *Op. cit.*, p. 52.

¹⁵⁴ Lafaille, Héctor. *Tratado de las obligaciones* en Mayo, Jorge. "El daño moral. Los diversos supuestos característicos que lo integran". *Revista de Derecho de Daños. Daño moral*. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores, 2001, p. 180.

¹⁵⁵ Mayo, Jorge. *Op. cit.*, p. 180.

¹⁵⁶ Tamayo Jaramillo, Javier. *Op. cit.*, p. 484.

¹⁵⁷ Rodríguez Grez, Pablo. *Op. cit. Supra nota*37, p. 311.

De los aspectos analizados se desprende que estos perjuicios son de carácter personalísimo. Esto se debe a que varios de los bienes jurídicos extrapatrimoniales que se ven afectados son inherentes a la persona, por lo que sería inconcebible el ejercicio de la acción indemnizatoria independientemente de la persona a favor de quien está instituida la acción¹⁵⁸. Nuestro Código Civil ha recogido este carácter personalísimo en su art. 2233, que establece que: “La acción por daño moral corresponde *exclusivamente* a la víctima o a su representante legal”¹⁵⁹ [las cursivas son mías]. Así, el Código Civil exige que quien demande la indemnización sea quien ha sufrido el perjuicio, y solo excepcionalmente (en caso de imposibilidad física) permite que sean su representante legal, cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad quienes inicien la acción¹⁶⁰.

Ahora bien, los perjuicios extrapatrimoniales se pueden presentar de dos formas. Así, por un lado, puede presentarse como un “daño positivo, que aumenta instantáneamente el conjunto de males que dificultan o hacen más gravosa la existencia”¹⁶¹. Por otro lado, el perjuicio se puede evidenciar en sufrimientos que, aunque no producen un daño positivo, se presentan como una “privación de ciertas ventajas de la vida”¹⁶². Como se verá en la siguiente sección, la forma en la que se configure el daño extrapatrimonial incidirá en el tipo de daño extrapatrimonial que se produzca¹⁶³.

¹⁵⁸ Mosset Iturraspe, Jorge. *Op. cit.*, p. 169.

¹⁵⁹ Art. 2233, Código Civil.

¹⁶⁰ Art. 2233.- [...] “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”. Esta última oración no permite a los derecho habientes demandar los perjuicios extrapatrimoniales irrogados a la persona fallecida; por el contrario, permite demandar los perjuicios causados a ellos mismos como consecuencia de la muerte del familiar, por lo que se confirma el carácter personalísimo de los daños extrapatrimoniales.

¹⁶¹ Barros Bourie, Enrique. *Op. cit.*, p. 290.

¹⁶² Ídem, p. 291.

¹⁶³ *Infra* 2.3.

En cuanto a su duración, el daño extrapatrimonial puede ser transitorio o permanente, dependiendo de si “la alteración en el estado de espíritu, la modificación disvaliosa, sea la consecuencia de un hecho que ocurre y desaparece o de un hecho que perdura”¹⁶⁴. Así por ejemplo, lesiones como la pérdida de la vista o de un miembro ocasionarán a su vez perjuicios extrapatrimoniales permanentes; en cambio, aquellos disgustos que, por sus características tienen una vigencia temporal breve, serán transitorios¹⁶⁵. El carácter transitorio o permanente es de considerable trascendencia puesto que influirá directamente en la evaluación del daño extrapatrimonial.

Otra característica de los perjuicios extrapatrimoniales es su carácter indivisible, dado que “cada uno padece por entero su sufrimiento, sin que sea admisible una especie de división entre todos los que concurren a reclamarlo”¹⁶⁶. Así, en el caso de un incumplimiento contractual, cada acreedor afectado podrá demandar la indemnización por todos los perjuicios extrapatrimoniales sufridos, independientemente de los demás acreedores involucrados en el contrato.

Una última característica que resulta relevante al momento de analizar los perjuicios extrapatrimoniales en la esfera contractual, es la posibilidad de que los sufran tanto las personas naturales como como jurídicas, por cuanto ambas “tienen intereses que se radican en su esfera íntima”¹⁶⁷. La doctrina y la jurisprudencia han concluido que los daños extrapatrimoniales son aplicables a las personas jurídicas en relación a los bienes jurídicos protegidos que son compatibles con su naturaleza. Así por ejemplo, “[p]uesto que los

¹⁶⁴ Mosset Iturraspe, Jorge. *Op. cit.*, p. 171.

¹⁶⁵ Ídem, p. 172

¹⁶⁶ Ibídem.

¹⁶⁷ Rodríguez Grez, Pablo. *Op. cit. Supra* nota 37, p. 311.

perjuicios morales subjetivos consisten en un dolor físico o psíquico no hay lugar entonces a indemnización por este concepto [refiriéndose al daño extrapatrimonial] a favor de las personas jurídicas”¹⁶⁸. Por la misma razón, no podrán configurarse daños en relación a la integridad personal, a la familia, las afecciones anímicas, entre otros. En cambio, en otros supuestos, como, por ejemplo, en lo que se refiere a “su prestigio, su crédito, su honor, su reputación social, su dignidad, la confianza comercial que despierta, etc.”¹⁶⁹, sí puede hablarse de daños extrapatrimoniales de las personas jurídicas. Nuestro Código Civil ha adoptado esta posición. Si bien no expresamente, reconoce que se puede irrogar perjuicios extrapatrimoniales a las personas jurídicas al establecer que la acción por la que se solicite la indemnización deberá ser planteada por el representante legal de la persona jurídica afectada.¹⁷⁰

2.3. Los distintos supuestos de daños extrapatrimoniales

La doctrina y la jurisprudencia han desarrollado una serie de categorías de daños extrapatrimoniales. Por lo general, la especie de daño dependerá del derecho de la personalidad o del bien jurídico no patrimonial que se ha visto vulnerado¹⁷¹. Sin embargo, se advierte que estas categorías de daños pueden llegar a superponerse puesto que “los bienes

¹⁶⁸ Tamayo Jaramillo, Javier. *Op. cit.*, p. 501.

¹⁶⁹ Abeliuk, René. *Op. cit. Supra* nota 69, p. 253

¹⁷⁰ Art. 2233.- [...] Cuando el daño moral afecte a las instituciones o personas jurídicas, la citada acción corresponderá a sus representantes.

¹⁷¹ Fueyo Laneri, Fernando. *Instituciones de Derecho Civil moderno* en Diez Schwerter, José. *El daño extracontractual*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1997, p. 118.

extrapatrimoniales no admiten divisiones demasiado nítidas”¹⁷². De hecho, puede suceder que un mismo hecho genere algunos de estos perjuicios extrapatrimoniales. De todas formas, resulta relevante analizar cada uno con sus particularidades y características específicas. Es por ello que el propósito de esta sección es examinar los principales tipos de daños extrapatrimoniales que podrían aparecer en el terreno de la responsabilidad contractual.

2.3.1. El daño moral o *pretium doloris*

El perjuicio extrapatrimonial más analizado y más difundido es el daño moral propiamente dicho, llamado también daño moral subjetivo o *pretium doloris*. El *pretium doloris* comprende dos aspectos. En primer lugar, incluye “el dolor físico que la víctima experimenta como consecuencia del hecho dañoso sobre su propio cuerpo, que incluye las sensaciones de malestar, el insomnio o cualquier otro tipo de manifestación dolorosa”¹⁷³. En segundo lugar, el *pretium doloris* abarca el “puro daño moral, representado por el dolor moral, que se refleja en la pena, la tristeza y el sufrimiento –no físico–, que pueden padecer la víctima como los parientes”¹⁷⁴. Es así que el *pretium doloris* se presenta siempre como una aflicción, ya sea física o mental¹⁷⁵. Si bien es cierto que el daño moral puro puede presentarse independientemente como consecuencia de un hecho ilícito, el dolor físico por lo general irá acompañado del primero puesto que si “algo es connatural a las lesiones del cuerpo es la

¹⁷² Barros Bourie, Enrique. *Op. cit.*, p. 290.

¹⁷³ Mayo, Jorge. *Op. cit.*, p. 181.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ Tamayo Jaramillo, Javier. *Op. cit.*, p. 290, 503.

insatisfacción que produce el dolor físico y la ansiedad y depresión consecuentes causadas por esta”¹⁷⁶.

La Ley No. 171 Reformativa al Código Civil sobre Reparaciones de Daños Morales recoge principalmente el concepto del *pretium doloris*, tanto en su concepción de dolor físico como de aflicciones síquicas. Así, el Art. 2232 hace referencia a “sufrimientos físicos o síquicos”, y brinda ejemplos de ambos. En relación a los sufrimientos físicos señala que están obligados a indemnizar por daño moral “quienes causen lesiones, cometan violación”. Entre los ejemplos que hacen referencia a las aflicciones síquicas que constan en el mismo artículo se encuentran la “angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes”¹⁷⁷.

Así también, la jurisprudencia ecuatoriana, desde la entrada en vigencia de la citada ley, se ha preocupado principalmente en analizar el *pretium doloris*. Desde el primer caso en que se trató sobre el daño moral, la ex Corte Suprema de Justicia, citando al profesor chileno Arturo Alessandri, manifestó que el daño moral

consiste en una molestia o dolor no patrimonial, en el sufrimiento moral o físico; no lesiona el patrimonio, no se traduce en ninguna pérdida pecuniaria al patrimonio de la víctima que queda intacto, consiste exclusivamente en el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos; de ahí que la indemnización que lo repare se la denomine *pretium doloris*¹⁷⁸.

Jurisprudencia más reciente también se ha enfocado en analizar este tipo de perjuicios. Por ejemplo, en el caso Rafael Correa c. Banco del Pichincha C.A., la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia manifestó que “[d]año moral es el que proviene de

¹⁷⁶ Tamayo Jaramillo, Javier. *Op. cit.*, p. 504.

¹⁷⁷ Art. 2232, Código Civil.

¹⁷⁸ Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala. *Gloria Seminario Medina de Loedel c. Filanbanco S.A.* Tercera Instancia. Sentencia de 2 de mayo de 1988. Gaceta Judicial Año LXXXVIII. Serie XV. No. 2, p. 397.

toda acción u omisión que lesiona los sentimientos, afecciones, las facultades espirituales o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana”¹⁷⁹. Como se puede ver, la jurisprudencia nacional ha analizado solamente los hechos ilícitos que causan un perjuicio a los bienes jurídicos inherentes a la persona y a sus facultades espirituales, lo que se traduce en un sufrimiento, ya sea físico o psicológico. Sin embargo, nuestra jurisprudencia no se ha pronunciado respecto de otros supuestos que pueden configurar daños extrapatrimoniales, que son igual de dignos de protección como el *pretium doloris*.

2.3.2. El perjuicio a la vida de relación o *préjudice d’agrément*

Una de estas categorías de daños extrapatrimoniales que han sido desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia internacional es el perjuicio a la vida de relación, también llamado perjuicio de agrado, perjuicio fisiológico o *préjudice d’agrément*. Principalmente, esta categoría de daño extrapatrimonial se refiere a atentados contra la integridad personal¹⁸⁰. Se trata de una categoría de daños amplia, “comprehensiv[a] de todos los goces ordinarios de la vida, sean cuales fueren su naturaleza y origen, esto es, el conjunto de sufrimientos, goces y frustraciones experimentados en todos los aspectos de la vida cotidiana en razón de la lesión

¹⁷⁹ Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. *Rafael Correa c. Banco Pichincha C.A.* Causa 946-2010-SR. Sentencia de 28 de abril de 2010. Registro Oficial Suplemento No. 330 de 13 de septiembre de 2012.

¹⁸⁰ Scognamiglio, Renato. *El daño moral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1962, p. 22. En el mismo sentido se pronuncia Tamayo Jaramillo, Javier. *Op. cit.*, p. 509.

[o del hecho ilícito] y sus secuelas”¹⁸¹. Como se adelantó, esta categoría de perjuicios incluye toda privación de las ventajas de la vida.

Se denominan daños a la vida de relación por cuanto constituyen un perjuicio a la vida asociada¹⁸². El lesionado “viene a perder en todo o en parte, por un período más o menos largo, o inclusive por toda la vida, la posibilidad de dedicarse a la vida de relación (vida social, deportiva, etc.), con todo el cúmulo de satisfacciones y placeres que ella comporta”¹⁸³. En efecto, al tratarse de lesiones a la integridad personal, además de las pérdidas patrimoniales y del dolor físico (*pretium doloris*) causado, el afectado luego de causado el daño “no podrá realizar otras actividades vitales que, aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia”¹⁸⁴. Por ejemplo,

la pérdida de los ojos privará a la víctima del placer de dedicarse a la observación de un paisaje, a la lectura, o asistir a un espectáculo; de igual forma, la lesión en un pie privará al deportista de la práctica de su deporte preferido; finalmente, la pérdida de los órganos genitales afectará a una de las funciones más importantes que tiene el desarrollo psicológico y fisiológico del individuo¹⁸⁵.

Se puede ver fácilmente que los daños a la vida de relación presentan una diferencia sustancial con el *pretium doloris*. Así, a través de la indemnización del *pretium doloris*, se “repara la insatisfacción psíquica o el dolor de la víctima; en cambio, la indemnización del perjuicio fisiológico [o daño a la vida de relación] repara la supresión de las actividades vitales”¹⁸⁶.

¹⁸¹ Mayo, Jorge. *Op. cit.*, p. 182.

¹⁸² Scogmaglio, Renato. *Op. cit.*, p. 22.

¹⁸³ *Ibidem*.

¹⁸⁴ Tamayo Jaramillo, Javier. *Op. cit.*, p. 509.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ Tamayo Jaramillo, Javier. *Op. cit.*, p. 510.

Por último, este tipo de perjuicios presentan un riesgo por su gran extensión, porque “son innumerables y disímiles las ventajas de la vida que una persona pueda disfrutar y las actividades que puede desarrollar en el ámbito deportivo, artístico o en la vida de relación, incluyendo la vida sexual y familiar”¹⁸⁷. Esto, a su vez, puede generar confusiones puesto que podría compartir características con otros tipos de daños extrapatrimonial (como el perjuicio estético o el sexual, como se verá). Por ello, ciertos autores han preferido limitar al daño a la vida de relación a “la pérdida de la posibilidad de ejercitar ciertas actividades de placer u ocio, como las artísticas o las deportivas, pero también de cualquiera que le signifique una privación de satisfacciones en la dimensión social o interpersonal de la vida”¹⁸⁸.

De todas formas, su extensión no es un obstáculo para que estos daños no sean indemnizados; por el contrario, su reparabilidad “estará dada por la certidumbre y gravedad suficiente del daño”¹⁸⁹, en aplicación de las características generales del mismo.

2.3.3. El daño estético

Este tipo de perjuicio extrapatrimonial se manifiesta “como una “deformidad” del estado de la persona, entendida tal deformidad como toda irregularidad física –visible o no, permanente o no–, estigma o tara fisiológica, consecutivas o residuales respecto de lesiones

¹⁸⁷ Barros Bourie, Enrique. *Op. cit.*, p. 291.

¹⁸⁸ Zavala de González, Matilde. *Resarcimiento de daños* en Mayo, Jorge. *Op. cit.*, p. 182.

¹⁸⁹ Tamayo Jaramillo, Javier. *Op. cit.*, p. 291.

anteriormente sufridas”¹⁹⁰. Estas deformaciones pueden no ser objetivamente importantes, pero “hacen sentir a la víctima que tiene un defecto notado por los demás”¹⁹¹.

Podría confundirse esta categoría de daño extrapatrimonial con el *pretium doloris*, alegándose que una deformación produce angustia, depresión, sufrimiento e incluso dolor físico. Si bien es cierto que estas categorías de perjuicios podrían concurrir, no debe confundírselas. Para que exista daño estético, es necesario solamente que, como consecuencia del hecho ilícito, la víctima pierda “su normal aspecto periférico, de un modo perceptible y apreciable, *in visu*, afectando su anatomía exterior y no su sique y su intelecto, de manera duradera –aunque no fuere definitiva–”¹⁹². Así, este perjuicio estético puede ser ocasionado por cicatrices, pérdida de cabello o piezas dentales, alteraciones de pigmentación y, en general, “cualquier tipo de defecto físico que afecte peyorativamente la apariencia externa del ofendido, menoscabando su aspecto”¹⁹³.

De esta manera se evidencia que aunque puedan concurrir, cada especie de daño es ocasionada a bienes jurídicos distintos: el *pretium doloris* a los bienes espirituales y aflicciones psicológicas, mientras que el perjuicio estético a la imagen, a su aspecto exterior¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Mayo, Jorge. *Op. cit.*, p. 183.

¹⁹¹ Domínguez Águila, Ramón “Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista” en Díez Schwerter, José. *Op. cit.*, p. 115.

¹⁹² Mayo, Jorge. *Op. cit.*, p. 183.

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ Sobre la distinción y la confusión que existe en la jurisprudencia chilena entre *pretium doloris* y perjuicio estético, véase Díez Schwerter, José. *Op. cit.*, pp. 119-121.

2.3.4. El perjuicio sexual

Esta especie de perjuicios extrapatrimoniales se refiere a aquel resultante “de la pérdida de las facultades sexuales, que da sustento, obviamente, a la reparación del daño moral, sea cual fuere la condición del sujeto afectado, incluyendo la proyección a futuro”¹⁹⁵. Esta categoría de perjuicio también podría confundirse con el daño a la vida de relación, por cuanto esta es una categoría amplia que incluye toda privación a los goces de la vida. Por ello, es aplicable la discusión que se hizo en la sección anterior respecto de la confusión entre el *pretium doloris* y el perjuicio estético.

2.3.5. Daños morales objetivados

Una de las categorías de daños extrapatrimoniales desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia internacional más discutidas es la de los daños morales objetivados. El daño moral objetivado es “aquel que por su misma naturaleza es susceptible de concretarse probatoriamente en perjuicios patrimoniales”¹⁹⁶. Así, los daños morales objetivados son aquellos daños que, si bien afectan bienes jurídicos extrapatrimoniales, menoscaban también el patrimonio de la víctima; es decir, abarcan las repercusiones económicas que sentimientos como el dolor, la tristeza, la desazón, la angustia o el temor pueden generarle, cuya cuantía

¹⁹⁵ Mayo, Jorge. *Op. cit.*, p. 183.

¹⁹⁶ C.S.J., sala de neg. Gen., 5 de noviembre de 1942, “G.J.”, t. LVI, p. 487 en Tamayo Jaramillo, Javier. *Op. cit.*, p. 534.

debe ser demostrada por quien lo alega¹⁹⁷. Esto sucedería, por ejemplo, cuando un comerciante pierde su reputación como consecuencia de un daño moral, y esto se traduce en los menores rendimientos de su negocio debido a la pérdida de su crédito¹⁹⁸. Es por ello que es un daño *objetivado*, pues “puede contabilizarse, reducirse a cifra numérica, expresarse en cantidad líquida de dinero mediante la prueba de sus elementos”¹⁹⁹.

La principal crítica que se ha realizado respecto de esta categoría de daño es que, dado que trasciende al patrimonio del afectado, se trata propiamente de un daño patrimonial, como ha sido reconocido por la jurisprudencia²⁰⁰. Ahora bien, podría aceptarse que

cuando ese perjuicio material o pecuniario se derive de un perjuicio moral subjetivo, entonces tome la denominación de daño moral objetivado. Pero el daño emergente y el lucro cesante de un lado, y el moral objetivado por el otro, frente a una misma víctima y derivados de un mismo hecho son absolutamente incompatibles. Si se quiere, llámesele daño moral objetivado, pero no se lo ponga a concurrir con el material, pues se trata de un mismo concepto bajo dos denominaciones excluyentes²⁰¹.

Entonces, la denominación de daño moral objetivado “no tendría problemas si, condenándose por daños morales objetivados, no se hiciera por materiales; entonces la cuestión se reduciría a un simple juego de términos”²⁰². Es así que el juzgador, al momento de analizar este tipo de perjuicios, debe cerciorarse de que no conceda una doble indemnización respecto de un mismo hecho y un mismo daño, puesto que esto iría en contra de la finalidad

¹⁹⁷ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. *Ministerio Público c. Gian Carlo Gutiérrez Suárez*. Sentencia de 17 de abril de 2013.

http://app.vlex.com/#WW/search/content_type:2/corte+suprema+colombia+ministerio+p%C3%BAblico+gian+carlo+guti%C3%A9rrez+su%C3%A1rez/vid/478665322 (acceso: 03/10/14).

¹⁹⁸ López, Jairo. *Op. cit.*, p. 21.

¹⁹⁹ Durán, Rafael. *Op. cit.*, p. 81.

²⁰⁰ Véase la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala Civil. *Natalia Neira Fandiño c. Club Deportivo Los Tortugas y otros*. Sentencia de 14 de enero de 2014.

http://app.vlex.com/#WW/search/*/natalia+Neira+fandi%C3%B1o+Tortugas/vid/503553851 (acceso: 03/10/14).

²⁰¹ Tamayo Jaramillo, Javier. *Op. cit.*, p. 534.

²⁰² Ídem, p. 535.

del sistema de responsabilidad civil, que es la restitución de la víctima al estado previo al de irrogarse el daño, como se ha visto.

Vale decir que se hace énfasis en esta especie de daño por cuanto el tema de la presente tesina es el daño extrapatrimonial dentro de la responsabilidad contractual. Como los contratos se desenvuelven principalmente en el ámbito patrimonial, será común que el incumplimiento que ocasione un perjuicio moral subjetivo a su vez incida en el patrimonio del acreedor, configurándose un daño moral objetivado.

2.4. Autonomía entre los daños extrapatrimoniales y los daños patrimoniales

Una vez analizadas la naturaleza, las características y las distintas especies de daños extrapatrimoniales, es fácil concluir que se trata de una categoría autónoma respecto de los daños patrimoniales. Sin embargo, no se trata de un tema intrascendente. Por el contrario, esta autonomía tendrá importantes implicaciones para concluir que se pueden presentar daños extrapatrimoniales en la responsabilidad contractual, tema de análisis en la presente tesina. Esto, a su vez, servirá para interpretar el Art. 1572 y determinar que las clasificaciones de los daños patrimoniales no son aplicables a los daños extrapatrimoniales.

Ahora bien, en relación a la autonomía que existe entre estos tipos de perjuicios, es necesario decir que no existe dependencia alguna de los daños extrapatrimoniales respecto de

los patrimoniales, o viceversa. Esta autonomía se debe a que cada daño atiende a un bien jurídico o interés distinto que es lesionado²⁰³. Así,

si son dos especies de daños, absolutamente diferentes, en cuanto el obrar antijurídico incide, como efecto o resultado, en los estados de espíritu, en un caso, y en los estados económicos, en el otro, no se alcanza a vislumbrar porqué se ha de renegar de la autonomía de las especies y concluir en una supuesta "dependencia" del daño moral sobre el patrimonial²⁰⁴.

En el mismo sentido, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, refiriéndose a la Ley Reformativa al Código Civil sobre Reparación de Daños Morales, ha sostenido que

Cuando el legislador, en el artículo tercer innumerado que se mandó agregar a continuación del artículo 2258 del Código Civil por la Ley No. 171 promulgada en el Registro Oficial 779 de 4 de julio de 1984, dijo que 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, no dijo ni podía decir que se deba indemnización por daño moral como resultado de acciones u omisiones lícitas; lo que dijo en esta norma es que la reparación del daño moral no se halla comprendida en la reparación del daño patrimonial, que una y otra son obligaciones independientes entre sí de manera que la suerte que corra la una no afecta a la otra por lo que, inclusive, puede reclamarse el daño moral aunque se haya satisfecho la indemnización patrimonial como, por ejemplo, mediante el pago de un seguro de vida, de enfermedad, etcétera; sin embargo, las dos se originan en una misma causa de la cual son dependientes, de tal manera que si la causa no existe no es exigible ni una ni otra²⁰⁵.

²⁰³ Barros Bourie, Enrique. *Op. cit.*, p. 230.

²⁰⁴ Mosset Iturraspe, Jorge. *Op. cit.*, p. 71.

²⁰⁵ Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. *Neptalí Salvador Proaño y Teresa Abigail Tapia Báez c. Nelson Claudio Gordillo Echeverría*. Sentencia de 23 de mayo de 2002. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 9. Página 2718. En el mismo sentido véase Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. *José Ligña Sulca c. Luz Elena Zurita*. Causa no. 195-98. Sentencia de 2 de mayo de 2000. Registro Oficial 108 de 20 de junio de 2000.

La principal consecuencia de esta independencia es que los daños extrapatrimoniales pueden presentarse con o sin la presencia de otros daños²⁰⁶. Esto a su vez significa que un mismo hecho o acto ilícito puede generar tanto daños patrimoniales como daños extrapatrimoniales. Suele ocurrir que

un mismo hecho lleve consigo, a la vez, una pérdida pecuniaria y un daño moral; tal es, por ejemplo, el caso de la herida que disminuye la capacidad para el trabajo de la víctima y le hace padecer al mismo tiempo algunos sufrimientos. Con frecuencia, también el perjuicio que afecta los derechos extrapatrimoniales tiene como contrapartida una pérdida pecuniaria; así los atentados contra el honor de un comerciante cuando resultan del hecho de poner en duda su probidad son susceptibles de arruinar un negocio [lo que resultaría en un daño moral objetivado]²⁰⁷.

En estos casos en que concurren daños patrimoniales y extrapatrimoniales no es debido a una dependencia de uno hacia el otro. Lo que sucede es que “si a causa de determinado daño se afectan otros bienes patrimoniales o extrapatrimoniales de la víctima directa o de un tercero, es porque se han producido varios daños y no uno”²⁰⁸. Es por ello que consideramos que un incumplimiento contractual puede afectar estas dos esferas: aunque generalmente menoscabe la esfera patrimonial, también puede menoscabar la esfera extrapatrimonial, en las circunstancias que se describirán en el capítulo 3.

La segunda consecuencia de esta autonomía entre los perjuicios patrimoniales y los extrapatrimoniales es que las clasificaciones que se han desarrollado respecto de los primeros, en especial la distinción entre daño emergente y lucro cesante, no son aplicables respecto de los daños extrapatrimoniales. Los rubros del daño emergente y el lucro cesante son únicamente aplicables a los daños materiales por cuanto están exclusivamente ligados al

²⁰⁶ Tamayo Jaramillo, Javier. *Op. cit.*, p. 484.

²⁰⁷ Mazeaud, Henri, Léon Mazeaud y André Tunc. *Op. cit.*, p. 296.

²⁰⁸ Tamayo Jaramillo, Javier. *Op. cit.*, p. 484.

concepto de patrimonio. Así, el daño emergente es el menoscabo efectivo experimentado por el acreedor (en caso de responsabilidad contractual), mientras que el lucro cesante se refiere a las ganancias y utilidades que pudieron obtenerse y que el incumplimiento imposibilitó obtener²⁰⁹. En otras palabras, tanto el concepto de daño emergente como el de lucro cesante se traducen en una alteración del activo de la víctima o el acreedor, ya sea porque hubo una disminución del activo o no se permitió que se incremente²¹⁰.

En los perjuicios extrapatrimoniales no sucede lo mencionado en el párrafo anterior porque, como se ha sostenido anteriormente, el patrimonio del afectado permanece intacto. Si bien existen varias especies de daños extrapatrimoniales, ninguna se ajusta a las características del daño emergente ni del lucro cesante, pues estas atañen a los bienes jurídicos extrapatrimoniales que se han visto menoscabados, y no a su vinculación con el patrimonio, pues no existe relación alguna.

Como se verá en el siguiente capítulo de la presente tesina, precisamente ese es el propósito del tercer inciso del Art. 1572 del Código Civil: resaltar la inaplicabilidad de los conceptos de daño emergente y del lucro cesante en los daños extrapatrimoniales. Por ello, el legislador optó por exceptuarlos del régimen del “daño moral”, sin que esto signifique que las indemnizaciones por perjuicios extrapatrimoniales se encuentran excluidas de la responsabilidad contractual.

²⁰⁹ Rodríguez Grez, Pablo. *Op. cit. Supra* nota 1, p. 215.

²¹⁰ Barros Bourie, Enrique. *Op. cit.*, p. 231, 257.

Capítulo 3: Aplicabilidad del daño extrapatrimonial en la responsabilidad contractual en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

En el primer capítulo, se analizaron las características de la responsabilidad contractual y los principios que la inspiran. Se vio que se puede afirmar que existe unidad en la responsabilidad dado que tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual se fundan en el principio de reparación integral del daño. Por ende, las diferencias que existen entre ellas son simplemente accesorias, y no afectan a este principio. En el segundo capítulo se analizaron las características y principales supuestos del daño extrapatrimonial. Asimismo, se vio que la finalidad que persigue la indemnización por daños no patrimoniales es también la reparación integral de la víctima, con las particularidades que reviste esta indemnización. Con estos antecedentes, al presente capítulo le corresponde el estudio del daño extrapatrimonial como consecuencia de un incumplimiento contractual, para así determinar su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Antes de iniciar mi análisis, es necesario decir que la mayoría de la doctrina ecuatoriana ha sido renuente a aceptar la reparación de daños no patrimoniales en la responsabilidad contractual. Por una parte, artículos recientes han sido tajantes en sostener que nuestro ordenamiento jurídico no permite este tipo de reparación, aunque concuerdan que una reforma legal sería necesaria²¹¹. Por otra parte, renombrados autores ecuatorianos se han limitado a

²¹¹ Véase Páez Salgado, Daniela. “Daño moral por incumplimiento de contrato. Comentario a sentencia de Corte Nacional de Justicia de Ecuador de 8 de septiembre de 2010” (por publicarse). En este artículo, la autora manifiesta que “El legislador ecuatoriano ha excluido las indemnizaciones por daño moral del régimen de responsabilidad contractual. Nuestro Código Civil ha considerado que el daño moral tiene su fuente en delitos o

tratar el daño moral en relación a los delitos y cuasidelitos, sin pronunciarse siquiera sobre si sería resarcible en la responsabilidad contractual. Entre ellos, podemos destacar al profesor Juan Larrea Holguín²¹² y Gil Barragán Romero²¹³, quien impulsó la reforma del Código Civil para ampliar la reparación de daños extrapatrimoniales.

En la presente tesina opto por apartarme de la doctrina mencionada puesto que considero que nuestro ordenamiento jurídico no excluye la reparación de daños extrapatrimoniales en sede contractual. El presente capítulo tiene como propósito demostrar que el incumplimiento de un contrato puede ocasionar un daño extrapatrimonial y que este es perfectamente resarcible. De hecho, es necesario que este perjuicio sea resarcido, pues es la única forma de alcanzar una reparación integral. En virtud de lo señalado, iniciaré por plantear algunas de las objeciones que han surgido respecto del resarcimiento de este tipo de daños en sede contractual, en especial, que el contrato protege únicamente intereses pecuniarios puesto que la prestación objeto de la obligación contractual tiene carácter eminentemente patrimonial.

cuasidelitos civiles, en los que no media ninguna relación contractual entre la víctima y el daño, y si esta relación existe, el daño se produce al margen de la relación contractual y no es consecuencia de ella". En el mismo sentido, véase Noboa Elizalde, Gonzalo. "El daño moral". *Revista Jurídica*. Facultad de Derecho, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Disponible en: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=305&Itemid=63. Fecha de consulta: 02/09/14. El autor a través de un ejemplo, sostiene que el daño moral ocasionado por un incumplimiento contractual no es resarcible. Manifiesta que "A le sugiere o le plantea a B que le entregue su dinero para administrárselo e invertirlo, a su buen juicio o criterio, en operaciones de bolsa, lo que es aceptado por B; mas resulta que el dinero se pierde en dichas transacciones, siempre riesgosas y contingentes, pese a la diligencia de A, y B, como resultado del fracaso de las negociaciones, sufre "angustia y ansiedad". Ese daño moral, que en verdad así lo es, no produce acción judicial contra A, pues éste no violó norma jurídica alguna en su relación con B, o sea, no cometió delito ni cuasidelito". Luego, concluye que "deberá tenerse presente que el "daño moral" sufrido produce acción judicial SOLAMENTE CUANDO ES CONSECUENCIA DE UN DELITO O UN CUASIDELITO" [mayúsculas en el original].

²¹² Véase Larrea Holguín, Juan. *Derecho civil del Ecuador*. Tomo XV. Obligaciones extracontractuales. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2004, pp. 217 y siguientes. El autor trata la indemnización del daño moral únicamente en relación a los delitos y cuasidelitos. A pesar de que con la Ley No. 171 el legislador tuvo la clara intención de ampliar el contenido del concepto del daño moral, no hace ninguna referencia a la posibilidad de que este sea causado por un incumplimiento contractual.

²¹³ Véase Barragán Romero, Gil. *Elementos del daño moral*. Segunda edición. Guayaquil: Ed. Edino, 2000. Al igual que el profesor Larrea Holguín, Barragán Romero analiza únicamente el daño moral en los delitos y cuasidelitos, en especial, los casos recogidos por el Art. 2232, como por ejemplo, el daño moral derivado de violación, estupro, detención ilegal, entre otros.

Como consecuencia de ello, el daño en la responsabilidad contractual estaría limitado a los perjuicios materiales. Sin embargo, demostraré que estos argumentos no son suficientes y que la obligación contractual puede tener un carácter no patrimonial y, por ende, su incumplimiento daría lugar a un daño de la misma naturaleza, que deberá ser reparado. No obstante, considero que para que la argumentación sea completa, requiere además del análisis del derecho positivo ecuatoriano. Por ello, es necesario realizar un ejercicio de interpretación de la Ley No. 171 Reformatoria al Código Civil sobre Reparación de Daños Morales, en especial del tercer inciso que se introdujo en el Art. 1572 del Código Civil. De esta manera, se concluirá que esta ley no excluyó la reparación de daños extrapatrimoniales en el ámbito contractual, sino que enfatizó en la distinción que existe entre los perjuicios patrimoniales y los no patrimoniales, dejando la puerta abierta para que ambos sean reparados en la responsabilidad contractual. Para sustentar esta interpretación, se hará referencia a jurisprudencia nacional y laudos arbitrales que avalan esta posición. Por último, se presentarán algunos de los supuestos en que se podría generar este tipo de daños como consecuencia de un incumplimiento contractual, para evidenciar el sinnúmero de relaciones contractuales cuyo incumplimiento puede dar lugar a esta clase de perjuicios.

3.1. Objeciones y fundamento del resarcimiento del daño extrapatrimonial en la responsabilidad contractual

Antes de presentar los argumentos a favor del resarcimiento de daños no patrimoniales en la responsabilidad contractual, es necesario presentar algunas de las objeciones que se han

planteado al respecto. Debe decirse que, actualmente, estas posiciones son minoritarias a nivel internacional. No obstante, como en el Ecuador siguen siendo la posición mayoritaria, considero que se justifica analizarlas, al menos brevemente, para luego proceder a refutarlas.

3.1.1. Sobre la supuesta exigencia de la patrimonialidad en la obligación

En primer lugar, parte de la doctrina ha considerado que el daño extrapatrimonial no es resarcible en la responsabilidad contractual porque los contratos protegen únicamente intereses pecuniarios, patrimoniales. Así, la doctrina patrimonialista sostiene que “la existencia de un vínculo obligatorio modifica necesariamente la composición de sus respectivos patrimonios”²¹⁴. Por ende, la prestación objeto de la obligación “debe ser susceptible en sí misma de apreciación pecuniaria y además debe presentar para el acreedor alguna ventaja apreciable en dinero; el acreedor debe tener un interés de esta naturaleza en el cumplimiento de la prestación y no sólo un interés de afección”²¹⁵. De acuerdo a esta teoría, el interés del acreedor no puede ser puramente moral puesto que “de lo contrario se haría imposible el cumplimiento por equivalencia de la obligación, dado que la indemnización de daños y perjuicios no es otra cosa que la estimación del interés que tiene el acreedor en la ejecución de la obligación”²¹⁶. En consecuencia, para los partidarios de esta teoría, el daño extrapatrimonial

²¹⁴ Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. De las obligaciones I*. Tomo X. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1992, p. 8.

²¹⁵ Tomasello Hart, Leslie. *Op. cit.*, p. 103.

²¹⁶ Domínguez Hidalgo, Carmen. *Op. cit. Supra* nota 131, pp. 171-172.

“debe descartarse en materia de obligaciones convencionales al carecer cualquier eventual demanda que persiga su reparación de interés monetario”²¹⁷.

La teoría patrimonialista de la prestación obligacional, a mi parecer, es restringida y no considera la especial forma en que se resarcan los daños extrapatrimoniales. Así, esta teoría ha sido la “consecuencia natural de la restricción del dominio de las obligaciones civiles al de regular relaciones de orden económico entre los particulares”²¹⁸. No obstante, si bien es cierto que en el mayor de los casos la prestación tiene carácter patrimonial, esto no excluye que puedan existir casos en que esta no tenga un contenido económico y que lo único que se busque satisfacer a través de ella sean intereses no patrimoniales. Por ello, ha surgido la teoría según la cual la patrimonialidad no es un requisito indispensable de la prestación, impulsada principalmente por Rudolf von Ihering. De acuerdo a esta teoría,

para que haya obligación basta que la promesa tenga un interés para la persona a quien se hace, aunque no sea de carácter patrimonial; todo interés digno de protección es apto para engendrar un vínculo obligatorio, aunque directamente e inmediatamente no represente un valor pecuniario²¹⁹.

Esta teoría es considerablemente más amplia y busca que a través de obligaciones contractuales se protejan otros intereses de las partes contratantes, y no únicamente los pecuniarios. En efecto,

ni el ser humano obedece tan sólo a móviles pecuniarios, ni el Derecho Civil ampara exclusivamente el patrimonio, y sí en general la vida privada de los

²¹⁷ Laurent, François, *Principles de droit civil français* en Domínguez Hidalgo, Carmen. *Op. cit. Supra* nota 131, p. 172.

²¹⁸ Tomasello Hart, Leslie. *Op. cit.*, p. 105.

²¹⁹ Von Ihering, Rudolph, “Del interés en los contratos y de la supuesta necesidad del valor patrimonial en las prestaciones obligatorias” en Tomasello Hart, Leslie. *Op. cit.*, p. 106.

habitantes; de suerte que cuando se lesionan los sentimientos, los anhelos o los afectos, debe existir también una manera de reparar ese daño²²⁰.

En el mismo sentido, el profesor Claro Solar, citando a Planiol y Ripert, sostiene que

Sería sensible [...] que el derecho no asegure la protección de los intereses morales como la de los intereses pecuniarios, cuando su satisfacción constituye el objeto de un compromiso, válido por lo demás. Los primeros tienen un valor social tan grande como los segundos²²¹.

Más aún, considero que si uno de los principios fundamentales del Derecho Civil es la autonomía de la voluntad, sería ilógico que exista esta limitación en relación a la necesidad de la patrimonialidad²²². Debe recordarse que “la función esencial del Derecho civil debe ser otorgar adecuada protección a la persona, tal como, por lo demás, debe serlo para todo sistema jurídico”²²³. Por ende, si las partes contratantes, buscan, a través de las obligaciones que contraen, satisfacer únicamente intereses morales o de afección dignos de protección, estos compromisos surtirán plenos efectos jurídicos. Tal sería el caso de la obligación que el arrendador acuerda con el arrendatario de que este último no toque ningún instrumento musical o que no tenga mascotas, para así proteger la tranquilidad del primero, o el caso de obligaciones como la del depósito gratuito de bienes sin mayor valor patrimonial, pero con un gran valor sentimental, como cartas, retratos, entre otros.

²²⁰ Von Ihering, Rudolph, “Del interés en los contratos y de la supuesta necesidad del valor patrimonial en las prestaciones obligatorias” en Tomaselio Hart, Leslie. *Op. cit.*, p. 106.

²²¹ Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. De las obligaciones I*. Tomo X. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1992, p. 12.

²²² En todo caso, existiría el requisito de la patrimonialidad cuando la ley expresamente lo exige. Este sería el caso del Código Civil italiano, cuyo Art. 1174 establece que: “*La prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore*”. En los casos, en que no exista una norma en este sentido, bastará que exista un interés legítimo de protección para que exista un vínculo obligacional, como sería el caso del Código Civil ecuatoriano. Al respecto, véase Domínguez Hidalgo, Carmen. *Op. cit. Supra* nota 131, pp. 220-226.

²²³ Domínguez Hidalgo, Carmen. *Op. cit. Supra* nota 131, p. 221.

Entre los efectos jurídicos que nacen de estas obligaciones podemos destacar, en primer lugar, el derecho que tiene el acreedor para exigir el cumplimiento forzoso de la obligación incumplida. En segundo lugar, dará lugar a responsabilidad y a la correspondiente indemnización de perjuicios. Justamente, este es el segundo reparo que se hace a la teoría patrimonialista, reparo que es de sustancial relevancia para admitir la reparación de daños extrapatrimoniales en sede contractual.

Sobre la indemnización de perjuicios en las obligaciones sin contenido patrimonial, es necesario decir que el cumplimiento por equivalente “no es la única forma en que pueden ser reparados los perjuicios”²²⁴. Como se vio anteriormente, cuando se reparan perjuicios no patrimoniales, no se busca un equivalente patrimonial puesto que no se ha visto afectado el patrimonio; en cambio, la indemnización tiene una función satisfactiva, que busca compensar los sufrimientos causados por el incumplimiento²²⁵. En consecuencia, es perfectamente posible que la prestación obligacional no tenga un carácter patrimonial y que, si esta es incumplida, se pueda exigir una indemnización de perjuicios, que tendrá una función de satisfacción de los intereses del acreedor.

Vale decir que si esta función satisfactiva de la indemnización pecuniaria de los daños extrapatrimoniales ya ha sido aceptada en la responsabilidad extracontractual, no existe razón alguna para denegarla en la responsabilidad contractual. El profesor Claro Solar sostiene al respecto que

La asignación de una suma de dinero para la reparación del perjuicio moral está consagrada hoy en material no contractual, cuando una reparación en especie es

²²⁴ Domínguez Hidalgo, Carmen. *Op. cit. Supra* nota 131, p. 137. En el mismo sentido véase Tomasello Hart, Leslie. *Op. cit.*, p. 115.

²²⁵ *Supra* 2.1.

imposible o insuficiente o cuando no puede ser procurada sino por el hecho personal de la persona responsable que se resiste a hacerlo; y no se ve la razón para proceder de otro modo en materia contractual²²⁶.

Por ende, tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual, la indemnización de los daños extrapatrimoniales va a tener el mismo carácter, por lo que no hay razón alguna para no aceptarla cuando este daño ha sido producto de un incumplimiento contractual. El objetivo final siempre va a ser la reparación integral del afectado, en este caso el acreedor.

Por otro lado, puede ser que la prestación obligacional tenga carácter patrimonial y, aun así, causar daños extrapatrimoniales. No podría suponerse que si las prestaciones tienen un carácter económico,

el incumplimiento se traduzca siempre en perjuicios de orden pecuniario para el afectado, porque las consecuencias de un acto que primitivamente giraba en torno al patrimonio pueden perfectamente alcanzar al espíritu del acreedor, ocasionándole una perturbación injusta que está desvinculada de toda consecuencia patrimonial, pues tiene un carácter eminentemente subjetivo²²⁷.

De la circunstancia de que “el contrato tenga un contenido patrimonial no se sigue que todas sus obligaciones tengan un objeto económico”²²⁸. En efecto, una considerable parte de los daños extrapatrimoniales derivados de un incumplimiento contractual “proviene de deberes que no han sido negociados expresamente y que son atribuidos a las partes como elementos de la naturaleza del contrato”²²⁹. Esto sucederá, por ejemplo, con los deberes

²²⁶ Claro Solar, Luis. *Op. cit. Supra* nota 214, pp. 12-13. En mismo sentido véase Colombo, Leonardo. "Acerca del Resarcimiento de Daño Moral en las Obligaciones Contractuales". *Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales*. Parte General. Tomo I. Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2007, p. 1405; Mazeaud, Henri, Léon Mazeaud y André Tunc. *Op. cit.*, pp. 467-468.

²²⁷ Tomasello Hart, Leslie. *Op. cit.*, p. 139.

²²⁸ Barros Bourie, Enrique. *Op. cit.*, p. 336.

²²⁹ *Ibidem*. Estas obligaciones se verán incorporadas al contrato en virtud del principio de integración del contrato, consagrado en el Art. 1562 del Código Civil, que establece que “Los contratos deben ejecutarse de

contractuales de cuidado (u obligación de seguridad) implícitos en los contratos de transporte, que será desarrollado más adelante cuando se analicen algunos de los supuestos en que se presenta el daño extrapatrimonial en la responsabilidad contractual²³⁰.

En este mismo sentido, el profesor Christian Larroumet se pregunta

¿Se debe excluir su reparación en virtud de que la relación contractual sólo puede considerarse en el campo económico? En realidad esta razón no tiene validez. En primer lugar, una cosa es considerar que el contrato establece una relación económica entre las partes y otra es reparar todas las consecuencias, inclusive no económicas, que resultan de la inejecución de la obligación imputable al deudor. [...] Se trata de establecer hasta donde sea posible, por el pago de daños y perjuicios, el equilibrio roto en las relaciones entre acreedor y deudor, por la inejecución de la obligación y por las consecuencias perjudiciales que ha acarreado. Si entre estas consecuencias se halla el atentado contra los intereses extrapatrimoniales, debe dar lugar a la reparación. El hecho de que la relación entre el acreedor y el deudor sea puramente económica no podrá impedirlo, puesto que la ejecución ha atentado contra intereses, aunque estén por fuera del contrato. Como la ejecución por equivalencia no es más que una verdadera responsabilidad civil del deudor, ella debe permitir la reparación de todos los elementos del daño, sean económicos o no²³¹.

Así también, puede suceder que un contrato tenga contenido patrimonial, pero que los intereses del acreedor sean de carácter extrapatrimoniales. El que las prestaciones sean susceptibles de apreciación pecuniaria “no obsta la producción de un daño moral; en efecto, la índole económica de la prestación de ningún modo excluye que concurra un interés extrapatrimonial en su cumplimiento”²³². Así, aunque la prestación sea de índole económica, los contratos “pueden guardar relación con “la persona” del contratante acreedor, con sus

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”.

²³⁰ *Infra* 3.4.

²³¹ Larroumet, Christian. *Teoría general del contrato* en Rodríguez Grez, Pablo. *Op. cit. Supra* nota 1, pp. 234-235.

²³² Zavala de González, Matilde. *Tratado de daños a las personas. Resarcimiento del daño moral*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 2009, p. 150.

intereses y afecciones, y aun cuando sólo tengan vinculación con el patrimonio, ocurre que también las cosas o los bienes suscitan alegrías o tristezas, felicidad o sufrimiento”²³³. Esto supondrá, al igual que en las hipótesis anteriores, que su incumplimiento acarree daños en la esfera extrapatrimonial. Por ejemplo, si se celebra un contrato de compraventa inmobiliaria con el interés de que sea un regalo para una ocasión especial, como el matrimonio de un ser querido, el incumplimiento en la entrega del bien afectará los intereses afectivos y morales del acreedor, pues no podrá cumplir con el regalo esperado.

En definitiva, no es cierto que los contratos protejan únicamente intereses patrimoniales. Nuestro ordenamiento jurídico no exige este requisito, por lo que en virtud de la autonomía de la voluntad, las personas pueden obligarse a prestaciones sin carácter patrimonial y que involucren únicamente intereses morales o de afección. Así también, existirán contratos que, a pesar de tener un contenido patrimonial, impliquen obligaciones implícitas en relación a bienes jurídicos no patrimoniales, o que busquen satisfacer intereses extrapatrimoniales del acreedor. Por estos motivos, el contrato “no contiene una diferencia específica respecto de la responsabilidad extracontractual, porque también por convención se pueden contraer obligaciones que tienen por objeto cuidar de bienes extrapatrimoniales”²³⁴. En todos estos casos se podrán generar daños extrapatrimoniales. Por consiguiente, el juez deberá, en caso de incumplimiento, obligar al deudor a una indemnización que tenga la finalidad de compensar, dentro de lo posible, los sufrimientos causados al acreedor, sin que la no existencia de una equivalencia resulte un obstáculo infranqueable para esta indemnización.

²³³ Mosset Iturraspe, Jorge y Miguel Piedescasas. *Responsabilidad contractual*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2007, p. 337. En el mismo sentido véase Mosset Iturraspe, Jorge. *Op. cit.*, p. 152.

²³⁴ Barros Bourie, Enrique. *Op. cit.*, p. 336.

3.1.2. Sobre el daño reparable en la responsabilidad contractual

Como consecuencia de la objeción anterior (sobre la patrimonialidad de la obligación contractual), algunos autores manifiestan que no procede la reparación de daños extrapatrimoniales en la responsabilidad contractual puesto que el daño reparable en la responsabilidad contractual y la extracontractual es distinto y que su extensión en la responsabilidad contractual es menor. El argumento principal para sostenerlo es “estrictamente literal: mientras el Código Civil ordena en materia extracontractual la reparación de *todo daño* [...], en sede de incumplimiento contractual sólo se refiere al *daño emergente* y al *lucro cesante* [...], conceptos que poseen históricamente una clara connotación patrimonial”²³⁵ [cursivas en el original]. En virtud de esta distinción, se dice que “únicamente las consecuencias económicas de la inejecución deberían dar lugar a la responsabilidad contractual”²³⁶. Así también, sostienen que el daño contractual es programado y que “estará necesariamente referido a la inejecución de la prestación y al menoscabo que deriva para el acreedor de la circunstancia precisa de no alcanzarse la meta o programa descrito en el contrato”²³⁷. Estos autores son aquellos que sostienen que el principio de reparación integral no tiene cabida, sobre lo cual ya me he referido anteriormente, en el sentido de que este es un principio de carácter general y no restringido a la responsabilidad extracontractual²³⁸.

Frente a la argumentación antes expuesta antes expuesta, caracterizada por un apego irrestricto al texto del Código Civil, “lo único que puede afirmarse categóricamente es que don

²³⁵ Barros Bourie, Enrique. *Op. cit.*, p. 339.

²³⁶ Larroumet, Christian. *Teoría general del contrato* en Rodríguez Grez, Pablo. *Op. cit. Supra* nota 1, p. 234.

²³⁷ Rodríguez Grez, Pablo. *Op. cit. Supra* nota 1, p. 216.

²³⁸ *Supra* 1.1.

Andrés Bello no consideraba al redactar estas disposiciones el tema del daño moral ni en sentido positivo ni en sentido negativo”²³⁹. Es así que no puede pensarse que la división que hace el Código Civil de los daños patrimoniales en daño emergente y lucro cesante “puede excluir la posibilidad de reparación amplia, pues esta división atiende [únicamente] a un ángulo de actualidad o futureidad del perjuicio [patrimonial] en cuanto a su ocurrencia”²⁴⁰. Dado que la categoría de daños no patrimoniales no se concibió al momento en que se redactó el Código Civil en el siglo XIX, ni para la responsabilidad contractual ni para extracontractual, no cabe una restricción fundada en el argumento literal antes mencionado.

Por el contrario, y como se vio previamente, tanto la responsabilidad contractual como la responsabilidad extracontractual se fundan en el principio de reparación integral del daño, por lo que no debe hacerse una distinción del daño reparable en una y en otra. Consecuentemente, si se acepta la reparación del daño extrapatrimonial en la esfera delictual y cuasidelictual, debe ser también aceptada en la esfera contractual por cuanto el daño extrapatrimonial “es uno en su esencia, cualquiera que sea la causa que lo provoque”²⁴¹. Resultaría ilógico que la protección que brinda el Derecho “recayera sobre cierto tipo de derechos subjetivos, a propósito de ciertos daños, y excluyera arbitrariamente otros, igualmente dignos de protección, aunque su medición sea más difícil y se logre sólo por aproximación, factor secundario a la esencia”²⁴². Por estos motivos,

tanto en la esfera patrimonial como extrapatrimonial las reglas que gobiernan las consecuencias del incumplimiento contractual deben satisfacer de manera íntegra al acreedor. No debe importar si se trata de una obligación de dar, hacer o no hacer. La

²³⁹ Abeliuk Manasevich, René. *Op. cit. Supra* nota 77, p. 789.

²⁴⁰ Fueyo Laneri, Fernando. *Op. cit.*, p. 385.

²⁴¹ Colombo, Leonardo. *Op. cit.*, p. 1414.

²⁴² Fueyo Laneri, Fernando. *Op. cit.*, p. 385.

responsabilidad contractual debe permitir reconstruir el patrimonio y compensar los daños extrapatrimoniales²⁴³.

Sobre este tema, es preciso referirse a dos sentencias dictadas por la Corte Suprema de Chile, de 10 de octubre de 1994²⁴⁴ y de 5 de noviembre de 2001²⁴⁵. En estas sentencias se plasma el cambio jurisprudencial tendiente a aceptar la reparación de los daños extrapatrimoniales en materia contractual. En el primer caso, la accionante y el banco demandado celebraron un contrato de cuenta corriente. El banco entregó diversos talonarios de cheques a un tercero que no se encontraba autorizado para retirarlos, sin exigir el respectivo formulario firmado por la titular. Este tercero falsificó al menos 36 de estos cheques, lo que ocasionó una serie de demandas en contra de la accionante así como la resistencia de instituciones financieras a concederle créditos debido a informes comerciales negativos. En este caso, la Corte determinó que la falta de diligencia a la que estaba obligado el banco (o sea su incumplimiento) fue la causa directa del daño moral sufrido por la accionante. Además, sostuvo que

al decir el artículo 1556 [equivalente al art. 1572 del Código Civil ecuatoriano] que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, no excluye de un modo forzoso la reparación del daño meramente moral, como quiera que no se ha dicho allí que la indemnización sólo comprenda o abarque los señalados rubros, caso en que quedaría marginada cualquiera otra consecuencia lesiva, derivada de un incumplimiento imperfecto de deberes emanados de un contrato²⁴⁶.

Asimismo, manifestó que los bienes extrapatrimoniales de una persona

²⁴³ Pizarro Wilson, Carlos. *Op. cit.*, p. 305. En el mismo sentido véase Mosset Iturraspe, Jorge y Miguel Piedescasas. *Op. cit.*, pp. 336-337.

²⁴⁴ Corte Suprema de Chile. *María Rafart Moutthon c. Banco de Chile*. Causa No. 18647. Sentencia de 20 de octubre de 1994.

²⁴⁵ Corte Suprema de Chile. *Hugo Ruiz Ruiz c. Laboratorio Biológico S.A. y otros*. Causa No. 1368-2000. Sentencia de 5 de noviembre de 2001. Gaceta Jurídica 257, año 2001.

²⁴⁶ Corte Suprema de Chile. *María Rafart Moutthon c. Banco de Chile*. Causa No. 18647. Sentencia de 20 de octubre de 1994.

tienen un valor que de ordinario sobrepasa el de los bienes materiales, con mayor razón si se trata de la salud o la integridad física o psíquica, de modo que si con respecto a los perjuicios o daños causados por un delito o cuasidelito civil, la jurisprudencia ha dado cabida desde hace tiempo a la indemnización del daño exclusivamente moral, no se divisa el motivo que justifique que se la niegue si la lesión a esos intereses extrapatrimoniales procede de la defección culpable o maliciosa de uno de los contratantes²⁴⁷.

En el segundo caso resuelto, el accionante celebró un contrato de prestación de servicios con un laboratorio médico para que se analice su sangre y determinar la presencia del virus de inmunodeficiencia adquirida (VIH). El laboratorio informó erradamente al accionante que su sangre se encontraba contaminada con dicho virus, cuando en realidad esto no era cierto. Al igual que en el primer caso, la Corte Suprema chilena sostuvo que el art. 1556 del Código Civil chileno no excluye la posibilidad de que se reparen los daños extrapatrimoniales por el hecho de que su texto expresa que la indemnización de daños y perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante. De esta manera, concluyó que las sentencias que aceptan la reparación de daños extrapatrimoniales en sede contractual demuestran “la tendencia natural y necesaria de las ciencias en general de ir adaptándose a las necesidades y nuevos requerimientos de la sociedad y que ha hecho que las ciencias del Derecho evolucionen constantemente para ir dando satisfacción a las necesidades de justicia de los nuevos tiempos”²⁴⁸. Vale decir que si bien el art. 1572 de nuestro Código Civil contiene un tercer inciso que el Código Civil chileno carece, cuya función será analizada posteriormente²⁴⁹, son de utilidad para refutar aquellas teorías que sostienen que el principio de reparación integral no tiene cabida en la responsabilidad contractual.

²⁴⁷ Corte Suprema de Chile. *María Rafart Moutthon c. Banco de Chile*. Causa No. 18647. Sentencia de 20 de octubre de 1994.

²⁴⁸ Corte Suprema de Chile. *Hugo Ruiz Ruiz c. Laboratorio Biológico S.A. y otros*. Causa No. 1368-2000. Sentencia de 5 de noviembre de 2001. Gaceta Jurídica 257, año 2001.

²⁴⁹ *Infra* 3.2.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que uno de los principios fundamentales que rige los contratos es la buena fe²⁵⁰, en virtud del cual los contratantes depositan su confianza en su contraparte para buscar una satisfacción mutua. La ejecución de los contratos de buena fe, “que encauza sus efectos hacia la obtención de lo legítimamente esperado, sin detrimento de los bienes patrimoniales o extrapatrimoniales del contratante, confirma igual conclusión de ser reparables ambas formas [es decir, tanto los daños patrimoniales como los no patrimoniales]”²⁵¹. Por ello, “sería más inicuo en materia contractual que en materia delictual negarle una satisfacción a aquel cuyo patrimonio moral ha sido lesionado: porque ha tenido el cuidado de celebrar una convención para asegurarse una ventaja de orden extrapecuniario”²⁵². En este mismo sentido se pronunció la Corte Suprema de Chile en la sentencia de 5 de noviembre de 2001 antes comentada, manifestando que

aceptar un distinto tratamiento en sede contractual y extracontractual en la materia que nos ocupa, conduce a situaciones absurdas, como sucede en los casos de responsabilidad profesional médica, en que no resulta equitativo que si no existe vínculo contractual entre el médico y su paciente proceda la indemnización del daño moral, pero no si esa relación existe, cuando se ha contratado por éste los servicios de aquél²⁵³.

Por último, debe decirse que la equidad conduce a la acentuación de la conclusión de que tanto los daños patrimoniales como los extrapatrimoniales deben ser reparados, porque “de otro modo habría un perjuicio injusto ajeno a compensación”²⁵⁴. De esta manera se estaría vulnerando el principio de reparación integral del daño, piedra angular en materia de

²⁵⁰ Art. 1562, *supra* nota No. 229.

²⁵¹ Fueyo Laneri, Fernando. *Op. cit.*, 2004, p. 385.

²⁵² Mazeaud, Henri, Léon Mazeaud y André Tunc. *Op. cit.*, p. 467.

²⁵³ Corte Suprema de Chile. *Hugo Ruíz Ruíz c. Laboratorio Biológico S.A. y otros*. Causa No. 1368-2000. Sentencia de 5 de noviembre de 2001. Gaceta Jurídica 257, año 2001.

²⁵⁴ Fueyo Laneri, Fernando. *Op. cit.*, p. 385.

responsabilidad civil, puesto que no se permitiría al acreedor afectado volver al estado anterior de producido el incumplimiento contractual.

En suma, no puede afirmarse que el daño resarcible en la responsabilidad contractual no comprende los daños extrapatrimoniales fundándose en el texto del Código Civil, pues, en un inicio, este no hacía referencia a este tipo de daños ni positiva ni negativamente. En consecuencia, las reglas de la responsabilidad contractual deben atender a los principios rectores de la responsabilidad civil, en especial al de reparación integral, para así “propender a dejar intacta la esfera patrimonial y personal del acreedor”²⁵⁵. Además, considero que con la entrada en vigencia de la Ley No. 171 sobre Reparación de Daños Morales, y con la introducción del tercer inciso del Art. 1572 en el Código Civil, la conclusión a la que hemos llegado en esta sección queda confirmada, pues su propósito fue enfatizar en la independencia existente entre los perjuicios materiales y los no patrimoniales, y en que estos últimos pueden tener diversas causas (entre ellas el incumplimiento contractual).

3.2. Interpretación del tercer inciso del art. 1572 del Código Civil

Hasta el momento, se ha realizado un análisis del resarcimiento de los perjuicios extrapatrimoniales en sede contractual sin hacer referencia a una legislación en específico. Sin embargo, la presente tesina no estaría completa si no se analizaran las normas específicas del Código Civil sobre reparación de los daños extrapatrimoniales. A diferencia de los códigos civiles inspirados en el Código de Bello (Colombia y Chile), el nuestro incluye disposiciones

²⁵⁵ Pizarro Wilson, Carlos. *Op. cit.*, p. 306.

expresas sobre la materia a partir de la entrada en vigencia de la Ley No. 171 Reformativa al Código Civil sobre Reparación de Daños Morales²⁵⁶. Como se mencionó previamente, con base en esta normativa se ha dicho que la reparación de los daños extrapatrimoniales se limita a la responsabilidad extracontractual²⁵⁷. No obstante, procederé a demostrar que bajo esta normativa, los daños extrapatrimoniales son plenamente resarcibles en la responsabilidad contractual.

La norma en la que los autores citados se basan para afirmar que la indemnización de perjuicios no patrimoniales se limita al ámbito delictual y cuasidelictual es el art. 1572 del Código Civil, que prescribe:

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.

Exceptúanse los casos en que la ley la limita al daño emergente.

Exceptúanse también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código [las cursivas son mías].

Respecto de esta interpretación de la norma cabe formular una serie de reparos, con fundamento en los métodos de interpretación de la ley recogidos en el art. 18 del Código Civil. Los métodos de interpretación son “*procedimientos* para esclarecer los mensajes normativos del legislador; *técnicas* socialmente prestigiosas para orientar principalmente a los órganos jurisdiccionales en su tarea de especificación y concretización de las normas abstractas y

²⁵⁶ Publicada en el Registro Oficial No. 779 de 4 de julio de 1984.

²⁵⁷ *Supra* capítulo 3.

generales de las leyes” [cursivas en el original]²⁵⁸. Es necesario decir que estos métodos “no indican cuatro clases de interpretación, entre las cuales cada uno pueda escoger según su gusto; son cuatro operaciones diversas que deben actuar juntas si la interpretación pretende acertar”²⁵⁹. Es por ello que el uso de estos métodos nos llevará a una misma conclusión: la plena resarcibilidad de los daños extrapatrimoniales en la responsabilidad contractual.

En primer lugar, se debe usar el método gramatical. De conformidad con el art. 18 numeral 1 del Código Civil, “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”²⁶⁰ y según el numeral 2 del mismo artículo, “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general y obvio, según el uso general de las mismas palabras [...]”²⁶¹. A través de este método, se busca “establecer el o los posibles sentidos y alcances de la ley atendiendo para ello al tenor de las palabras de la ley, es decir, al significado de los términos y frases de que se valió el legislador para expresar y comunicar su pensamiento normativo”²⁶².

En relación al inciso en estudio, es fundamental determinar qué quiso decir el legislador con la palabra “*Exceptúanse*”. De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, la palabra *exceptuar* significa “Excluir a alguien o algo de la generalidad de lo que se trata o de la regla común”²⁶³. Entonces, el inciso tercero del art. 1572 lo que hace es apartarse de una regla general o común. Esta regla general la podemos encontrar en el inciso primero del

²⁵⁸ Squella Narducci, Agustín. *Introducción al Derecho*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2007, p. 408.

²⁵⁹ Alessandri, Arturo, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic. *Derecho civil. Parte preliminar y parte general*. Tomo I. Quinta edición. Santiago: Ed. Ediar, 1990, pp. 160-161.

²⁶⁰ Art. 18 num. 1, Código Civil.

²⁶¹ Art. 18 num. 2, Código Civil.

²⁶² Squella Narducci, Agustín. *Op. cit.*, p. 409.

²⁶³ Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. 22ª edición. <http://lema.rae.es/drae/?val=exceptuar> (acceso: 24/09/14).

mencionado artículo, que establece que “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante”. En otras palabras, lo que ha querido decir el legislador ecuatoriano con la introducción del inciso *in comento*, en mi opinión, es apartarse de la regla aplicable a los daños patrimoniales y, por ende, excluir los conceptos de daño emergente y lucro cesante de la reparación de los perjuicios no patrimoniales, al tratarse de conceptos estrechamente vinculados con el patrimonio, no aplicables a los perjuicios extrapatrimoniales, como se vio anteriormente²⁶⁴. Consecuentemente, el uso de la palabra *exceptúanse* busca enfatizar la independencia que existe entre los perjuicios patrimoniales y los no patrimoniales, mas no busca que estos últimos no sean reparados en sede contractual, pues esto iría en contra del principio de reparación integral del daño, principio que, como se ha visto, rige todo el sistema de responsabilidad civil. Una interpretación en este sentido llevaría a que bienes jurídicos dignos de tutela queden sin tutela. Al respecto, el profesor Alfredo Colmo considera que

No puede haber un código con soluciones que pugnen contra el más elemental sentido jurídico. Por encima de textos literales, fuera de preceptos taxativos, está el espíritu de la legislación, está la conciencia jurídica, que valen, cuando son generales y fuertes, como aquí pasa, por todos los artículos imaginables²⁶⁵.

La conclusión a la que se ha arribado en el párrafo precedente se ve confirmada por el método histórico de interpretación de la ley, según el cual “se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento²⁶⁶”. El método histórico es “aquel que permite establecer el o los sentidos y alcances posibles de una ley atendiendo para ello a la

²⁶⁴ *Supra* 2.4.

²⁶⁵ Colmo, Alfredo. *De las obligaciones en general* en Colombo, Leonardo. *Op. cit.*, p. 1413.

²⁶⁶ Art. 18 num 1, Código Civil.

historia del texto legal que se trata de interpretar”²⁶⁷. El conocimiento de la historia fidedigna de una ley “resulta del estudio de los proyectos, actas de las comisiones legislativas, debates en las Cámaras, preámbulos y exposición de motivos con que se acompañan los proyectos, tiene por lo general, apreciable valor porque trasunta el pensamiento legislativo”²⁶⁸. Por ello, son de trascendental importancia los informes previos y las actas de los debates en que se discutieron la Ley. No. 171.

De la lectura de los las actas de los debates realizados respecto del proyecto de ley que posteriormente fue la Ley No. 171, no se desprende cuál era la intención del legislador al incluir el último inciso del art. 1572. Así, de las actas del primer debate²⁶⁹ se evidencia que prácticamente no hubo discusión (al menos relevante) sobre dicho inciso. Lo mismo sucede al revisar las actas del segundo debate²⁷⁰, de las que se puede ver que el inciso comentado fue aprobado con el mismo texto que el propuesto en el primer debate.

Sin embargo, considero que usando estos documentos legislativos sí se puede inferir que el propósito de la ley era ampliar la protección de los bienes extrapatrimoniales y permitir que las lesiones a estos bienes sean reparadas, independientemente de dónde provengan. En el informe presentado en el primer debate por la Comisión de lo Civil y Penal, se señala en la exposición de motivos que “numerosas situaciones de la vida provocan daños morales que, conforme a nuestra legislación, quedan sin posibilidad efectiva de reparación”²⁷¹. En el mismo sentido, el segundo considerando de la Ley No. 171 prescribe que “innumerables actos ilícitos

²⁶⁷ Squella Narducci, Agustín. *Op. cit.*, p. 409.

²⁶⁸ Alessandri, Arturo, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic. *Op. cit.*, p. 161.

²⁶⁹ Cámara Nacional de Representantes. Primer debate del Proyecto de Ley Reformatoria del Código Civil sobre la Reparación de Daños Morales. Acta No. 31, 30 de mayo de 1984.

²⁷⁰ Cámara Nacional de Representantes. Segundo debate del Proyecto de Ley Reformatoria del Código Civil sobre la Reparación de Daños Morales. Acta No. 33, 13 de junio de 1984.

²⁷¹ Comisión de lo Civil y Penal. Informe para Primer Debate. 27 de febrero de 1984.

lesionan bienes morales jurídicamente protegidos, sin embargo de lo cual, en virtud de las actuales normas, quedan sin reparación alguna”²⁷². Es decir, si bien en el informe, las actas de los debates y en los considerandos de la Ley No. 171, se hace referencia expresa a los delitos y cuasidelitos, se reconoce también en estos documentos que las lesiones a los bienes jurídicos no patrimoniales pueden producirse en un sinnúmero de situaciones, siendo el incumplimiento contractual justamente una de ellas.

Más aún, el incumplimiento contractual, cuando es imputable al deudor, es considerado como un acto ilícito, por lo que se ajusta perfectamente a los considerandos de la ley²⁷³. Un acto ilícito es “todo acto contrario al derecho objetivo”²⁷⁴. De conformidad con el art. 1561 del Código Civil, “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes [...]”, por lo que es la Ley la que atribuye a los contratos el carácter de derecho objetivo, entendiéndose derecho objetivo como “conjunto de normas, como un determinado orden de la conducta humana”²⁷⁵. La razón para que el contrato sea considerado como derecho objetivo para las partes contratantes y para que su incumplimiento sea visto como un acto ilícito es simple:

La sociedad [...] se resiente no sólo cuando se ha violado un precepto imperativo puesto por ella en aras del bien general y la convivencia humana, sino también cuando se menosprecian dolosa o culposamente las relaciones de Derecho creadas bajo su manto protector. Igual da que se ataque directamente lo que yo dispongo que se viole lo que otros, puestos en mi dependencia, han acordado y establecido con mi autorización y consentimiento²⁷⁶.

²⁷² Ley No. 171 Reformatoria al Código Civil sobre Reparación de Daños Morales. Registro Oficial No. 779 de 4 de julio de 1984.

²⁷³ Véase Abeliuk Manasevich, René. *Op. cit. Supra* nota 69 *Op. cit.*, pp. 209-210; Abeliuk Manasevich, René. *Op. cit. Supra* nota 77, p. 796.

²⁷⁴ Bustamante Alsina, Jorge. *Op. cit.*, p. 217. En el mismo sentido véase Orgaz, Alfredo. *El daño resarcible* en Tomasello Hart, Leslie. *Op. cit.*, p. 219.

²⁷⁵ Squella Narducci, Agustín. *Op. cit.*, p. 117. Véase también Alessandri, Arturo, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic. *Op. cit.*, p. 5.

²⁷⁶ Tomasello Hart, Leslie. *Op. cit.*, 1969, p. 233.

Es así que un acto ilícito “no deja de ser tal, no modifica su naturaleza, por la mera circunstancia de producirse *dentro* de una obligación preexistente que resulta incumplida, o *fuera* de ella”²⁷⁷ [cursivas en el original]. Al ser el incumplimiento contractual un acto ilícito, la principal consecuencia es que quien lo ocasiona responda por todos los perjuicios causados, ya sean materiales o no patrimoniales, tal como sucede en la responsabilidad extracontractual²⁷⁸. Por consiguiente, la calificación de acto ilícito del incumplimiento contractual, no solo que permite concluir que las consecuencias deben ser las mismas que en la responsabilidad extracontractual, sino que también permite aclarar que la intención del legislador fue la de ampliar la reparación de daños extrapatrimoniales a todos los supuestos en que un acto ilícito provoque un daño extrapatrimonial, ya sea que este provenga del incumplimiento a una relación previa o del incumplimiento al deber general de cuidado que tienen todas las personas.

Incluso, el método histórico, en sentido amplio, “alcanzaría también a la identificación y ponderación de las circunstancias políticas, económicas, sociales, o de cualquier otro orden, que existían al momento de aprobarse la ley y que puedan haber ejercido influencia en el contenido y objetivos de ésta”²⁷⁹. Esto nos lleva a ver, por ejemplo, el desarrollo que tuvieron en aquella época los daños extrapatrimoniales en otros países de la región, así como las reformas legales tendientes a ampliar la reparación de estos perjuicios al ámbito contractual.

²⁷⁷ Zavala de González, Matilde. *Op. cit.*, p. 152.

²⁷⁸ Sobre este tema, Leslie Tomasello Hart manifiesta que “el motivo por el cual hemos hablado sobre la Teoría de lo Ilícito es el demostrar, una vez más, pues ya lo hemos hecho al desarrollar las teorías de la unidad o dualidad de responsabilidades, el fundamento idéntico que existe en todas las clases de actos ilícitos civiles, para, así, llegar a la conclusión de que la reparación debe ser en todos los casos de una misma extensión” *Op. cit.*, p. 226. Posteriormente, refiriéndose a la responsabilidad contractual y a la extracontractual, sostiene que “Si en ambos casos nos encontramos en presencia de un acto ilícito, más precisamente acto ilícito civil y ambos acarrear la misma sanción, que es la de obligar a su actor al resarcimiento de daños causados, ¿por qué vamos a negar en un caso la indemnización del daño moral si en el otro admitida?”, p. 230.

²⁷⁹ Squella Narducci, Agustín. *Op. cit.*, p. 409.

Entre estas reformas, es necesario referirse a dos. En primer lugar, en el caso de Argentina, en 1968 se dictó la Ley 1.711, conocida también como la Reforma Borda²⁸⁰. Dicha reforma incluyó el actual art. 522, dentro del Libro Segundo relativo a los derechos personales en las relaciones civiles, que prescribe que “[e]n 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”²⁸¹. En este mismo sentido, en el caso del Código Civil peruano de 1984²⁸² (es decir, promulgado el mismo año que la Ley No. 171) en su Título IX relativo a la inejecución de las obligaciones, incluye el art. 1322 que establece que “[e]l daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”²⁸³.

Así también, la historia legislativa del Ecuador demuestra una tendencia hacia ampliar el terreno de la reparación de los daños extrapatrimoniales. Dentro de la reforma al Código Civil de 1970²⁸⁴, se incluyó el primer supuesto en que podría solicitarse una indemnización por daño moral (pues antes de 1970 no se hacía referencia alguna a estos perjuicios). En efecto, con esta reforma se permitió solicitar una indemnización por daño moral por imputaciones injuriosas realizadas en contra de una persona²⁸⁵. Luego, con la Ley No. 171, se buscó ampliar la reparación de los daños extrapatrimoniales a cualquier otro supuesto que pueda generarlos. Así lo reconoce el profesor Juan Larrea Holguín, quien sostiene que

²⁸⁰ Al respecto véase Gherzi, Carlos. “La regulación jurídica del daño moral por incumplimiento contractual”. *Revista de Derecho de Daños* Daño moral. Directores: Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti. Buenos Aires: Ed. Rubinzal-Culzoni, 1999, pp. 53-70.

²⁸¹ Art. 522, Código Civil argentino.

²⁸² Decreto Legislativo No. 295. Publicado el 25 de julio de 1984.

²⁸³ Art. 1322, Código Civil peruano.

²⁸⁴ Publicada en el Registro Oficial No. 446 de 4 de junio de 1970.

²⁸⁵ Con esta reforma se introdujo el actual art. 2231, que establece que “Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueban daño emergente y lucro cesante, sino también perjuicio moral”.

Lo primero que es digno de destacar [de la Ley No. 171 de 1984], es la **clara intención del legislador de ampliar** el contenido del concepto de daño moral. Claramente se dice que, “en cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes”, es decir, “además” de lo ya previsto, se deberá indemnizar. Las causas de la indemnización, pueden consistir en “las imputaciones injuriosas”, de las que hablaba exclusivamente el artículo 2258 [actual 2231], o bien otros hechos [negritas en el original]²⁸⁶.

Resultaría ilógico que la intención del legislador haya sido limitar la indemnización de los daños extrapatrimoniales a la responsabilidad delictual y cuasidelictual, cuando la tendencia de la región e incluso del Ecuador era dar una mayor protección de los bienes jurídicos no patrimoniales. En consecuencia, haciendo uso del método histórico, remitiéndose a los documentos previos a la Ley No. 171 así como a la historia legislativa ecuatoriana y latinoamericana, se puede determinar que la intención del legislador ecuatoriano era ampliar la indemnización de daños extrapatrimoniales a cualquier acto ilícito pueda provocarlos, sin que la ley prevea supuestos taxativos (como sucedía con la reforma de 1970, por ejemplo).

Justamente, esta intención del legislador ecuatoriano de ampliar la reparación de los daños extrapatrimoniales tiene sustento en otro de los métodos interpretativos de la ley relevantes para entender el inciso en estudio, como lo es el método lógico. Este método “se vale del análisis intelectual de las conexiones que las normas de una misma ley guardan entre sí, esto es, entendidas en el contexto que ellas forman y no de manera aislada”²⁸⁷.

El inciso tercero del art. 1572 no puede interpretarse de manera aislada. Por el contrario, necesariamente debe analizárselo de manera conjunta con las demás disposiciones relativas a la indemnización de los daños extrapatrimoniales situadas en el Título XXXIII del Libro IV Código Civil. Si bien este título trata los delitos y cuasidelitos, considero que contiene una

²⁸⁶ Larrea Holguín, Juan. *Op. cit. Supra* nota 212, p. 236.

²⁸⁷ Squella Narducci, Agustín. *Op. cit.*, p. 410.

norma de carácter general en cuanto a la reparación de los daños extrapatrimoniales en el art.

2232. Dicha norma prescribe

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 falta²⁸⁸.

Considero que se trata de una norma de carácter general por el uso de la frase “En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes”, sin que exista motivo alguno para excluir el supuesto del incumplimiento contractual. De esta manera se armonizan el tercer inciso del art. 1572 y el art. 2232: el primero tiene la finalidad de resaltar la independencia de los perjuicios extrapatrimoniales de los patrimoniales, sin que los conceptos de daño emergente y lucro cesante les sean aplicables; mientras que la segunda norma deja la puerta abierta para demandar una indemnización de daños no patrimoniales justificando únicamente la gravedad del perjuicio y de la falta, pudiendo evidenciarse perfectamente estos elementos en el incumplimiento contractual.

En definitiva, la Ley No. 171 Reformatoria al Código Civil sobre Reparación de Daños Morales de ninguna manera limitó la reparación de los daños extrapatrimoniales a los delitos y cuasidelitos. Por el contrario, los métodos gramatical, histórico y lógico conducen a la conclusión que la intención del legislador fue la de ampliar la protección de los bienes jurídicos no patrimoniales y de recalcar que los daños de esta naturaleza no se rigen por las reglas de los perjuicios materiales, sino bajo sus normas propias teniendo en cuenta su particular naturaleza. Por estos motivos, considero que la Ley No. 171, dado que permite la

²⁸⁸ Art. 2232, Código Civil.

reparación de daños no patrimoniales tanto en la esfera contractual como en la extracontractual, es acorde al principio de reparación integral del daño.

3.3. Jurisprudencia nacional favorable a la tesina

La jurisprudencia ecuatoriana ha tratado los daños extrapatrimoniales, principalmente, respecto de la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, cabe realizar dos precisiones. En primer lugar, de la investigación que se ha realizado para la presente tesina, no se han encontrado sentencias en que se ha rechazado de plano este tipo de indemnización fundamentándose en el inciso tercero del art. 1572. Simplemente, y como se ha mencionado, se ha encontrado abundante jurisprudencia sobre perjuicios extrapatrimoniales en relación a los delitos y cuasidelitos.

En segundo lugar, recientemente, tanto tribunales arbitrales internacionales (juzgando con base en la legislación ecuatoriana) como la actual jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia, aunque igualmente escasa, han adoptado una posición favorable a la reparación de los perjuicios patrimoniales en el ámbito contractual. Así, en el caso CIAC No. 50 181 T 00413 06, el Tribunal Arbitral, juzgando si a la luz del derecho ecuatoriano cabe la reparación de perjuicios no patrimoniales que son consecuencia de un incumplimiento contractual, consideró que

391. Por lo demás, en países con códigos iguales o semejantes al Ecuatoriano se ha aceptado que un incumplimiento contractual puede causar un daño moral que debe ser reparado a través de las acciones contractuales. Si bien en el antiguo derecho

francés Domat y Pothier sostuvieron que el daño moral no era reparable en materia contractual, en los países con sistemas semejantes al Ecuatoriano, como el Francés, el Chileno o el Colombiano, se admite hoy en día que la indemnización por incumplimiento de un contrato puede incluir el daño moral.

[...]

393. Ahora bien, a juicio del Tribunal la reparación de dicho daño en el derecho Ecuatoriano queda cobijada por las normas que regulan la responsabilidad civil contractual. En efecto, los argumentos que la doctrina invoca a este efecto en otros países con sistemas semejantes al Ecuatoriano, claramente son igualmente aplicables al Código Civil Ecuatoriano. De una parte, al regular la indemnización de perjuicios en materia contractual, el Código Civil previó que se debían indemnizar los daños causados, sin excluir el daño moral, y al definir el daño emergente señaló (artículo 1614) que por él se entiende “el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento;” El concepto de perjuicio o pérdida claramente puede incluir el daño moral. En efecto, de acuerdo con el Diccionario de la Lengua perjuicio es el efecto de perjudicar y ésta es “Ocasionar daño o menoscabo material o moral.” Igualmente la pérdida es “Daño o menoscabo que se recibe en algo.” Además, no existe razón alguna para no indemnizar el daño moral en materia contractual y si [*sic*] hacerlo en materia extracontractual. Si precisamente se ha celebrado un contrato y se han asumido contraprestaciones, es claro que ese contratante tiene derecho a que le reparen todos los perjuicios que le causaron por el incumplimiento. No hay razón para dar un tratamiento más favorable a la víctima cuando no hay contrato que cuando sí lo hay. Lo anterior se confirma si se observa que un mismo hecho (por ejemplo, un accidente de tránsito) puede dar lugar a responsabilidad frente a dos personas, en relación con una bajo las reglas de la responsabilidad contractual (el transportador en el vehículo) y en relación con la otra con las reglas de la responsabilidad extracontractual (el peatón o el pasajero de otro vehículo). No es posible hacer una diferencia en ese aspecto para sostener que cuando está en juego un contrato no se repara el daño moral. Es por esa razón que la jurisprudencia francesa y de otros países con sistemas semejantes al Ecuatoriano reconocen la posibilidad de obtener una indemnización del daño moral en caso de un incumplimiento en materia contractual.

[...]

395. Además, si se considera que para obtener la reparación de un daño moral en caso de un incumplimiento contractual debe iniciarse una acción extracontractual, se obligaría a la víctima a intentar dos acciones: una contractual, para los perjuicios

patrimoniales, y una extracontractual para los morales, lo cual no sólo desconoce principios procesales de economía, sino que podría generar incoherencias dado el régimen diferente para unas y otras en el Código Civil Ecuatoriano²⁸⁹.

De la misma manera, en el caso Hotel Boulevard S.A. y Predial Nueve de Octubre S.A. c. Londohotel S.A. y Sociedad Comercial Hoteles Limitada, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia analizó los perjuicios causados por la terminación unilateral anticipada de un contrato de administración de servicios hoteleros. Esta terminación anticipada ocasionó el abandono de la operación hotelera, la desatención a los huéspedes y a los trabajadores del hotel, y una serie de reclamos de proveedores del servicio hotelero. Sostiene la Sala que

El impacto negativo del incumplimiento del contrato y el consecuente abandono del hotel y de sus huéspedes provocó en los clientes del Hotel Casino Boulevard y en la opinión ciudadana en general un grave deterioro de su prestigio. Es inevitable que una situación de esta naturaleza afecte al buen nombre y al crédito del Hotel Casino Boulevard, tanto más si es un local de hospedaje de reconocido prestigio en el medio, cultivado desde el año 1978 en que el Hotel fue instituido²⁹⁰.

Posteriormente, sobre si este deterioro del prestigio y la buena imagen del hotel deben ser reparados, la Sala manifiesta que

De tal manera que es acertada la tutela de los derechos extrapatrimoniales inherentes al crédito y buena fama comerciales, porque conducen a su vez a la creación de la confianza en acreedores, relaciones comerciales, proveedores, bancos y público en general, así que no es razón suficiente que estos entes no sean capaces de sufrir dolor, sufrimiento, para suponer que el Derecho no puede proteger los intereses subjetivos o morales de las personas jurídicas. Al contrario, tan necesario es el crédito y el prestigio para el desarrollo de las actividades comerciales como para las personas naturales es el honor y su buen nombre. Por ello, cuando de algún modo injusto se atenta contra el buen crédito y el honor de una persona natural o jurídica, es deber de la Justicia reconocer y declarar el derecho de los perjudicados.- De acuerdo con

²⁸⁹ Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. *Partes confidenciales*. Caso No. 50 181 T 00413 06. Laudo final de 5 de mayo de 2010.

²⁹⁰ Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. *Hotel Boulevard S.A. y Predial Nueve de Octubre S.A. c. Londohotel S.A. y Sociedad Comercial Hoteles Limitada*. Causa No. 508-2010. Sentencia de 8 de septiembre de 2010. Registro Oficial Suplemento No. 422 de 2 de abril de 2013.

nuestro ordenamiento legal la reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del Juez la determinación del valor de la indemnización reclamada, atentas las circunstancias previstas en el inciso primero del artículo 2232 del Código Civil. En la especie, es claro que la empresa Londohotel S.A. y su garante solidaria la Sociedad Comercial Hoteles Limitada incumplieron el contrato de administración y operación del Hotel Casino Boulevard, suscrito el 11 de mayo de 1989, por rompimiento unilateral de convenio, y que en la administración del hotel también ha existido dolo; que tal incumplimiento ha causado daños y perjuicios materiales, y perjuicios morales a las empresas demandantes.- Identificado como ha sido el hecho antijurídico, el padecimiento se tiene por supuesto y es suficiente la valoración objetiva, como se ha estudiado extensa y detenidamente en el presente caso, razón por la cual, procede la reparación porque los actores han sufrido daño moral que debe ser indemnizado por quien lo causó²⁹¹.

La sentencia citada resulta relevante por algunos motivos. En primer lugar, resalta la importancia de la tutela de los bienes jurídicos extrapatrimoniales, tales como el prestigio y el buen nombre. Justamente, esta tutela implica “reconocer y declarar el derecho de los perjudicados” y, en consecuencia, ordenar su reparación. De esta manera, aunque tácitamente, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia reconoce que los delitos y los cuasidelitos no son las únicas causas de daños extrapatrimoniales, sino que estos pueden surgir de un incumplimiento contractual, y que en todos estos casos el Derecho debe brindar esa tutela.

Debo reconocer que la citada sentencia no incurre en el análisis sobre cuál es la finalidad del tercer inciso del art. 1572 del Código Civil. Sin embargo, sí establece como único requisito para ordenar la reparación de los daños no patrimoniales que sean el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, de conformidad con el art. 2232 del Código Civil. Si la Corte hubiera interpretado el art. 1572 como una limitante a la indemnización del daño

²⁹¹ Corte Nacional de Justicia. *Hotel Boulevard S.A. y Predial Nueve de Octubre S.A. c. Londohotel S.A. y Sociedad Comercial Hoteles Limitada*. Causa No. 508-2010. Sentencia de 8 de septiembre de 2010. Registro Oficial Suplemento No. 422 de 2 de abril de 2013.

moral al ámbito delictual y cuasidelictual, necesariamente habría rechazado la pretensión de los actores. Dado que este no fue el razonamiento de la Sala, puede inferirse que no encontró una norma de este carácter en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, sino que realizó una interpretación de la norma como la que se ha propuesto en la presente tesina, acorde al principio de reparación integral del daño.

En definitiva, no solo que nuestro ordenamiento jurídico lo permite, sino que nuestro máximo órgano judicial se ha sumado a esta tendencia que acepta la reparación de los perjuicios extrapatrimoniales en la responsabilidad contractual. Esta tendencia solamente se verá confirmada si la Corte Nacional de Justicia actúa coherente y consistentemente en sus futuras sentencias, que deberán seguir las pautas fijadas en la sentencia que se ha comentado en esta sección. No obstante, aportaría considerablemente si la Corte, además de conceder una indemnización por daños extrapatrimoniales como consecuencia de un incumplimiento contractual, analiza los fundamentos legales y doctrinarios para concederla.

3.4. Supuestos de daño extrapatrimonial contractual reconocidos por la doctrina

Finalmente, luego de que se han analizado los fundamentos para la reparación de los perjuicios no patrimoniales en la responsabilidad contractual, y tras determinar que la normativa ecuatoriana permite esta reparación y que así lo ha entendido la jurisprudencia, se

presentarán algunos de los supuestos más comunes de incumplimientos contractuales que general daños no patrimoniales.

No obstante, debe tenerse en cuenta que no pretendo realizar una lista taxativa en el que se incluyan todos los casos de incumplimientos que generan este tipo de daños. Por el contrario, lo que busco en esta sección es mostrar que los daños extrapatrimoniales se pueden presentar en un sinnúmero de contratos. Para determinar la presencia de estos perjuicios y si deben ser resarcidos, se deberá analizar las características de cada contrato (por ejemplo, el contenido obligacional, de lo que ya se ha hablado) y las circunstancias particulares de cada caso (por ejemplo, los intereses que tenían las partes en el contrato, tema que también ha sido tratado). Además, para conceder la reparación se deberá tener en cuenta, por un lado, que el daño sea el resultado próximo del incumplimiento contractual (como lo exige el art. 2232 del Código Civil); y, por otro lado, deberá considerarse la limitación del art. 1574 a los perjuicios previsibles en caso de incumplimiento culposo, o su extensión a los perjuicios imprevisibles si el incumplimiento es doloso o gravemente culposo.

Ahora bien, el primer supuesto de incumplimientos contractuales que generan daños extrapatrimoniales son aquellos contratos que llevan implícita una obligación de seguridad²⁹². La obligación de seguridad es aquella “en virtud de la cual el deudor debe, además de la prestación prevista en el contrato, velar que no recaiga ningún daño a la persona o eventualmente a los bienes de su contratante”²⁹³. En otras palabras, el deudor se compromete “a devolver al otro contratante ya sea en su persona o sus bienes sanos y salvos a la expiración

²⁹² Véase *supra* nota No. 229 sobre obligaciones implícitas e integración del contrato.

²⁹³ Mayo, Jorge. “Sobre las denominadas “obligaciones de seguridad””. *Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales*. Parte General. Tomo I. Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2007, p. 1201.

del contrato”²⁹⁴ Esta obligación surge “como expresión de protección jurídica de las personas en sus derechos económicos y extraeconómicos en lo que concierne a la preservación de su integridad, contra una posible acción u omisión dañosa”²⁹⁵ Así, se encuentra presente, por ejemplo, en “el deber del transportista y del establecimiento clínico de preservar la integridad del acreedor en los contratos de transporte de personas y contrato médico”²⁹⁶. Es por este motivo que estos contratos serán brevemente analizados. Sin embargo, esta obligación estaría implícita en otros contratos como en el de hospedaje, de espectáculos públicos, de educación, entre otros²⁹⁷.

En el contrato de transporte de personas, el transportista no se obliga únicamente a llevar al acreedor de un punto a otro. Por el contrario,

El viajero, se razona, no entiende al emprender el viaje que él va a estar expuesto a accidentes, sino que va a llegar sano y salvo a donde se proponía; al contratarse el transporte, ambas partes han entendido que el pasajero no se embarca para sufrir un accidente sino que para llegar al término en las mismas condiciones en que partió; la de seguridad es una obligación que las partes han subentendido al contratar y, de acuerdo al principio de la ejecución de buena fe, si la persona del viajero sufre algún daño durante la ejecución del transporte, es porque ella no se ha cumplido y es el porteador, en este caso contratante negligente, quien debe indemnizar los daños sufridos por su cocontratante²⁹⁸.

De esta manera, existiría un incumplimiento a la obligación de seguridad del transportista si durante el viaje sobrevienen lesiones, lo que conllevaría la correspondiente obligación de

²⁹⁴ Vázquez Ferreyra, Roberto. “La obligación de seguridad”. *Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales*. Parte General. Tomo I. Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2007, p. 1265.

²⁹⁵ Gherzi, Carlos. “La obligación de seguridad”. *Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales*. Parte General. Tomo I. Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2007, p. 1277.

²⁹⁶ Barros Bourie, Enrique. *Op. cit.*, p. 337.

²⁹⁷ Al respecto, véase Mayo, Jorge. *Op. cit. Supra* nota 293, pp. 1199-1226; Tomasello Hart, Leslie. *Op. cit.*, pp. 249-251.

²⁹⁸ Tomasello Hart, Leslie. *Op. cit.*, p. 247.

indemnizar²⁹⁹. Dado que este incumplimiento repercute en la persona física del acreedor, los daños no solo serían materiales sino también extrapatrimoniales³⁰⁰. Así, podría generarse *pretium doloris* por la angustia que acarrea el accidente, así como por el dolor que generan las lesiones en el cuerpo del deudor. Además, la jurisprudencia internacional ha sostenido que estos daños sufridos por el pasajero, tanto los puramente morales como los patrimoniales, son previsibles, por lo que solamente requerirían de la culpa del transportista para ser resarcidos³⁰¹.

Con respecto al contrato de prestación de servicios médicos, por lo general, los establecimientos médicos se obligan a brindar “un servicio médico integral, que comprende la prestación de los servicios médicos, la asistencia sanitaria, la hospitalización y los procedimientos anexos”³⁰². En este contrato puede verse de forma más evidente cómo la integridad personal de acreedor es un factor fundamental del contrato, y la obligación de seguridad del establecimiento médico busca mantener esta integridad. La Corte Suprema de Chile analizó este tema con respecto a un caso en el que el paciente de un hospital sufrió una infección de la herida en el tratamiento post operatorio y, aun así, el hospital le dio de alta. Debido a la infección de la herida, el paciente tuvo que volver a hospitalizarse en otro centro asistencial, logrando el alta médica meses después. La Corte chilena sostuvo que

²⁹⁹ Tomasello Hart, Leslie. *Op. cit.*, pp. 240-241.

³⁰⁰ *Ibidem*.

³⁰¹ Al respecto, véase Barros Bourie, Enrique. *Op. cit.*, p. 340.

³⁰² Zavala Ortiz, José Luis. “Casos negligencia médica. Responsabilidad de establecimiento asistencial. Previsibilidad. Perjuicio directo. Daño moral patrimonial puro y simple”.

<http://www.legalpublishing3.cl.ezproxy.puc.cl/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000148d69b2b4509c7c697&docguid=iABDCA9499974AA468370014082A81A24&hitguid=iABDCA9499974AA468370014082A81A24&spos=3&epos=3&td=11&ao=o.i0ADFAB87B0C8D25381B0D0F03ED6FB4C&searchFrom=&savedSearch=false&context=9&crumb-action=append> (acceso:03/10/2014).

x) La larga permanencia del demandante en el hospital de la demandada, se debió a que el tratamiento que se le brindó no logró que la herida operatoria cerrara del todo y lograra controlar la infección que allí contrajo por *Staphylococcus Áureo* Multirresistente, lo que posteriormente sí se logró mediante una operación y tratamiento adecuado en el Hospital del Profesor, donde se le extrajo partes de la malla que había permanecido en la herida.

y) El daño moral se produce por los sufrimientos, dolores y angustia sufrida por el demandante, considerando la larga permanencia de su hospitalización, sin que se advirtiera mejoría, pese a que cumplía cabalmente con todas las instrucciones médicas que se le entregaban.³⁰³

Como se puede ver, la Corte concluye que existió negligencia en el manejo de la infección, lo que incidió directamente en la integridad personal del paciente, configurándose un claro *pretium doloris* que fue consecuencia de este incumplimiento contractual por parte del establecimiento médico. Debe decirse que en este tipo de contratos podrían presentarse otros tipos de daños extrapatrimoniales como perjuicio de agrado si, como consecuencia de la negligencia en las prestaciones médicas, se priva al acreedor de satisfacciones de la vida, perjuicio estético si la culpa del médico ocasiona un daño en la imagen del paciente, entre otros.

Por otro lado, en el caso del contrato de transporte, no solo que se ve envuelta la integridad personal del acreedor, sino también otros intereses no patrimoniales. Así, el retraso en el transporte puede privar al acreedor de satisfacciones tales como vacaciones o de eventos altamente importantes. Por ejemplo, atentaría contra el patrimonio moral y sentimientos afectivos del transportado el impedirle llegar a tiempo funerales de seres queridos³⁰⁴. En el

³⁰³ Corte Suprema de Chile. Primera Sala. *Héctor Enrique Montecinos Peralta c. Hospital Clínico de la Pontificia Universidad Católica de Chile*. Causa No. 4103-2005. Sentencia de 24 de septiembre de 2007. En el mismo sentido véase Mazeaud, Henri, Léon Mazeaud y André Tunc. *Op. cit.*, p. 470.

³⁰⁴ Mazeaud, Henri, Léon Mazeaud y André Tunc. *Op. cit.*, p. 469.

caso de retrasos en el transporte aéreo o en la pérdida de conexiones, que ocasionan pérdidas de vacaciones, la razón para admitir la reparación de los perjuicios extrapatrimoniales

se encuentra en el hecho de que, por su específica naturaleza, se trata de contratos cuya prestación principal se dirige a proporcionar bienestar, placer o tranquilidad al acreedor; en definitiva, satisfacciones de carácter inmaterial. El incumplimiento frustra la satisfacción de esos intereses inmateriales y abre la puerta a la indemnización del correspondiente daño moral³⁰⁵.

Otro de los supuestos de incumplimientos contractuales que pueden dar lugar a una reparación de daños extrapatrimoniales es el relativo a contratos en que los bienes sobre los que recaen las obligaciones tienen una importancia extrapatrimonial más que patrimonial. Algunos ejemplos de ello serían la negativa a entregar un retrato de familia, o si luego de comprometerse a organizar un funeral, el deudor retenga los restos del difunto, causando un grave sufrimiento a la familia del difunto³⁰⁶.

Como se mencionó, el propósito de esta sección no es realizar una lista taxativa, sino mostrar los casos que han sido mayormente desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina. Sin embargo, aplicando las reglas que hemos planteado en la presente tesina, se puede afirmar que el incumplimiento de prácticamente cualquier contrato puede dar lugar a una indemnización de perjuicios no patrimoniales. Solamente deberán cumplirse los requisitos de que el daño sea el resultado próximo del incumplimiento, y que este perjuicio haya podido preverse al momento de la celebración del contrato (en caso de incumplimiento culposo). Por ende, dependerá las circunstancias concretas de cada contrato el ver si el daño no patrimonial era previsible desde la celebración del contrato.

³⁰⁵ Solé Feliu, Josep. “El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español”. *Revista para el análisis del Derecho InDret*. http://www.indret.com/pdf/607_es.pdf (acceso: 30/09/2014), p. 21.

³⁰⁶ Mazeaud, Henri, Léon Mazeaud y André Tunc. *Op. cit.*, pp. 468, 470. Sobre los incumplimientos de contratos de servicios funerarios, véase también Solé Feliu, Josep. *Op. cit.*, p. 22.

Se podrían plantear hipótesis, a manera de ejemplo, usando otros contratos. En el caso del mandato, en que el mandatario actúa en representación del mandante, por lo general estará envuelto el buen nombre del mandante en la ejecución del encargo. Consecuentemente, si el mandatario ejecuta este encargo de forma negligente o si no lo ejecuta, la imagen, reputación y buen nombre del mandante se verán afectados, evidenciándose un claro daño extrapatrimonial.

Incluso, podrían darse daños no patrimoniales en contratos como la compraventa o en el arrendamiento. Si estos contratos llevan envueltos intereses extrapatrimoniales, como si se celebra un contrato de compraventa inmobiliaria como un regalo de matrimonio, su incumplimiento afectará a estos intereses, ocasionando un perjuicio moral. En todo caso, en este tipo de contratos en que, por lo general, solamente existen intereses pecuniarios, si el incumplimiento es doloso, los daños podrán extenderse a los no patrimoniales.

CONCLUSIONES

1. El sistema de responsabilidad civil ecuatoriano se funda en el principio de reparación integral. Por ende, es de aplicación transversal, tanto a la responsabilidad contractual como a la responsabilidad extracontractual (y, por ello, inspira tanto en el art. 1572 como en el art. 2229 del Código Civil). Esto significa que en caso de incumplimientos contractuales o de delitos y cuasidelitos se buscará regresar a la víctima al estado anterior en el que se encontraba antes de que se produzca el daño.
2. El principio de reparación integral se aplica respecto de todo daño, ya sea patrimonial o extrapatrimonial. En el caso de los perjuicios materiales, se concederá una indemnización que será el equivalente pecuniario al daño causado. En el caso de los daños extrapatrimoniales, este principio deberá ser aplicado de manera razonable, y adaptarse a la particular naturaleza de estos daños, que no inciden en el patrimonio del afectado y que una vez causados difícilmente se podrá volver al estado anterior. Por consiguiente, la indemnización que se conceda tendrá una función satisfactiva, permitiendo al afectado acceder a goces sustitutivos y, de esta manera, compensar dentro de lo posible los sufrimientos causados.
3. La normativa ecuatoriana permite la reparación de perjuicios extrapatrimoniales causados por un incumplimiento contractual. El tercer inciso del art. 1572 del Código Civil tiene el propósito de resaltar la autonomía entre los daños patrimoniales y no patrimoniales. De esta manera, los conceptos de daño emergente y lucro cesante, por su estrecha vinculación con el patrimonio, no pueden extender su aplicación a los perjuicios no patrimoniales. A los

daños no patrimoniales les serán aplicables sus propias categorías, que atienden al bien jurídico extrapatrimonial afectado, como el *pretium doloris*, el perjuicio de agrado, entre otros. Por consiguiente, el tercer inciso del art. 1572 no busca que los perjuicios extrapatrimoniales se limiten únicamente a la responsabilidad delictual y cuasidelictual, sino enfatizar la autonomía descrita.

4. Además, el principal propósito de la Ley No. 171 Reformatoria al Código Civil sobre Reparación de Daños Morales fue el de extender la protección de los bienes jurídicos extrapatrimoniales. Por ello, el art. 2232 del Código Civil permite demandar una indemnización en cualquier supuesto en que un acto ilícito ocasiona un perjuicio no patrimonial, independientemente de si este se trata de un incumplimiento contractual o de un delito o cuasidelito. Esto se ve enfatizado con el análisis de los considerandos de la Ley No. 171 y del informe presentado en el proceso de su promulgación, que enfatizan el sinnúmero de situaciones que pueden dar lugar a estos daños.
5. La jurisprudencia y la doctrina han aceptado que incumplimientos a contratos en que se ve envuelta una obligación de seguridad o que protegen intereses extrapatrimoniales de las partes pueden dar lugar a perjuicios extrapatrimoniales que deben ser resarcidos. Sin embargo, considero que se puede plantear un régimen general de reparación de daños extrapatrimoniales en la responsabilidad contractual. Los únicos requisitos para que estos perjuicios sean resarcidos, además de los requisitos generales de la responsabilidad civil contractual, es que estos daños hayan sido el resultado próximo del acto ilícito, es decir del incumplimiento contractual (requisito exigido por el art. 2232 del Código Civil); y que hayan sido previstos o previsibles al momento de la celebración del contrato (requisito exigido por el art. 1574 del Código Civil), en lo que tendrán sustancial importancia los

intereses de las partes en ese momento. En todo caso, si el incumplimiento es doloso, los perjuicios extrapatrimoniales siempre deberán ser resarcidos.

RECOMENDACIONES

1. Si bien a través de una labor de interpretación legislativa se ha llegado a la conclusión de que los perjuicios extrapatrimoniales son plenamente resarcibles bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano, sería recomendable una reforma al Código Civil en la que se modifique el art. 1572, para despejar toda duda del carácter resarcible de esta clase de perjuicios en la responsabilidad contractual. Para ello, se puede tomar como ejemplo los códigos civiles de Argentina y de Perú, que cuentan con normas en este sentido, o incluso instrumentos de *soft law* como los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales o los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, que también siguen esta tendencia. El nuevo texto del art. 1572 podría prescribir lo siguiente:

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.

La indemnización de perjuicios comprende también el daño extrapatrimonial.

Exceptúanse los casos en que la ley la limita al daño emergente.

2. De realizarse una reforma legislativa, también debería reemplazarse el término *daño moral* por el término *daño extrapatrimonial*, puesto que como se ha dicho en esta tesina, el primero se refiere a una de las especies de los perjuicios no patrimoniales. De esta manera,

se incluirían otras categorías de daños extrapatrimoniales y se brindaría una mayor protección ya que, al igual que el *pretium doloris*, estos deberán ser resarcidos.

3. El ordenamiento jurídico ecuatoriano requiere, además, que se aclare la situación de los daños morales objetivados. Una reforma legal serviría para aclarar que los daños morales objetivados son daños al patrimonio y, por consiguiente, deberán regirse por sus reglas, entre ellas, la necesidad de probar el perjuicio efectivamente causado. Además, deberán ser identificados como daño emergente o lucro cesante, dependiendo de cómo se dé la afectación.

BIBLIOGRAFÍA

Legislación

Cámara Nacional de Representantes. Primer debate del Proyecto de Ley Reformatoria del Código Civil sobre la Reparación de Daños Morales. Acta No. 31, 30 de mayo de 1984.

Cámara Nacional de Representantes. Segundo debate del Proyecto de Ley Reformatoria del Código Civil sobre la Reparación de Daños Morales. Acta No. 33, 13 de junio de 1984.

Codificación del Código Civil. Codificación 2005-010. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

Código Civil de Argentina.

http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf

(acceso:03/10/14).

Código Civil de Chile.

<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776> (acceso:

03/10/14).

Código Civil de Italia. <http://www.ordineavvocatimelfi.it/Documenti/Codice%20Civile.pdf>

(acceso: 03/10/14).

Código Civil de Perú. http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_cod_civil.pdf

(acceso: 03/10/14).

Comisión de lo Civil y Penal. Informe para Primer Debate. 27 de febrero de 1984.

Ley No. 171 Reformatoria al Código Civil sobre Reparación de Daños Morales. Registro Oficial No. 779 de 4 de julio de 1984.

Doctrina

Abeliuk Manasevich, René. *Las obligaciones*. Tomo I. Quinta edición. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2009.

Abeliuk Manasevich, René. *Las obligaciones*. Tomo II. Quinta edición. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2009.

Alessandri, Arturo, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic. *Derecho civil. Parte preliminar y parte general*. Tomo I. Quinta edición. Santiago: Ed. Ediar, 1990.

Alterini, Alberto. *Curso de obligaciones*. Tomo I. Tercera edición. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1986.

- Arango Duque, Luis Fernando. *La responsabilidad civil en la legislación colombiana*. Tesis de grado para optar el título de Doctor en Ciencias Jurídicas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1974.
- Barragán Romero, Gil. *Elementos del daño moral*. Segunda edición. Guayaquil: Ed. Edino, 2000.
- Barros Bourie, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2006.
- Bustamante Alsina, Jorge. *Responsabilidad civil y otros estudios*. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1984.
- Casiello, Juan J., "Sobre la unificación de los regímenes de responsabilidad civil". *Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales. Parte general*. Tomo I. Director: Félix A. Trigo Represas. Buenos Aires: Ed. La Ley, 2007, pp. 881-892.
- Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. De las obligaciones I*. Tomo X. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1992.
- Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. De las obligaciones II*. Tomo XI. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1992.
- Colombo, Leonardo. "Acerca del Resarcimiento de Daño Moral en las Obligaciones Contractuales". *Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales*. Parte General. Tomo I. Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2007, pp. 1405-1417.
- Diez Picazo, Luis. *El escándalo del daño moral*. Pamplona: Ed. Aranzadi S.A., 2008.
- Diez Schwerter, José. *El daño extracontractual*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1997.
- Domínguez Hidalgo, Carmen. *El daño moral*. Tomo I. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2000.
- Durán, Rafael. *Nociones de responsabilidad civil*. Bogotá: Ed. Temis, 1957.
- Fuentes Guíñez, Rodrigo. *La extensión del daño contractual*. Madrid: Wolters Kluwer España, La Ley, 2009.
- Gherzi, Carlos. "La obligación de seguridad". *Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales*. Parte General. Tomo I. Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2007, pp. 1277-1284.
- Gherzi, Carlos. "La regulación jurídica del daño moral por incumplimiento contractual". *Revista de Derecho de Daños* Daño moral. Directores: Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti. Buenos Aires: Ed. Rubinzal-Culzoni, 1999, pp. 53-70.
- Güitrón Fuentevilla, Julián. "¿Cuál es la naturaleza de la responsabilidad civil?". *Responsabilidad civil*. Directora: Aída Kemelmajer de Carlucci. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007, pp. 99-114.

- Fueyo Laneri, Fernando. *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. Tercera edición. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2004.
- Larrea Holguín, Juan. *Derecho civil del Ecuador*. Tomo XI. Las obligaciones. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2004.
- Larrea Holguín, Juan. *Derecho civil del Ecuador*. Tomo XV. Obligaciones extracontractuales. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2004.
- López, Jairo. *Perjuicios morales*. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 1997.
- Le Tourneau, Philippe. *La responsabilidad civil*. Traductor: Javier Tamayo Jaramillo. Bogotá: Ed. Legis, 2004.
- Mayo, Jorge. "El daño moral. Los diversos supuestos característicos que lo integran". *Revista de Derecho de Daños. Daño moral*. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores, 2001, pp. 179-183.
- Mayo, Jorge. "Sobre las denominadas "obligaciones de seguridad"". *Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales*. Parte General. Tomo I. Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2007, pp. 1199-1226.
- Mazeaud, Henri. "Responsabilidad delictual y responsabilidad contractual". *Revista de Derecho y Jurisprudencia* Tomo XXVII (2009), pp. 1-36.
- Mazeaud, Henri, Léon Mazeaud y André Tunc. *Tratado de responsabilidad civil*. Tomo I. Volumen 1. Quinta Edición. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957
- Meza Barros, Ramón. *Manual de Derecho Civil. De las obligaciones*. Novena edición. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2001.
- Monsalve Caballero, Vladimir. *Responsabilidad precontractual. La ruptura injustificada de las negociaciones*. Bogotá, D.C.: Ed. Ibáñez, 2010.
- Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por daños*. Tomo IV. El Daño Moral. Buenos Aires: Ediar, 1986.
- Mosset Iturraspe, Jorge y Miguel Piedescasas. *Responsabilidad contractual*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2007.
- Noboa Elizalde, Gonzalo. "El daño moral". *Revista Jurídica*. Facultad de Derecho, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.
http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=305&Itemid=63 (acceso: 02/09/14).
- Páez Salgado, Daniela. "Daño moral por incumplimiento de contrato. Comentario a sentencia de Corte Nacional de Justicia de Ecuador de 8 de septiembre de 2010" (por publicarse).

- Parellada, Carlos. "El daño moral. La evolución el pensamiento en el derecho argentino". *Responsabilidad civil*. Directora: Aída Kemelmajer de Carlucci. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007, pp. 343-381.
- Parraguez Ruiz, Luis. *Régimen general del negocio y del contrato*. Primer borrador. Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2012.
- Pizarro Wilson, Carlos. "La responsabilidad contractual en el derecho chileno: función y autonomía". *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de perjuicios*. Bogotá, D.C.: Ed. Universidad del Rosario, 2010, pp. 299-311.
- Quintero de Prieto, Beatriz. *Teoría básica de la indemnización*. Bogotá: Ed. Leyer, 2000.
- Rodríguez Grez, Pablo. *Responsabilidad contractual*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2012.
- Rodríguez Grez, Pablo. *Responsabilidad extracontractual*. Segunda edición. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2010.
- Scognamiglio, Renato. *El daño moral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1962.
- Solarte Rodríguez, Arturo. "El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo". *Responsabilidad civil y negocio jurídico*. Director: Álvaro Echeverri Uruburu. Bogotá D.C.: Ed. Ibáñez, 2011, pp. 181-207.
- Solé Feliu, Josep. "El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español". *Revista para el análisis del Derecho InDret*. http://www.indret.com/pdf/607_es.pdf (acceso: 30/09/2014).
- Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de responsabilidad civil. Tomo II*. Bogotá: Legis Editores S.A., 2008.
- Tomasello Hart, Leslie. *El daño moral en la responsabilidad contractual*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1969.
- Vásquez Ferreyra, Roberto. "La obligación de seguridad". *Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales*. Parte General. Tomo I. Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2007, pp. 1263-1275.
- Zavala de González, Matilde. *Tratado de daños a las personas. Resarcimiento del daño moral*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 2009.
- Zavala Ortiz, José Luis. "Casos negligencia médica. Responsabilidad de establecimiento asistencial. Previsibilidad. Perjuicio directo. Daño moral patrimonial puro y simple". <http://www.legalpublishing3.cl.ezproxy.puc.cl/maf/app/documentVM?&src=laley&sruid=i0ad8181600000148d69b2b4509c7c697&docguid=iABDCA9499974AA468370014082A81A24&hitguid=iABDCA9499974AA468370014082A81A24&spos=3&epos=3&td=11&ao=o.i0ADFAB87B0C8D25381B0D0F03ED6FB4C&searchFrom=&savedSearch=false&context=9&crumb-action=append> (acceso:03/10/2014).

Jurisprudencia

Chile

Corte Suprema de Chile. Primera Sala. *Héctor Enrique Montecinos Peralta c. Hospital Clínico de la Pontificia Universidad Católica de Chile*. Causa No. 4103-2005. Sentencia de 24 de septiembre de 2007.

Corte Suprema de Chile. *Hugo Ruiz Ruiz c. Laboratorio Biológico S.A. y otros*. Causa No. 1368-2000. Sentencia de 5 de noviembre de 2001. Gaceta Jurídica 257, año 2001.

Corte Suprema de Chile. *María Rafart Mouthon c. Banco de Chile*. Causa No. 18647. Sentencia de 20 de octubre de 1994.

Colombia

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. *Ministerio Público c. Gian Carlo Gutiérrez Suárez*. Sentencia de 17 de abril de 2013.
http://app.vlex.com/#WW/search/content_type:2/corte+suprema+colombia+ministerio+p%C3%BAblico+gian+carlo+guti%C3%A9rez+su%C3%A1rez/vid/478665322
 (acceso: 03/10/14).

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala Civil. *Natalia Neira Fandiño c. Club Deportivo Los Tortugas y otros*. Sentencia de 14 de enero de 2014.
http://app.vlex.com/#WW/search/*/natalia+Neira+fandi%C3%B1o+Tortugas/vid/503553851 (acceso: 03/10/14).

Ecuador

Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. *Hotel Boulevard S.A. y Predial Nueve de Octubre S.A. c. Londohotel S.A. y Sociedad Comercial Hoteles Limitada*. Causa No. 508-2010. Sentencia de 8 de septiembre de 2010. Registro Oficial Suplemento No. 422 de 2 de abril de 2013.

Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. *María Leonor Vásconez Garcés de Holliham c. Banco del Pacífico S.A.* Causa No. 273-2009-ER. Sentencia de 22 de diciembre de 2009. Registro Oficial Suplemento No. 356 de 31 de octubre de 2012.

Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. *Rafael Correa c. Banco Pichincha C.A.* Causa 946-2010-SR. Sentencia de 28 de abril de 2010. Registro Oficial Suplemento No. 330 de 13 de septiembre de 2012.

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. *José Ligña Sulca c. Luz Elena Zurita*. Causa no. 195-98. Sentencia de 2 de mayo de 2000. Registro Oficial 108 de 20 de junio de 2000.

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. *Neptalí Salvador Proaño y Teresa Abigaíl Tapia Báez c. Nelson Claudio Gordillo Echeverría*. Sentencia de 23 de mayo de 2002. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 9. p. 2718.

Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala. *Gloria Seminario Medina de Loedel c. Filanbanco S.A.* Tercera Instancia. Sentencia de 2 de mayo de 1988. Gaceta Judicial Año LXXXVIII. Serie XV. No. 2. p. 397.

Laudos arbitrales

Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. *Partes confidenciales*. Caso No. 50 181 T 00413 06. Laudo final de 5 de mayo de 2010.