

**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

TEMA:

La responsabilidad profesional y la reparación de daños

AUTOR:

López Rojas Valeria Johanna

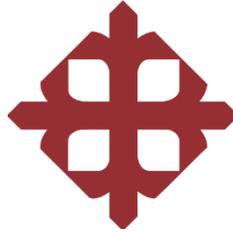
**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA
REPÚBLICA DEL ECUADOR**

TUTOR:

Ab. Izquierdo Castro María Denisse. Mgs.

Guayaquil, Ecuador

26 de agosto del 2017



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **López Rojas Valeria Johanna**, como requerimiento para la obtención del título de **ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**.

TUTOR (A)

f. _____

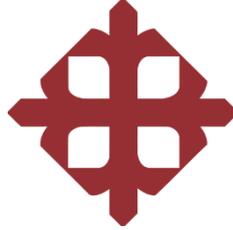
Mgs. Izquierdo Castro María Denisse. Mgs.

DIRECTOR DE LA CARRERA

f. _____

Ab. María Isabel Lynch de Nath, Mgs.

Guayaquil, a los 26 días del mes de agosto del año 2017



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, López Rojas Valeria Johanna

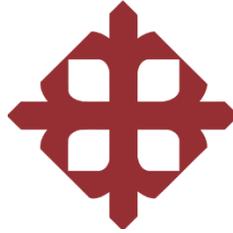
DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, **La responsabilidad profesional y la reparación de daños** previo a la obtención del título de **ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Mención En Derecho Civil y Procesal**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría. En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 26 días del mes de agosto del año 2017

EL AUTOR

f. _____
López Rojas Valeria Johanna



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

AUTORIZACIÓN

Yo, López Rojas Valeria Johanna

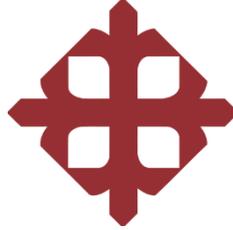
Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL Y LA REPARACIÓN DE DAÑOS**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 26 días del mes de agosto del año 2017

EL AUTOR

f. _____

López Rojas Valeria Johanna



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

Ab. José Miguel García Baquerizo, Mgs.
DECANO O DIRECTOR DE CARRERA

f. _____

Ab. Paola Toscanini Sequeira, Mgs.
COORDINADOR DEL ÁREA O DOCENTE DE LA CARRERA

f. _____

Ab. Roxana Gómez Villavicencio, Mgs.
OPONENTE

ÍNDICE

CERTIFICACIÓN	ii
DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD.....	iii
AUTORIZACIÓN.....	iv
TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN	v
CERTIFICADO URKUND	vi
ÍNDICE	vii
RESUMEN.....	ix
INTRODUCCIÓN	1
TEMA	2
OBJETIVO DE LA INVESTIGACIÓN	2
METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	2
1.- ELEMENTOS ESENCIALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	2
1.1.- Acción u omisión del Agente.....	2
1.2.- Culpa o riesgo	4
1.2.1.- Concepto de culpa.....	4
1.2.1.- Modalidad de culpa en el sentido estricto.....	5
1.2.3.- La evolución del concepto de culpa y el desarrollo de la responsabilidad objetiva.....	7
1.2.4.- El riesgo y la responsabilidad civil objetiva	8
1.3.- Relación de causalidad o nexo causal.....	9
Teoría de Equivalencia de las condiciones	10
Teoría de la causalidad adecuada.....	11
Teoría de la causalidad directa o inmediata	12
1.3.1.- La teoría adoptada por el Código Civil Ecuatoriano	13
2.- EL DAÑO	14
2.1.- El concepto de daño.....	14
2.2.- El daño resarcible.....	15
2.3.- Forma de resarcimiento: natural (o específica) e indemnización pecuniaria.....	18
2.4.- El concepto de daño moral.....	18
2.5.- La evolución de los daños morales y su indemnización en el derecho ecuatoriano	21
2.6.- Fundamentos jurídicos en la reparación de daños morales.....	22

2.7.- Criterios para la compensación del daño moral.....	23
3.- RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROFESIONALES EN ECUADOR....	25
3.1- La responsabilidad subjetiva contractual.....	25
3.2.- La responsabilidad civil del profesional en Ecuador y su indemnización.	26
CONCLUSIONES	29
REFERENCIAS	31

RESUMEN

El trabajo tiene como objetivo el análisis de la responsabilidad profesional orientada para la extracción de las características que le son peculiares, así como la reparación de daños en sus diversas modalidades. Son abordados los siguientes temas: elementos esenciales de la responsabilidad civil, el daño en sus diversas modalidades. La investigación utiliza dos métodos, el dialéctico, que se consubstancia en el análisis y discusión de las posiciones antagónicas sobre los temas diversos y el análisis jurisprudencial, cuyo propósito es abstraer los diversos acuerdos. Entre una de las conclusiones a las que se llegó, es que todos los profesionales responden por acto propio y acto de tercero, así como también la clasificación de la culpa de acuerdo con la gravedad, pasa a tener importancia para efectos de responsabilidad civil.

Palabras Claves: Responsabilidad Profesional, la responsabilidad civil, el daño, la culpa, obligación.

ABSTRACT

The objective of the work is the analysis of the professional responsibility oriented to the extraction of the characteristics that are peculiar to him, as well as the repair of damages in its diverse modalities. The following issues are addressed: essential elements of civil liability, damage in its various forms. The research uses two methods, the dialectic, which is based on the analysis and discussion of antagonistic positions on various topics and jurisprudential analysis, whose purpose is to abstract the various agreements. One of the conclusions reached is that all professionals respond by own act and act of third party, as well as the classification of guilt according to gravity, becomes important for purposes of civil liability.

Key Words: Professional Responsibility, civil liability, damage, guilt, obligation.

INTRODUCCIÓN

La pacificación social es esencial en busca del derecho desde los principios de la actividad humana y de los fenómenos históricos y culturales. La búsqueda por combatir todo daño causado por el ilícito siempre existirá en derecho. Este trabajo se iniciará con el análisis de los elementos esenciales de la responsabilidad civil, en razón de la relevancia de los asuntos que se tratarán para las discusiones a ser desarrolladas.

Los cambios sociales influyen en el aumento de la importancia del daño. Actualmente el elemento ejerce el papel central en la responsabilidad civil. Puede haber responsabilidad sin culpa, sin embargo, no hay responsabilidad sin daño.

La responsabilidad civil es el instrumento más eficaz a la protección de nuevos bienes e intereses. Ello es el instituto jurídico que primero sufre el impacto de las modificaciones del sistema social. Es justamente a partir del fenómeno social que se afirma a la importancia creciente del daño para la responsabilidad civil.

Pensar en la idea del hecho típico, en donde tratando la responsabilidad civil, gira en tres elementos básicos con sus particularidades: la conducta o actividad (responsabilidad objetiva), el nexo de causalidad y el daño. Sin cualquiera de los elementos de forma completa no se puede hablar en tipología y en la posibilidad de indemnización. Como se ve, el daño es uno de sus elementos esenciales y de particular relevancia.

Es por eso que, no existe responsabilidad sin daño. La afirmación es pacífica en la ley, doctrina y jurisprudencia. A través de este estudio se va a analizar la responsabilidad profesional y la reparación de daños, se estudiará el interés jurídicamente protegido, que puede ser tanto al interés legítimo, como un interés simple, protegido directa o indirectamente por una norma. El interés en la relación obligacional merece una particular atención debido a su peculiaridad.

Tema

La responsabilidad profesional y la reparación de daños

Objetivo de la Investigación

- Identificar la responsabilidad profesional de acuerdo al Código Civil ecuatoriano, y la reparación de los daños.

- Determinar en cuáles consecuencias deben ser responsabilizados los profesionales, estableciendo la mejor forma de un análisis claro al daño causado.

Metodología de la Investigación

La investigación utilizará tres métodos:

- a) **Bibliográfica**, en doctrinas de derecho civil y constitucional,

- b) **El dialecto**, que se corrobora en el análisis y discusión de las posiciones antagónicas sobre los temas controversiales, y;

- c) **El análisis jurisprudencial**, cuyo propósito es abstraer los diversos acuerdos a los argumentos utilizados para sustentar su orientación.

1.- ELEMENTOS ESENCIALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1.1.- Acción u omisión del Agente

La acción o la omisión del agente se refiere a su conducta, que puede ser positiva o negativa. Lo que caracteriza tal conducta es la voluntariedad, recurrente de la libertad de actuación del individuo imputable, es decir, portador de discernimiento necesario para comprender el acto que está desempeñando. La conducta representa, por lo tanto, circunstancias posibles de ser controlada o dominada por la voluntad humana.

La voluntariedad, con dolo, no puede ser confundida con la intención de causar daño. Ella se refiere, en verdad, a la intención de cometimiento del acto, o conciencia acerca del modo por el cual el agente se conduce, sin necesariamente haber propósito de causar perjuicio a quien quiera que sea, habiendo el firme direccionamiento para la práctica del ilícito, se configura el dolo, caso contrario, se tiene la culpa en el sentido estricto.

Es también tradicional en la doctrina la caracterización de conducta que genera responsabilidad como antijurídica o ilícita. Ese posicionamiento, sin embargo, debe ser abandonado, he aquí que existe la posibilidad de haber responsabilidad civil sin ilicitud, cuando autorizado dispositivo legal. Al destacar tal asertividad, es imperioso traer a la luz el posicionamiento de Giselda María Fernandez Novaes, in verbis:

Se estructura, paulatinamente, un sistema de responsabilidad civil que ya no se sustenta más por los tradicionales pilares de la antijuridicidad, de la culpabilidad o del nexo de causalidad, solamente. Se organiza, ya, un sistema que no rechaza – como autora se rehusaba, por ser absolutamente inaceptable – la existencia de un daño injusto, por eso indemnizable, que se deriva de la conducta lícita. Se presenta, en los días de hoy, un sistema de responsabilidad que ya no se asocia con la ocurrencia de responsabilidad independientemente de la culpa de quien quiera que sea. (Cruz, 2014)

Conforme mencionado en el inicio de este subtema, la conducta puede tomar forma positiva o negativa. En el primer caso, hay una acción propiamente dicha, por ejemplo, en el caso de un atropellamiento de un transeúnte por un sujeto conduciendo un automóvil, y en la segunda hipótesis se tiene una abstención que, para configurarse, se requiere la existencia previa del deber jurídico de practicar determinado acto. Además, en esta última hipótesis, es necesaria la demostración de que, con la práctica del referido deber, el daño puede haber sido evitado. Sería caso de omisión, en un atropellamiento, la falta de prestación de socorro a la víctima por el conductor del automóvil, y que la víctima agrave su estado de salud. El atropellamiento, por cierto, es una conducta positiva, sin embargo, la falta de prestación de socorro constituye una omisión.

Se esclarece, por fin, que no siempre la responsabilidad civil se deriva de un acto propio, pudiendo, al contrario, resultar del acto de terceros, conforme ...

1.2.- Culpa o riesgo

El lugar del segundo elemento, constitutivo de responsabilidad civil es ocupado en este estudio por el riesgo. La culpa fundamenta la responsabilidad subjetiva, al paso que el riesgo lo hace con relación a la objetividad.

1.2.1.- Concepto de culpa

La culpa, tradicionalmente, comparte dos especies de definición. La primera de ellas se refiere a la concepción de la culpabilidad, mediante la cual debe ser considerado culpado aquel que haya tenido la posibilidad de prever que, si se hubiese conducido de manera diversa, se pudo haber evitado el daño. La segunda se refiere a la concepción social, identificando la culpa con el error de conducta. Se trata, en verdad, de una mera modificación de perspectiva que recae ahora sobre el agente, la acción u omisión.

Al respecto de esa diferenciación observada originalmente, la doctrina denota tener incorporado elementos de ambas concepciones para la formación del contenido de culpa.

Se verifica en este sentido, de acuerdo con Alvino Lima, que; “[...] culpa es un error de conducta, moralmente imputable al agente, y que no sería cometido por una persona astuta, en iguales circunstancias del hecho”

Con efecto, en la prelación transcrita, se observan elementos tanto de concepción moral (“moralmente imputable”) como social (“error de conducta”).

Existen muchas definiciones semejantes tradicionalmente presentadas por la doctrina, se observa que la culpa tiene dos rasgos constitutivos: la voluntariedad y la evitabilidad de conducta. La voluntariedad consiste en la capacidad de libre

determinación de voluntad y discernimiento, de modo que es posible la imputación de resultados a la conciencia del agente. La evitabilidad de conducta habla sobre el respeto a la posibilidad de actuación diversa por parte del agente.

1.2.1.- Modalidad de culpa en el sentido estricto

La culpa está compuesta por diversas clasificaciones. La primera, y más importante de ellas, es la que la divide en negligencia, imprudencia e impericia.

La negligencia consiste en la omisión de tomar precauciones necesarias al ejecutar una acción, esto es, en la omisión pertinente al cumplimiento del deber. Es ejemplo emblemático al caso del abogado que acepta el patrocinio de una causa y no verifica el plazo de prescripción o decadencia de la pretensión del cliente, incurriendo en una actuación negligente.

La imprudencia, a su vez, habla de una conducta comisiva, de realización de una acción de la cual, el agente debería abstenerse, o, entonces, que fue hecha sin pensar o precipitada, demostrando poco interés por el derecho ajeno. Es ilustrativa, de esa situación la hipótesis en que un médico, sin analizar con cautela un cuadro clínico del paciente, realiza una cirugía, cuando en verdad, la enfermedad de la víctima podría haber sido tratada con seguridad y sin secuelas con la administración de un medicamento o la combinación de tratamientos menos invasivos.

La impericia puede ser definida como la incapacidad técnica para el ejercicio de la actividad desarrollada por el ofensor. Muchas veces es entendida como la verdadera culpa profesional. Por ejemplo, un ingeniero civil, que calcula mal el peso del agua que ocupará una piscina en la cobertura de un predio de apartamentos y ocasiona grietas en las unidades autónomas que se localizan debajo de ella.

La culpa también puede ser clasificada en exclusiva, cuando existe solamente en la conducta del ofensor, o concurrente, cuando resulta en la actuación conjunta del ofensor y de la víctima. Es posible, igualmente, la ocurrencia de culpa exclusiva de la víctima.

Se admite también la clasificación entre culpa, *in vigilando*, *in custodiendo*, *in eligendo*, *in comittendo* e *in omittendo*. La culpa puede integrar más de una de las clasificaciones antes mencionadas.

La culpa *in vigilando*, resulta de la falta de vigilancia o fiscalización de la conducta del tercero sobre lo cual se tiene responsabilidad. Como ejemplo, tradicionalmente se menciona la culpa de los padres por los actos de los hijos, de acuerdo a los artículos 2219 al 2221 del Código Civil Ecuatoriano, donde estipulan la responsabilidad de los padres por los delitos o cuasidelitos de los hijos debido a la mala educación o hábitos viciosos que les han dejado adquirir.

La culpa *in custodiendo*, es una subespecie de culpa *in vigilando* y se aplica al cuidado de los animales y cosas, es decir, nace de la falta de cuidado de ellos.

La culpa *in eligendo*, tiene relación con la elección del representante o del responsable por el daño. Se trata del caso de propietarios que eligen un constructor que no está calificado para la realización de una obra, lo que lo lleva a responder por los daños, por este ocasionado.

La culpa *in comittendo*, es el resultado de un acto positivo, al paso que la culpa *in omittendo* se relaciona a la abstención culposa. En esa clasificación se verifica, en la verdad, mera transposición, para el ámbito de culpa, de la división entre conducta comisiva y omisiva.

La culpa también puede ser dividida en culpa grave o lata, culpa leve y culpa levísima. La culpa grave es la que más se aproxima al dolo, porque la violación del deber es tan grave que casi hace creer que el autor del daño actuó de modo intencional. (Rodríguez, 2014). La culpa leve se consubstancia en la falta de cuidado medio que un hombre normal observa en su conducta, siendo el caso de falta posible de ser evitada con atención ordinaria. La culpa levísima, se relaciona a pequeñas faltas cometidas, que, para ser evitadas, exige la máxima diligencia. (Goncalvez, 2013)

1.2.3.- La evolución del concepto de culpa y el desarrollo de la responsabilidad objetiva

Los profundos cambios ocurridos en la sociedad, tales como la revolución industrial, el progreso científico y la explosión demográfica de las grandes ciudades, demostraron la insuficiencia de culpa como fundamento del deber de indemnizar. De hecho, el desarrollo de diversos instrumentos mecánicos, en varios campos de la vida humana, llevó al aumento de accidentes de trabajo, en el cual la culpa se dirigía particularmente inadecuada en medida en que los daños eran generados, en su mayor parte, por la falta de preparación de los trabajadores e inexperiencia en el manejo de las máquinas. (Hironoka, 2015)

Se trataba así de situaciones de difícil comprobación de culpa por parte de los empleadores. Del mismo modo, se proliferan accidentes de tránsito, en consecuencias del surgimiento y de la popularización de diversos vehículos, y los derivados de transporte público, especialmente trenes, cada vez más necesarios en las nuevas metrópolis.

Es así que surgía la necesidad de la concepción de flexibilidad al concepto de culpa, de modo que se pueda ampliar el alcance de daños indemnizables, además intensificar la protección de la víctima de actos dañosos. La culpa, sin embargo, no fue sustituida de pronto y enteramente por la idea del riesgo, antes de eso, fue perdiendo parte de su contenido al ser confundida con meros errores, cuando era identificada en conductas perfectamente excusables.

En el periodo moderno, la culpa encontró fuerte acogida en el código civil francés, se infiere que a finales del siglo XIX y a inicios de siglo XX se caracterizaba por el dominio de culpa como fundamento de deber de indemnizar. Esa situación, sin embargo, no se mantuvo *ad infinitum*.

Con el pasar del tiempo, evolucionaría para la admisión de la idea de abuso de derecho como acto ilícito, así como culpa presumida, que permite la inversión de la

carga de pruebas. Aplicando la referida presunción, el causador de daño, hasta que pruebe lo contrario.

Las hipótesis de responsabilidad contractual fueron ampliadas, posteriormente, para entonces ser admitida la responsabilidad independiente de culpa en determinados casos, por ejemplo, en el art. 91 de la Constitución del 98 se hablaba de la responsabilidad objetiva del Estado, y ya en la Constitución de Montecristi la responsabilidad objetiva se extendió hacia todo tipo de causante sea este público o privado.

1.2.4.- El riesgo y la responsabilidad civil objetiva

La responsabilidad objetiva se configura en la mera existencia del daño y del nexo causal no habiendo necesidad de comprobación de culpa conducta del agente. Se exige, la presencia del riesgo, lo cual, en sentido no jurídico, puede ser entendido como el peligro o la probabilidad de daño. (Calvalieri, 2011). El término puede adquirir concepciones diferentes.

En un primer momento en la evolución de la objetivación de la responsabilidad, predomina la teoría del riesgo en el futuro. La modalidad futura se caracteriza por el hecho de que el riesgo genera determinado beneficio o responsable, de modo que aquel que lucra pone en riesgo bienes patrimoniales o extra-patrimoniales de terceros debe pagarse con indemnización. Se atribuye así responsabilidad a aquel que obtiene provecho o ventaja de una actividad y causa daño a tercero.

El derecho civil, en consecuencia, camina en dirección al desarrollo de la teoría del riesgo creado. En esa vertiente de la teoría del riesgo, se entiende que el deber de reparar el daño de una actividad normalmente desarrollada por el agente, que genera riesgo a derechos o intereses ajenos, abarcando toda actividad incluso si no está relacionada con el provecho económico del causador del riesgo. En la referida teoría, por lo tanto, el enfoque no es solo la obtención del provecho o ventaja, sino también la actividad considerada potencialmente dañina. (Costa, 2012)

La doctrina del riesgo también menciona otra especie de riesgo: el administrativo, para la configuración de su responsabilidad, basta el hecho de servir y que el Estado cause un daño en su actividad. Se menciona, además, la existencia de la teoría del riesgo integral, del cual resulta el entendimiento de que cualquier hecho obliga al ofensor a reparar el daño. En regla, la culpa exclusiva de la víctima, el hecho a terceros y el caso fortuito o de fuerza mayor no rompe el nexo de causalidad, y, por lo tanto, no eximen al responsable del deber de indemnizar.

1.3.- Relación de causalidad o nexo causal

El nexo causal es el elemento de relación entre la conducta del ofensor y el daño soportado por la víctima. Consiste en el vínculo que debe existir entre el hecho y el daño para que el autor de ese acto se responsabilice por el perjuicio.

Se trata de una ardua tarea para determinar el criterio a ser utilizado, para llegar a la conclusión de que, dentro de tantas circunstancias, una específica fue la que ocasionó el daño. En ese punto, hay que diferenciar las causas de las meras condiciones. Causas son los factores determinantes para que ocurra el daño, en cuanto las condiciones son todos los hechos que se encontraron en el origen del daño, pero no son consideradas efectivamente como causas de este. Se debe, así mismo, seleccionar, entre todas las condiciones, aquella que ha dado causa o daño.

Puede hacer, sin embargo, más de una causa para determinado incidente, motivando a discusión sobre las llamadas concausas.

Las concausas pueden ser simultáneas o sucesivas. En caso de simultaneidad, esto es, ocurriendo todas las causas al mismo tiempo, se entiende que el daño, a pesar de ser único, deriva de un concurso de ellas. En las concausas sucesivas, por su lado, hay una relación en cadena, esto es, una circunstancia genera otra y así sucesivamente. Las concausas preexistentes no tienen la condición de elidir al nexo causal, en medida, en que son antecedentes al propio desencadenamiento de causalidad. Es lo que ocurre, por ejemplo, con condiciones preexistentes de la salud de la víctima que no son consideradas para el establecimiento del nexo. El hecho en esta hipótesis es

que surge el problema de determinar si el hecho posterior interrumpe el nexo causal, y cuando lo hace, liberando al primer ofensor con relación al segundo daño. Solo hay rompimiento del nexo si la condición superveniente no fuera una secuela del curso causal desarrollado por la conducta del supuesto ofensor.

Varias teorías fueron desarrolladas, con la finalidad de intercambiar elementos aptos para solucionar problemas. En esta oportunidad se nombrarán tres de ellas: teoría de equivalencia de las condiciones, teoría de la causalidad adecuada y la teoría de causalidad directa o inmediata. (Rodríguez, 2014)

Teoría de Equivalencia de las condiciones

De acuerdo con la teoría de *conditio sine qua non*, desarrollada por el penalista Maximiliano Von Buri, en 1860, todos los eventos que concurren para la ocurrencia del daño son considerados causa de este. No se hace, por lo tanto, una diferenciación entre las conductas que anteceden al daño, esto es, no se distingue causas de condiciones.

Causa es, de esa manera, toda condición de la cual depende la realización del hecho, independientemente de su mayor o menor proximidad o relevancia. Habiendo pluralidad de causas, por lo tanto, todas deben ser consideradas esenciales en la producción del daño. Es de tal característica que nace la nomenclatura “teoría de equivalencia de las condiciones”, ya que hay una equivalencia entre los factores causales. (Iturraspe, 2012)

Se evidencia, por lo tanto, que, en principio, la aplicación de la teoría de equivalencia no generaría grandes dificultades al juzgador, bastándole a este, enumerar todas las condiciones que precederán la ocurrencia de la conducta dañosa para el establecimiento del nexo de causalidad. Su inconveniente más evidente, es que esa enumeración llevaría exageradamente lejos el deber de indemnizar.

Para ilustrar el entendimiento de la teoría de equivalencias de condiciones, se cita el siguiente ejemplo, el individuo que se sirve de un arma para matar a su enemigo. En ese caso, de acuerdo con esta teoría se debería considerar como causa del ilícito no

solamente el disparo, sino sucesivamente la adquisición del arma de fuego, su confección, la compra del hierro y pólvora por la industria que la fábrica, entre otros, en una cadena causal que puede seguir *ad infinitum*.

La teoría ha sido utilizada por los propios penalistas con la limitación de las causas con necesaria previsibilidad, esto es, solo ingresan en el nexo causal los agentes que actuarán con dolo o culpa la ocurrencia del daño. En ese caso, el fabricante del arma sería excluido, pues, al confeccionarla no tiene por intención, ni se podría imaginar, que el adquirente fuese a cometer un crimen.

En el ámbito de responsabilidad civil, la limitación de causa a la actuación culposa o dolosa del agente puede ser aplicada solamente en lo que tiene que ver con la responsabilidad subjetiva, teniendo en vista que en esa esfera se admite, y en verdad, se exige el escrutinio de culpa. La responsabilidad objetiva, no es posible a la aplicación de la teoría de equivalencia de condiciones de modo alguno, razón por la cual esta se muestra inadecuada. (Cruz, 2014)

Teoría de la causalidad adecuada

La segunda teoría a ser abordada es la teoría de la causalidad adecuada, creada por Ludwig von Bar, y posteriormente desarrollada por Johannes von Kries. En esta, se considera causa solamente la conducta que es perfectamente adecuada o idónea para la ocurrencia del evento doloso. Si determinada condición depende de otra circunstancia accidental, no será considerada causa.

En esta vertiente se observa, la adecuación de causa en relación a las posibilidades y la probabilidad de cierto resultado, llevándose en consideración lo que empíricamente sucede con más frecuencia. El análisis así, es de carácter abstracto, relacionándose a la vivencia común. Es necesario que se haga un pronóstico póstumo a fin de determinar, entre todas las causas, cuál era la más adecuada para producir el resultado final. Ese pronóstico es póstumo porque el magistrado se coloca en el momento de la realización de la conducta, antes de la concretización de resultado, con la finalidad de determinar la probabilidad de que eso suceda.

De acuerdo con (Gomez, 2011):

Se trata de remontar en el tiempo para su interrogación, retrospectivamente, sería objetivamente posible pensar que determinado hecho provocaría normalmente el efecto nocivo. Si la respuesta a este cálculo de probabilidades es afirmativa, si el hecho aparece con la causa esencial, haya causalidad adecuada. (pág. 32)

La causalidad adecuada admite dos formulaciones: la positiva y la negativa. En la primera, el hecho debe ser considerado causa adecuada solamente cuando favorece a la producción del evento posterior, y en la corriente negativa, la causalidad solo es excluida cuando las consecuencias son indiferentes, extrañas o extraordinarias al hecho. La causa adecuada, de acuerdo con esa segunda concepción, es toda aquella que no fuera indiferente al seguimiento del daño. Se nota, por lo tanto, que la formulación negativa es bien más amplia que la positiva. Según (Gomez, 2011), la corriente negativa es preferible a la positiva no solo en razón de dilatar el ámbito de la causalidad, además porque resalta la razón de la subsistencia del nexo causal cuando otras circunstancias han contribuido para el evento doloso.

Teoría de la causalidad directa o inmediata

La teoría de la causalidad directa o inmediata consiste en la identificación de la causa solamente como evento necesario para la consecución del daño, en conclusión, una consecuencia directa e inmediata del referido evento. La expresión “directo o inmediato”, se constituye, por lo tanto, en un defecto de lenguaje del código. Que no representa el espíritu de la ley, motivo por el cual los términos deben ser interpretados como nexo causal necesario.

Según esta teoría se debe analizar la necesidad de las circunstancias, es decir, debe haber la certeza de que, sin ella, el daño no tenía que haberse producido, de modo que se excluyen perjuicios ulteriores, oriundos de nuevas causas, siempre que estas no sean efecto inmediato de la conducta del ofensor.

Solamente son consideradas, así, las causas que relacionan al daño de la manera más necesaria de que con la relación a otras condiciones. La necesidad no se relaciona con la distancia temporal. También hace parte de esa teoría la concepción de que, ocurriendo la interrupción del nexo causal original por causa superveniente independiente de la cadena de acontecimientos, no habrá responsabilidad del primer agente, sino solamente de aquel que genera la interrupción del nexo por medio de otra conducta. Se considera hecho independiente la culpa exclusiva de la víctima o terceros, o de un caso fortuito o de fuerza mayor.

Para aclarar lo que podría configurar la interrupción del nexo causal, se utiliza un simple ejemplo: José y Joao tienen una discusión que resulta en lesiones corporales graves, pero el primero de ellos. José, es entonces, colocado en una ambulancia para que sea llevado a un hospital. Ocurre que, en consecuencia, de un accidente de tránsito provocado por Alfredo, la ambulancia sufre un volcamiento, lo que resulta en el fallecimiento de José. En tal situación, hay un rompimiento del nexo causal, entre el daño final y el primer suceso, que era la lesión corporal grave. El único responsable por el resarcimiento del daño será, por lo tanto, Alfredo, y no Joao.

Es importante resaltar que la interrupción del nexo causal que aquí se menciona no tiene cualquier relación con el resarcimiento del daño que será abordado con más profundidad en el próximo capítulo.

1.3.1.- La teoría adoptada por el Código Civil Ecuatoriano

De acuerdo al art. 2214 del Código Civil Ecuatoriano manifiesta que, “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por delito o cuasidelito” pág. 519

En el Código Civil Ecuatoriano normaliza la institución del delito civil y el cuasidelito, manifiesta que en ambas situaciones se generan por el accionar o la omisión, la cual conlleva a la generación de daño para una persona o a su propiedad, además manifiestan que ya sea con dolo o negligencia en ambas situaciones, habrá la

obligación de la reparación del daño. Cuando se habla de dolo entonces se está hablando de delito civil, pero cuando es por negligencia, es un cuasidelito.

Los delitos nacen de la falta de cumplimiento de obligaciones que tiene una persona hacia con otra, en base al Art. 1453 del código civil, “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones, ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga...”.

Como ocurre frecuentemente, con los asuntos que ofrecen cierta complejidad, no hay un consenso entre la teoría adoptada por el Ecuador, pues en la teoría generalmente se podría adoptar dos, la de la causalidad adecuada y la del daño directo e inmediata (o causalidad directa e inmediata), para la reparación por daños, dependerán de la prudencia del juez para la determinación del valor de la indemnización, esto se sustenta, en el Art. 2232 del Código Civil, “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 de valor de la indemnización...” (pág. 524)

En el Ecuador, se utiliza el sistema subjetivo, es decir, se buscan aquellos componentes que permiten atribuirle la culpa al ofensor que causó daño a una persona, esta teoría es antigua en el derecho ecuatoriano, sin embargo, ahora también aparecen dos nuevos pensamientos que permiten analizar la responsabilidad civil desde la perspectiva mercantil y defensa del consumidor.

2.- EL DAÑO

En este capítulo se destina al análisis de daño en sus diversos aspectos, motivos por el cual serán objetos de estudio: el concepto de daño, la caracterización de daño resarcible, las formas de resarcimiento, así como las modalidades de daño.

2.1.- El concepto de daño

El complejo estudio del pleno significado que el término daño, puede obtener, escapa al propósito del presente trabajo. Es necesario, no obstante, que quede establecido un punto de partida para el desarrollo del tema escogido. Para ese fin, se vislumbrará al

daño como la substracción a un bien jurídico que, como tal, encuentra protección en el ordenamiento jurídico. Desde esa perspectiva, el daño puede ser material, cuando alcanza bienes apreciables en dinero, o moral, si resultante de lesión a bienes no apreciables en pecunia, es decir, que no pueden ser valorados monetariamente. (Lalou, 2012)

Explica Teresa Ancona López que, desde el punto de vista etimológico, el término daño, procede de *demere*, que puede ser entendido como quitar, aplacar, disminuir. Así, de acuerdo con la autora, “la idea de daño surge de las modificaciones del estado de bienestar de la persona, que ve enseguida la disminución o pérdida de cualquiera de sus bienes originarios o derivados extra-patrimoniales o patrimoniales”. (López, 2012, pág. 20)

Carlos Alberto Brittar define al daño como “lesión o reducción patrimonial, sufrida por el ofendido, en su conjunto de valores protegidos en el derecho, ya sea cuanto a su propia persona – moral o físicamente – sea cuanto a sus bienes o a sus derechos”. Añade que el daño se identifica como la pérdida, aunque parcial, “de elementos o de expresión, componente de su estructura de bienes psíquicos, físicos, morales o materiales”. (Bittar, 2009, pág. 8). La definición presentada por el autor es bastante interesante en la medida en que relaciona el daño con la invasión injusta de la esfera jurídica de los daños, alcanzándose elementos tanto de su complejo pecuniario como de su complejo moral y personal.

Para Luis Gómez, daño es toda lesión en los intereses de otro, tutelados por el orden jurídico, como tales intereses sean de orden patrimonial, y no patrimonial. Anderson Schreiber, según el autor, es una clausula general que permite al magistrado determinar si el interés lesionado en cuestión merece protección. (Schreiber, 2009, pág. 138)

2.2.- El daño resarcible

Para presentar este concepto, se hace necesario esclarecer que no todo daño es resarcible, o posible de reparación. (Diniz, 2010). Para que haya indemnización de daño, se exige algunos requisitos.

En primer lugar, es necesario la disminución o la destrucción de un bien jurídico, patrimonial o moral, que pertenece a una persona, pues la noción del daño presupone a la existencia de la víctima. El daño debe, en cuanto a su existencia, lo que no significa que lo deba ser también con relación a su actualidad. El daño cierto es el daño real o recurrente de efectiva probabilidad de incidencia futura. Este puede ser actual, cuando corresponde a aquello que fue efectivamente perdido, o el futuro, esto es, potencial, desde que sea consecuencia necesaria, cierta, inevitable y previsible de acción.

De acuerdo con René Savatier, el daño, incierto es aquel cuya existencia misma no se encuentra establecida. El autor explica, actualmente, que se trata de daño eventual, cuya realización es incierta, que se contrapone al daño actual, y no al daño futuro. (Savatier, 2011, pág. 45). En lo que se refiere a la determinación de daño, el autor afirma que también puede ser indemnizado, debiendo el juez hacer una determinación provisoria y sujeta a la revisión o revisiones periódicas.

El daño puede ser directo o indirecto en relación al hecho generador. Será directo si fuera resultante de un hecho lesivo, alcanzando a la víctima en el contexto de una relación causal, es indirecto si consiste en una consecuencia de la pérdida inmediata sufrida por el daño.

Mario Pereira, afirma que el daño ocurre cuando el agente sufre a las consecuencias del daño causado a la víctima principal. No sería, por lo tanto, el caso de responsabilidad indirecta, que se deriva de un hecho a tercero. En esta especie de daño, habrá dos víctimas y dos acciones, fundadas en un solo hecho dañino, pudiendo ser moral o pecuniario. En lo que se refiere a la resarcibilidad.

Ejemplo clásico de daño indemnizable, es el daño moral, provocado a los parientes más próximos de la víctima en caso de homicidio de esta. Además de los tres requisitos principales de referencia, María Helena Diniz, añade los siguientes:

- La subsistencia del daño en el momento del reclamo del lesionado

- La legitimidad, en el sentido de que la víctima deberá ser titular de derecho alcanzado, los titulares pueden ser lesionados o sus beneficiarios.
- La ausencia de causas excluyentes de responsabilidad – caso fortuito, fuerza mayor y culpa exclusiva de la víctima.

Carlos Alberto Bittar, presenta los requisitos de manera diferente, sustentando que es resarcible:

- El daño actual – y no remoto – aceptando también el daño futuro o la pérdida de oportunidad, desde que consecuencias ciertas y previsibles de acción violadora;
- El daño cierto – definido o determinable;
- El daño personal, también admisible aquel ocasionado a las personas de familia y;
- El daño directo, igualmente siendo posible acogerse al daño derivado o reflejo.

Los daños indemnizables son, en rigor, divididos en daños patrimoniales y daños morales. A pesar de la diferenciación en la nomenclatura, ambos son violaciones al patrimonio, considerado universalidad jurídica intangible, constituida por el conjunto de bienes de una persona, incluyendo los de naturaleza moral. Al hablar de un daño patrimonial, haciendo referencia, no solamente, a los bienes cuya violación implica pérdida pecuniaria.

La división entre esas dos especies de daños, por lo tanto, no recurre de naturaleza del bien lesionado, más del efecto de la lesión, es decir, del carácter de su repercusión sobre la lesión. De esa manera, tanto es posible ocurrir daño patrimonial en consecuencia de lesión a un bien no patrimonial, como daño moral en resultado de ofensa a bien material.

2.3.- Forma de resarcimiento: natural (o específica) e indemnización pecuniaria.

En lo que se refiere al daño, conviene tratar de la clásica bipartición entre resarcimiento de forma natural (o específica) e indemnización pecuniaria.

El primer modelo corresponde mejor al fin de restaurar, teniendo en cuenta que, por un lado, al menos aparentemente, tiene mayor probabilidad de recolocación de la víctima en el *statu quo ante*. Pues, la indemnización pecuniaria también es legítima porque el daño patrimonial siempre acarrea pérdida económica del patrimonio y este consiste en un concepto aritmético. (Aguiar, 2011)

Con la relación a los daños morales, no hay que discutir, ya que la reparación natural es imposible. La reparación natural puede ser empleada tanto en las obligaciones de dar cosas ciertas o inciertas. Considerándose los daños exclusivamente materiales, se estaría ante la reparación natural. En caso de robo de un objeto, el daño se reparó mediante la devolución de la cosa robada. Sería posible, también, la compra de un objeto idéntico, más esa hipótesis generaría incontables problemas, esto es, porque el objeto robado ya había sido utilizado y era marcado por el uso, en cambio el ofrecido por el ofensor es nuevo.

2.4.- El concepto de daño moral

Son muchas las definiciones de daño moral que pueden ser encontradas en la doctrina patria y extranjera. Para que se puedan extraer los principales puntos de caracterización, serán compiladas las más importantes. Es oportuno resaltar que el daño moral, será analizado en su concepción amplia, y no en su sentido estricto.

Henri Lalou define el daño moral como el atentado a los derechos extra-patrimoniales: los derechos políticos, los derechos inherentes a la personalidad – derecho a la vida, libertad, honra – y los derechos de familia. (Lalou H. , 2011). En lo que tiene que ver con ese punto, el posicionamiento de este estudio se coaduna con lo

expresado por el autor, en medida en que se sustenta que la lesión a los derechos de la personalidad es el gran elemento identificador de los daños morales.

René Savatier entiende que el daño moral puede disuadirse de un sufrimiento psíquico, el llamado *pretium doloris*, o entonces, con bastante frecuencia, ser un dolor moral de origen diverso, como la lesión a la reputación, la autoridad legítima, a su pudor y a su amor propio. (Savatier, La responsabilidad civil , 2012). La definición de René Savatier es muy importante para este trabajo, pues preanuncia la división que se pretende hacer entre daño moral en sentido amplio y daño moral en sentido estricto, el *pretium doloris*, mencionado por el autor.

Jaime Santos Briz, a su vez, define los daños no patrimoniales como aquellos cuya valoración, en dinero no tienen la misma base de equivalencia que caracteriza los patrimoniales, por afectar elementos o intereses de difícil valoración pecuniaria. (Briz, 2011)

Teresa Ancona López, vislumbrando el asunto por otro ángulo, pondera que el daño es siempre consecuencia de una lesión a un derecho, sea el patrimonial o no, y que a la persona debe servir de medida el daño en vez del patrimonio. Una causa moral puede determinar un grave perjuicio económico, de la misma forma que una causa material puede determinar en un perjuicio moral. (López, 2012, pág. 22). Además, hay lesiones que acarrear conjuntamente perjuicios morales y materiales.

Presentando un panorama sintético del entendimiento que se hace acerca de los daños morales, se resalta algunos puntos relevantes para el posterior desarrollo del trabajo, siempre considerando que el orden constitucional protege los individuos de cualquier ofensa – o amenaza de ofensa – a su personalidad, siendo el daño moral la concretización de esa ofensa.

En el lado asertivo se expresa, las siguientes características propias del daño moral:

- 1.- El daño moral es, en general, considerado una lesión de derecho no patrimonial, cuando se entiende el patrimonio como un conjunto de bienes materiales de la

persona, mas puede ser identificado, como una lesión psicofísica, capaz de alcanzar el patrimonio moral del individuo.

2.- El daño moral siempre envuelve a los derechos de la personalidad o derechos fundamentales del individuo.

3.- El daño moral, al contrario que el daño material, no es homogéneo, y se puede presentar en una multiplicidad de formas, exigiendo también variedad en los medios de reparación. (Aguilar, 2011). De hecho, hay varias especies de daño moral, en cambio, el daño material admite una única división, entre daños emergentes y lucros cesantes, siempre derivando de interés que causa perjuicio económicamente apreciable.

4.- Aunque el elemento dolor, en sus modalidades físicas o emocional, está presente en la mayor parte de los casos, en que se verifica el daño moral, en verdad este se trata de puro reflejo o consecuencia de la lesión. Anderson Schreiber resalta ser posible a la ocurrencia de daño moral sin sufrimiento.

5.- Por fin, el daño moral suscita perjuicio que no puede ser evaluado económicamente por criterios matemáticos – daño emergente y lucros cesantes, por ejemplo – debiendo ser estimado mediante otros criterios, que oscilan bastante, dependiendo de la naturaleza jurídica atribuida a la indemnización de los daños morales.

Las características antes mencionadas son importantes al daño moral causado a la persona física y no pueden ser expandidas para el ámbito de reparación de daños morales causados a la persona jurídica. De hecho, las personas jurídicas no tienen derechos fundamentales o derechos de la personalidad, que son propias de la persona humana.

2.5.- La evolución de los daños morales y su indemnización en el derecho ecuatoriano

El Dr. Gil Barragán, diputado ecuatoriano en el año 1984, presentó un proyecto de “Ley sobre la reparación de daños morales”, el 27 de febrero de ese mismo año y es a partir de esa fecha que se ha venido utilizando esta figura legal en el Ecuador.

El objetivo principal de esta ley, para el Dr. Gil Barragán, era que de alguna manera se pueda tomar la indemnización como una compensación, por los daños causados a la víctima y no como equivalencia, y esto es porque no se puede determinar un valor monetario equivalente al daño que se causó, pero si pueden establecer una compensación proporcional, que no solo tenga relación con dinero sino también otro tipo de reparación.

Es el 13 de junio del mismo año, que se publicó la ley 171, y de esta manera se reformaba el código civil ecuatoriano, en los siguientes puntos:

- No solamente se establecería la pena en casos de delitos y cuasidelitos, sino también se determinaría la reparación por el daño moral causado.
- Ahora los jueces tenían la potestad de analizar el valor de la indemnización dependiendo de la gravedad del delito.
- Determinaron los sujetos que eran capaces de demandar daño moral, y
- Hacía hincapié que las indemnizaciones por daños morales, eran independientes a aquellas que estaban normadas en otras leyes.

Hasta antes de esta fecha, sólo se hablaba de daño moral, como situaciones similares a la reparación a la honra de una persona, pero ahora todas las personas que sufrían de daño moral, podían exigir indemnizaciones. Claro está que la honra de una persona no se puede cuantificar monetariamente, de forma equivalente, pero si puede haber un resarcimiento proporcional, que de alguna manera permita que la víctima u ofendido pueda reparar el daño que le han causado.

De ahí para adelante en el código civil ecuatoriano, se ha producido modificaciones, buscando siempre proteger a las personas, respetando los derechos que se basan en moral. De acuerdo, al Art. 2233;

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

Con este artículo, se abre la posibilidad no solo que la víctima sea el único que pueda demandar, sino también se les dio la facultad a representantes legales, familiares y todo aquel que pueda plantear alguna demanda por daño moral.

2.6.- Fundamentos jurídicos en la reparación de daños morales

De modo general, son resaltados de los fundamentos para la reparación de los daños morales, la satisfacción compensatoria y la pena privada. (Salazar, 2012)

En la doctrina de satisfacción compensatoria, la prestación es hecha de acuerdo con el daño sufrido, se destina a compensar la víctima por el menoscabo soportado, funcionando como un lenitivo. La prestación es hecha teniendo en cuenta la extensión de la lesión y se destina a compensarla, la semejanza de lo que ocurre en la reparación del daño patrimonial, guardadas las debidas diferencias entre los dos tipos de daño. (López, 2012)

Ya en la de la pena privada, se sustenta que la reparación por equivalencia es artificial, una vez que lo que la víctima realmente quiere, y lo que le es concedido, es el reconocimiento de su derecho mediante el castigo del ofensor. (López, 2012). Se trata de simples afirmaciones de existencia de tutela jurídica, esa es, actualmente, la corriente meno numerosa.

La función punitiva también puede estar revestida de la llamada teoría de desestimulo – función pedagógica o *deterrence* – según lo cual se debe insertar en el ámbito de la indemnización, cuantía suficiente a desestimar al ofensor a no persistir en el comportamiento lesivo. Se trata, por lo tanto, de un efecto preventivo de daños morales.

Acerca de la función de la reparación de los daños morales. Agostino Alvim resalta que, por un lado, si esta fuera caracterizada como pena, nada impediría que el valor de la indemnización fuese previamente tasado, por otro lado, si fuese entendida como reparación, la previa fijación no se configuraría justa, ni realizable, en razón de la infinita variedad de casos en que pudiera surgir. Es interesante resaltar, todavía, que tal observación jamás es llevada en cuenta por los defensores de naturaleza punitiva de la indemnización de los daños extra-patrimoniales. (Alvin, 2013)

Yussef Said Cahali, defiende la naturaleza misma de la reparación, al respecto de considerar que el carácter de pena concedido a los daños morales era lo que hacía que algunos doctrinadores se opongan a la posibilidad de reparación de tales daños, sobre la fundamentación de que la pena es incompatible con el derecho privado. (Cahali, 2010)

2.7.- Criterios para la compensación del daño moral

La cuestión de formulación de criterios para la compensación de daño moral sigue siendo sin disposición legal, una vez que lo referido en el estatuto civil no dispone sobre el asunto. El juez continuará con la incumbencia de, en el examen de caso concreto, conceder o no la indemnización, graduándola de acuerdo con el sufrimiento experimentado por la víctima. (Rodríguez, 2014)

Muchos son los que critican el excesivo albedrío concedido al juez, lo que, con todo, no resulta en el fortalecimiento de la aplicación de criterios de tarifas, mediante los cuales el valor de indemnización de daño moral es prefijado, de acuerdo con la hipótesis en que se encaja el caso concreto. Sería, de esta forma, concedida

determinada cuantía para los casos de homicidios, otro para las lesiones corporales deformantes, y así sucesivamente.

Silvio de Salvo, nombra como criterios a ser utilizados, las condiciones personales del lesionado, el sufrimiento por el soportado, las circunstancias traumáticas de la conducta del ofensor – lo que no deja de ser evaluación de la culpabilidad – aquellas que afectan a la víctima y también su edad. El autor confiere especial importancia al factor edad, afirmando que, por un lado, conceder una indemnización muy grande a quien ya tiene edad avanzada puede beneficiar más a sus herederos que a ella misma, lo que no sería la finalidad de la indemnización, y, por lo tanto, atribuir indemnización ínfima a un joven, bastante traumatizado, también no sería correcto. (Salvo, 2012)

Se entiende que la edad de la víctima debe ser llevada en consideración en medida en que sea necesaria para determinar la extensión del daño sufrido. El factor de edad puede, así, generar una diferenciación en el caso de lesión deformante, que, de modo general, será más penosa para una persona joven, que, para una persona más vieja, consideradas ambas en igualdad de condiciones. No se puede, todavía, concordar con asertividad de que siempre una persona más vieja debe recibir indemnización menor, que la de un joven, porque esto acabaría beneficiando a sus herederos. La responsabilidad civil debe medir la extensión del daño para conceder a la víctima una indemnización integral, teniendo en cuenta el principio de la dignidad humana.

María Diniz, partidaria, como muchos, de naturaleza misma de reparación de los daños morales, en los criterios a ser observados para la indemnización de esos daños.

3.- RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROFESIONALES EN ECUADOR

3.1- La responsabilidad subjetiva contractual

El ser humano es un ser social interactivo, y, por consiguiente, establece su existir a través de constantes relaciones humanas de intercambio de experiencias, aprendizaje y crecimiento personal. Por eso, las personas necesitan de una vida en colectividad. Todavía, donde existen colectividad, sociedad y personas, es indispensable que existan normas (reglas y principios) que regulen a los seres sociales. Vale resaltar que, en ese sentido, esas normas pueden ser jurídicas, morales, religiosas, convencionales, éticas, y hasta basadas en la tradición y costumbre de determinada sociedad o cultura.

Dicho esto, la responsabilidad civil nace justamente de la necesidad de evolución de las relaciones conflictivas, antes resultas en base de la auto-tutela, evolucionando para la posición pecuniaria. De esa manera, históricamente se sabe que la necesidad procura de un retorno satisfactorio al daño causado a la víctima fue ratificada desde el comienzo de las primeras civilizaciones. Posteriormente, la acción de culpa surge pasando por un proceso de modificaciones en su aplicación, al paso que jurisprudencia, acoge las necesidades primarias de la vida social, expandiendo en su concepto, hasta llegar al periodo en que las nociones de riesgo y garantía ganan fuerza para sustituirla.

La responsabilidad subjetiva resulta de una culpa, esto es, de una acción intencional que perjudica a alguien. La responsabilidad objetiva, a su vez, que parte de la teoría del riesgo, prevé que la víctima debe ser indemnizada, sin necesidad de haber comprobado que haya culpa, basta con el simple dolo y el nexo de causalidad, siendo suficiente para determinarla como responsabilidad civil subjetiva.

De acuerdo al Código Civil Ecuatoriano, en el Artículo 1453, “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones...”, esto quiere decir, que todo profesional que brinde sus servicios, está obligado a cumplir con lo establecido previamente con el cliente.

Conforme Oliveira, la culpa para los defensores de la teoría de la responsabilidad subjetiva, es el elemento básico que genere el deber del ofensor de reparar el daño. Por lo tanto, para que la determinada persona sea obligada a compensar el perjuicio ocasionado a otra, por su actitud, es necesario que esta se presente en estado de plena consciencia, es decir, que tenga intención, caracterizando, con eso, el dolo.

3.2.- La responsabilidad civil del profesional en Ecuador y su indemnización.

La actividad profesional es un conjunto de actividades practicadas por un sujeto, en recurrencia del ejercicio de su oficio, en caso, profesionales autónomos o subordinados. Todos los profesionales son susceptibles de cometer un error en el ejercicio de su actividad.

En el ejercicio de una actividad profesional puede generar responsabilidades importantes hacia el cliente y terceros, tanto para los profesionales que lo desarrollan como a las empresas para quien prestan sus servicios. En los últimos años han sucedido una serie de cambios que originarán un aumento importante en las necesidades de consultoría y protección hacia el riesgo para este tipo de actividades:

- Las exigencias, por parte de los clientes, cada vez mayores.
- El aumento notable de número de reclamos.
- Aumento de los gastos judiciales con el origen de estos procesos.

Tomando en cuenta que el profesional en general, realiza una actividad en el desempeño de su actuación profesional, esta estará siempre en el campo de responsabilidad contractual. (Gagliano, 2011) , es decir, que se puede inferir que la responsabilidad civil recurrente del ejercicio de una actividad profesional es responsabilidad contractual y no extracontractual.

María Diniz, en el mismo sentido, entiende que: “A los profesionales en general, se aplican las nociones de obligación del medio y de resultado, que parten de un

contrato, luego no puede dejar de ser contractual la responsabilidad recurrente de la infracción de esas obligaciones”. (Diniz, 2010, pág. 45).

Basándonos en el pensamiento de María Diniz, el Código Civil en su artículo 1454, contempla la definición de contrato; “...acto por el cual una parte se ve obligada para con otra, hacer o no hacer alguna cosa...”. Es decir, que todos los profesionales estarán sujetos a obligaciones, las cuales fueron acordadas en la firma del contrato. Pero para entender mejor sobre la responsabilidad civil por daño causado en el ejercicio profesional, es importante distinguir entre obligación del medio y obligación de resultados.

Se entiende como obligación del medio, aquella en que el profesional se compromete a usar de prudencia y diligencia normal para la prestación de cierto servicio, siguiendo las mejores técnicas, con el objetivo de alcanzar determinado resultado, ejemplo: Obligación de médico, abogado, es decir, en el ejercicio de ambas profesiones, los profesionales no pueden garantizar el resultado pretendido.

En la obligación de resultados, el profesional, es obligado a producir los resultados esperados por el usuario del servicio. Ejemplo: contrato de transporte, obligaciones del cirujano plástico, al menos que se trate de una cirugía plástica reparadora, en que la obligación será del medio. Con relación al elemento anímico, sería de responsabilidad profesional subjetiva.

La vida en sociedad solamente es posible a través de las relaciones entre las personas. Sea desde el punto de vista personal o profesional, todos los actos practicados implican en asumir sus efectos. Si una persona actúa de forma errada, según principios morales y éticos. Si actuar en desacuerdo con las reglas establecidas en leyes y reglamentos, estará delante de la responsabilidad legal. Los profesionales están sujetos a las responsabilidades relacionadas al ejercicio de su profesión, estas son:

- Civil
- Penal
- Administrativa

Responsabilidad Civil: Es la aplicación de medidas que obliguen la reparación de daño moral o patrimonial causado a terceros. La responsabilidad civil del profesional, está fundamentada en el Código Civil Ecuatoriano.

De acuerdo al Código Civil Ecuatoriano, los profesionales de forma general deberán responder de acuerdo a la graduación de la culpa que allí se establecen: Art. 29, “Culpa grave, negligencia grave, culpa lata”, este tipo de culpa es aquella que tiene relación en manejar negocios ajenos de una manera que no lo haría si el negocio fuera propio. “Culpa leve, descuido leve, descuido ligero”, esta culpa tiene relación a la falta de diligencia y cuidado que dan a sus propios negocios. “Culpa o descuido levísimo”, tiene que ver con la falta de meticulosa diligencia que cualquier persona debería poner en la administración de sus negocios.

La víctima tiene derecho de ser indemnizada por el individuo que practica el crimen por los daños materiales y morales que este le ocasione. Esto de acuerdo al Art. 1572 del Código Civil Ecuatoriano, que dispone, que, “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse incumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”, es decir, que, en cualquiera de estas figuras legales, el ofensor debe indemnizar a la víctima.

CONCLUSIONES

Las consideraciones formuladas a lo largo de este trabajo corroboran la importancia del análisis cuidadoso de la responsabilidad de los profesionales y de la indemnización de los daños. A continuación, se presentan las siguientes conclusiones alcanzadas en este estudio:

- La característica de la conducta que genera responsabilidad debe alejarse de la consideración de la antijurídica o ilicitud, una vez que se admite responsabilidad que se deriva de la conducta lícita.
- La clasificación de la culpa de acuerdo con la gravedad (lata, leve, levísima), pasó a tener importancia.
- Daño es toda lesión, sufrida por el ofendido, de intereses tutelados por el orden jurídico, que pueden ser de carácter patrimonial o de carácter moral. El daño material consiste en la lesión que afecta un interés relativo o patrimonio económico de la víctima y se divide en daño emergente y lucro cesante. El daño emergente es un daño positivo, representado por la concreta disminución del patrimonio. El lucro cesante es un daño negativo, debido al hecho de que la víctima ha dejado de obtener un beneficio en función de un incidente malo.
- Lucro cesante no se confunde con la teoría de pérdida de una oportunidad, en el primer caso, las probabilidades de ocurrencia de la expectativa frustrada se encuentran en grado máximo, no hay que hablar de incerteza. En la pérdida de oportunidad, no se sabe cuál es el resultado que la concretización de la oportunidad tendría, además se trata de daño emergente, ya que no implica el resarcimiento de un lucro que eventualmente se puede verificar, el daño actual y cierto derivado de la frustración de la oportunidad.
- Personas jurídicas no sufren daño moral, pues no poseen derechos de personalidad, que son inherentes exclusivamente a las personas.

- Los criterios de evaluación del daño moral se desarrollan del fundamento que le sea concedido. Son compatibles con la función exclusivamente compensatoria, los criterios de extensión de daño y de las condiciones personales de la víctima.

REFERENCIAS

- Aguiar, D. J. (2011). *De la responsabilidad Civil - 2da edición*. Editorial: Norma.
- Alvin, A. (2013). *De las obligaciones y sus consecuencias*. Santiago de Chile.
- Bittar, C. A. (2009). *Responsabilidad Cívil - teoría práctica*. Editorial: Forense.
- Briz, J. (2011). *La responsabilidad civil - derecho sustantivo y derecho procesal. 3 edición*. Editorial: Montecorvo: Madrid.
- Cahali, Y. (2010). *Daño moral*.
- Calvalieri, F. (2011). *Programa de responsabilidad civil*.
- Costa, C. (2012). *Código Cívil en la visión del abogado*.
- Cruz, G. (2014). *La gran oposicion que se hace a la teoria de equivalencias de los antecedentes causales*.
- Diniz, M. H. (2010). *Curso de Derecho Civil*. Editorial: Responsabilidad Civil.
- Gagliano, P. (2011). *Responsabilidad civil, 10 Edicion*. Lisboa.
- Gomez, L. (2011). *Elemento de responsabilidad civil*.
- Goncalvez, C. (2013). *Responsabilidad Civil*.
- Hironoka, G. (2015). *Responsabilidad Presupuesta*.
- Iturraspe, J. M. (2012). *Responsabilidad por daños - parte general*.
- Lalou, H. (2011). *La responsabilidad civil: principales elementos*. Editorial: Castro.
- Lalou, H. (2012). *La responsabilidad civil: Principios elementales et applications pratiques. 2 Ed.*. Paris.

- López, T. (2012). *El daño estético . responsabilidad cívil. 2 Ed. .* Editorial: Revista de los Tribunales.
- Rodríguez, S. (2014). *Derecho Civil - responsabilidad civil. V. 4.*
- Salazar, A. (2012). *Reparación de daño moral.* Editorial: Juridico.
- Salvo, V. S. (2012). *Responsabilidad Civil.*
- Savatier, R. (2012). *La responsabilidad civil .* Editorial: Paris: Paris.
- Schreiber, A. (2009). *Nuevos paradigmas de la responsabilidad civil.*



**Presidencia
de la República
del Ecuador**



**Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes**



SENESCYT
Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **López Rojas Valeria Johanna** con C.C: # **0927267583** autor/a del trabajo de titulación: **La responsabilidad profesional y la reparación de daños**, previo a la obtención del título de **ABOGADA DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**, en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 26 de agosto del 2017

f. _____

López Rojas Valeria Johanna

C.C: 0927267583



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA			
FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN			
TEMA Y SUBTEMA:	La Responsabilidad profesional y la reparación de daños.		
AUTOR(ES)	Valeria Johanna López Rojas		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Ab. María Denisse Izquierdo Castro, Mgs.		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA:	Carrera de Derecho		
TÍTULO OBTENIDO:	Abogada de los tribunales y juzgados de la República del Ecuador		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	26 de agosto del 2017	No. DE PÁGINAS:	43
ÁREAS TEMÁTICAS:	Civil		
PALABRAS CLAVES/KEYWORDS:	Responsabilidad Profesional, civil, daño, culpa, obligación.		
<p>RESUMEN/ABSTRACT: El trabajo tiene como objetivo el análisis de la responsabilidad profesional orientada para la extracción de las características que le son peculiares, así como la reparación de daños en sus diversas modalidades. Son abordados los siguientes temas: elementos esenciales de la responsabilidad civil, el daño en sus diversas modalidades. La investigación utiliza dos métodos, el dialéctico, que se consubstancia en el análisis y discusión de las posiciones antagónicas sobre los temas diversos y el análisis jurisprudencial, cuyo propósito es abstraer los diversos acuerdos. Entre una de las conclusiones a las que se llegó, es que todos los profesionales responden por acto propio y acto de tercero, así como también la clasificación de la culpa de acuerdo con la gravedad, pasa a tener importancia para efectos de responsabilidad civil.</p> <p>The objective of the work is the analysis of the professional responsibility oriented to the extraction of the characteristics that are peculiar to him, as well as the repair of damages in its diverse modalities. The following issues are addressed: essential elements of civil liability, damage in its various forms. The research uses two methods, the dialectic, which is based on the analysis and discussion of antagonistic positions on various topics and jurisprudential analysis, whose purpose is to abstract the various agreements. One of the conclusions reached is that all professionals respond by own act and act of third party, as well as the classification of guilt according to gravity, becomes important for purposes of civil liability.</p>			
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	TELÉFONO: +593-0988929487	E-mail: valeria27lopez@gmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Ab. Paolo Toscanini Sequeira, Mgs.		
	Teléfono: +593-3704160 ext: 10011		
	E-mail: paola77@hotmail.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			