



**Universidad de Cuenca**

**Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales**

**Maestría en Derecho Laboral y Seguridad Social**

“Análisis de la resolución dictada por la sala especializada de lo civil y mercantil de la corte nacional de justicia emitida el 07 de mayo del 2019 dentro del procedimiento por daño moral seguido por la Sra. M.B.B.G en contra de Banco de Guayaquil (01333-2018-00138)”

**Trabajo de titulación previo  
a la obtención del título de Magíster en  
Derecho Laboral y Seguridad Social**

**Autora:** Ab. Andrea Carolina Loaiza Montero

C.I. 070482762-5

**Correo electrónico:** cloizamontero@gmail.com

**Director:** Dr. Fernando Teodoro González Calle

C.I. 010357686-4

Cuenca – Ecuador

21 de Octubre 2020



## Resumen

El presente trabajo realiza un análisis crítico en torno a aquel daño moral que surge por conclusión del nexo laboral entre trabajador y empleador, específicamente, a consecuencia de un despido intempestivo, es decir, por la voluntad unilateral del patrono de dar por terminado el contrato de trabajo.

El método utilizado es el cualitativo, mediante el análisis jurídico del caso N.º 01333-2018-00138 referente a la acción civil de daño moral ejercida por la señora M.B.B.G. en contra del BANCO GUAYAQUIL y que tiene como antecedente un despido intempestivo por motivos discriminatorios.

El objetivo de este trabajo es determinar que fundamentos utilizan los administradores de justicia en sus resoluciones, tanto en los Tribunales de instancia, como en el de casación frente a casos en los que, previamente, ya se ha acreditado una indemnización por despido por motivos discriminatorios en el ámbito laboral, adicional a la del despido intempestivo.

**Palabras claves:** daño moral – despido intempestivo – despido discriminatorio – sentencias – justicia ordinaria



## **Abstract**

The present degree work makes a critical analysis around the issue of moral damage, same that appears from the ending of an employment relationship, between worker and employer, specifically, as a result of an unjustified layoff, that is to say, by the unilateral will of the employer to terminate the employment contract.

The method used is the qualitative one, by discussing the legal analysis contained on the legal case No. 01333-2018-00138, referring to the civil action of moral damage put forward by Mrs. M.B.B.G. against BANCO GUAYAQUIL and which has as an antecedent an unjustified layoff due to discriminatory reasons.

All this work is intended to establish the foundations used by the administrators of justice in their judicial decisions, both in the Trial Courts and on the Court of Cassation, against legal cases where there was previously an indemnity for loss of employment in the workplace due to discriminatory grounds, an additional compensation besides the unjustified layoff.

**Keywords:** moral damage - unjustified layoff - discriminatory dismissal - sentences - ordinary justice



## Índice

Resumen	1
Abstract	2
Índice	3
Cláusula de Licencia y Autorización para Publicación en el Repositorio Institucional	5
Cláusula de Propiedad Intelectual	6
Agradecimiento	7
Dedicatoria	8
Introducción	9
Capítulo I	11
Marco teórico	11
1.1.- Planteamiento del Problema	11
1.2.- Propositiones o Hipótesis	12
1.2.1.- Hipótesis de la Parte Accionante.	12
1.2.2.- Hipótesis de la Parte Accionada.	12
1.3.- Unidad de Análisis	13
1.4.- Contexto del Caso	13
1.4.1 Antecedentes.	16
1.5.- Lógica que Vincula los Datos	17
1.5.1.- Preguntas guías.	17
1.6.- Localización de las Fuentes de Datos	17
1.7.- Análisis e Interpretación	17
1.8.- Informe Previo del Caso N° 01333-2018-00138	18
1.8.1.- Datos Generales.	19
1.8.2.- Descripción del caso.	19
1.9 Fuentes de Consulta	21
1.10 Recursos	21
Capítulo II	22
La Acción por Daño Moral, por Despido Intempestivo y Discriminatorio	22
2.1. Naturaleza Jurídica del Daño Moral	22
2.1.1. La prueba del daño moral.	24
2.1.2.- Partes legitimadas que intervienen en una acción por daño moral.	29
2.1.3.- Criterios para la cuantificación del daño.	32
2.1.4.-Sobre el arbitrio judicial.	35
2.2. La Acción Indemnizatoria por Despido Intempestivo y Discriminación	37
2.2.1.- La acción indemnizatoria por despido intempestivo.	37
2.2.2.- La acción discriminatoria.	39
2.2.3.- El daño moral con ocasión de la terminación de una relación laboral: despido intempestivo y discriminatorio.	45



2.3. El Daño Moral Laboral en el Escenario Internacional: Criterios Jurisprudenciales _____	49
Capítulo III _____	56
Caso N° 01333-2018-00138: Análisis Jurídico de las Resoluciones Dictadas en Primera y Segunda Instancia y Casación _____	56
3.1 Normas y Derechos en Conflicto _____	56
3.2 Problemas Jurídicos establecidos en las Sentencias _____	57
3.3 Argumentos y Pretensiones de las Partes _____	66
3.3.1 Accionante. _____	67
3.3.2 Accionado. _____	69
3.5 Motivación Jurídica de la Corte Nacional de Justicia _____	73
3.6.- Entrevista realizada a Profesionales del Derecho como instrumento de la investigación _____	77
Conclusiones _____	80
Recomendaciones _____	82
Anexos _____	83
Bibliografía _____	92



## Cláusula de Licencia y Autorización para Publicación en el Repositorio Institucional

Andrea Carolina Loaiza Montero, en calidad de autora y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación “Análisis de la resolución dictada por la sala especializada de lo civil y mercantil de la corte nacional de justicia emitida el 07 de mayo del 2019 dentro del procedimiento por daño moral seguido por la Sra. M.B.B.G en contra de Banco de Guayaquil (01333-2018-00138)”, de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

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

Cuenca, 15 de julio de 2020

---

Andrea Carolina Loaiza Montero

C.I: 070482762-5



## Cláusula de Propiedad Intelectual

Andrea Carolina Loaiza Montero, autora del trabajo de titulación “Análisis de la resolución dictada por la sala especializada de lo civil y mercantil de la corte nacional de justicia emitida el 07 de mayo del 2019 dentro del procedimiento por daño moral seguido por la Sra. M.B.B.G en contra de Banco de Guayaquil (01333-2018-00138)”, certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor/a.

Cuenca, 15 de julio de 2020

A handwritten signature in blue ink that reads "C. JOAZA MONTEZ".

---

Andrea Carolina Loaiza Montero

C.I: 070482762-5



## **Agradecimiento**

A Dios, siempre a él,  
pues de su mano  
lo puedo lograr todo en la vida.





## **Dedicatoria**

Con todo mi amor, a mi mami Inés y María José  
quienes, de forma desapercibida y silenciosa,  
contribuyeron a mi formación,  
a ellas este reconocimiento.



## Introducción

Uno de los derechos más efectivos contenidos en el ordenamiento jurídico laboral a favor del trabajador es el que sanciona al empleador cuando aquel decide terminar unilateralmente el contrato de trabajo, es decir, sin que medie causa alguna justificada y contemplada en la ley, debiendo someterse al sufragio de una cantidad de dinero tarifada y que, en la legislación ecuatoriana, lleva el nombre de despido intempestivo. Más aún, aquella que recibe el trabajador cuando la ruptura de la relación laboral se ha originado por motivos discriminatorios. La exclusión en el trabajo es una realidad y ocurre en todo tipo de ambiente laboral, pudiendo generarse desde el inicio (al momento de la contratación), desarrollo (ejecución del contrato) o terminación de una relación de trabajo (conclusión) debido a que cada vez es más evidente los despidos con causa discriminatorias (Varela & Sesin, 2013). Si bien el Código del trabajo es proteccionista en cuanto a la defensa del trabajador cabe recalcar que es muy limitado en cuanto a brindar garantías reales y suficientes para los trabajadores que se encuentran en situaciones aún mayores de desventaja que las normales, propias de toda relación laboral. Una de ellas es contemplar indemnizaciones tarifadas que atienden exclusivamente el tiempo de la prestación del servicio, desconociendo por completo la protección de derechos laborales no patrimoniales que incurren en forma directa en el fuero interno de un individuo.

Desde siempre, en el ámbito civil, quien alega padecer un daño extrapatrimonial que recae en su órbita intrínseca y logra justificarlo con los mecanismos probatorios correspondientes es merecedora de una indemnización que compense las aflicciones padecidas y, en la medida de lo posible, le devuelva a su estado anterior. La legislación laboral no ha previsto disposiciones que amparen al trabajador afectado en su psiquis a consecuencia de una conducta unilateral del empleador, indemnizándolo por el daño moral acaecido, en lo absoluto, debido a que cuando esas situaciones se presentan es obligatorio acudir a la legislación común y aspirar de ella una resolución favorable.

De tal manera que, en un ambiente de estricta justicia, se vuelve importante el análisis y tratamiento jurídico de las sentencias de los administradores de justicia frente a estos casos, específicamente al criterio jurisprudencial que versa en este caso, en donde una conducta generada en un ambiente laboral deriva aflicciones en la órbita civil, más aún cuando el empleador ya ha sido sancionado por su obrar y



obligado a sufragar indemnizaciones a favor del trabajador, que en estos casos vuelve a ser accionante en un juicio civil por daño moral.

Del análisis del presente caso se observa como desde la etapa inicial, los juzgadores consideran acciones separadas e independientes la indemnización por daño moral de las laborales, es decir, la procedencia de la acción moral de un trabajador. Lo cual no implica que todo despido va a generar la obligación en el empleador de resarcir daños meramente morales, pues aquello dependerá de la estrategia de defensa, de los medios probatorios que los sujetos procesales adjunten en sus actos de proposición y de la manera en cómo los evacúen en la audiencia correspondiente.

Finalmente vale la pena sostener que el daño moral, al ser un hecho presente en las relaciones sociales, no puede negarse su accionar a determinados ámbitos del derecho, pues limitarlo a una rama en específico implicaría desconocer su existencia, más aún cuando aquel se da en el contexto de una relación que desde su origen posee integrantes que no fluyen en igualdad de condiciones: trabajador y empleador y, en donde el obrar de quien ejerce el dominio de los medios de producción, puede generar daños extrapatrimoniales a la parte más débil de la relación pero aquello dependerá de atender la particularidad de cada caso.



## Capítulo I

### Marco teórico

#### 1.1.- Planteamiento del Problema

En la actualidad, el contenido de las disposiciones legales generales previstas en el Código del trabajo, así como en otros cuerpos normativos, desde el punto de vista exclusivo de la defensa del trabajador, se advierte, a simple vista, como una herramienta absolutamente eficaz para hacer valer todos los derechos por parte de aquellos, es así que su vulneración es merecedora de fuertes indemnizaciones que el empleador debe sufragar a favor de su empleado.

Sin embargo, ¿qué ocurre cuando esa vulneración causa un daño que va más allá de los simples efectos de la terminación de una relación laboral?. Es evidente que, justificada la existencia del daño, ese quebrantamiento deba ser resarcido por todos los perjuicios producidos, incluyendo el moral.

Por eso se señala que:

Como principio general de la responsabilidad se tiende a postular que cuando se causa daño a otro afectando sus bienes, lesionando su integridad corporal o vulnerando su conjunto de derechos fundamentales, el responsable está obligado a reparar las consecuencias de la afectación del interés lícito de la víctima. (Sandoval Garrido, 2013, párr. 1)

En la legislación ecuatoriana, en lo que respecta a la práctica judicial por reclamaciones de índole laboral es común que se establezcan diferentes mecanismos para la obtención por parte del trabajador de indemnizaciones de carácter pecuniario en relación directa con la relación de trabajo que, por lo general, se da cuando la misma ha llegado a su culminación. No obstante, “su naturaleza no es la de una indemnización de tipo compensatoria o reparatoria del daño efectivamente causado” (Gamonal, 2016, p. 309).

Cuando se habla de este tipo de indemnizaciones, es decir, aquellas no ordinarias, que no se enmarcan directamente con las que, por derecho, una vez probados los hechos alegados, tiene el trabajador al finalizar la relación laboral, estamos frente al daño moral. Su regulación está en el Código civil, cuerpo normativo supletorio al Código del trabajo, en sus disposiciones se encuentra la prerrogativa que tiene todo individuo al resarcimiento a través de un mecanismo compensatorio.



Tal como lo sostiene Zavala Gamboa (2014) el daño moral, en las relaciones contractuales laborales, se da por la situación de subordinación que existe entre trabajador y empleador, en donde este último, debido a su facultad de disposición puede exponer al trabajador a situaciones que le generen algún tipo de menoscabo. Empero de aquello, surge la necesidad de delimitar cuando ese perjuicio proviene de la exclusiva relación laboral o, si aquel ha afectado derechos que sobresalen esa esfera.

Para efectos de este análisis de caso, es preciso señalar que el objeto de estudio girará en torno a la figura de daño moral que tenga por sujeto, por un lado, al empleador como causante del daño y la posterior afectación provocada en la persona del trabajador, teniendo como antecedente la alegación de una supuesta conducta antijurídica desempeñada por su patrono.

## **1.2.- Propositiones o Hipótesis**

Para ello se planteó como hipótesis: Si el daño moral, reconocido en la legislación ecuatoriana, tiene como finalidad el derecho al resarcimiento de la víctima por el daño producido en su persona en cualquier esfera del derecho, significa acaso que se debe permitir que todo trabajador tenga derecho a reclamar indemnizaciones morales a consecuencia de la terminación intempestiva de una relación laboral.

Dentro del presente JUICIO N.º 01333-2018-00138, referente a la acción por daño moral planteada, se encontró las siguientes hipótesis:

### **1.2.1.- Hipótesis de la Parte Accionante.**

a) ACCIONANTE: M.B.B.G.

“Por lo expuesto, recurro ante su autoridad y demando a Banco Guayaquil S.A. en la persona de su representante legal Ángel Caputi Oyague, en su calidad de Presidente Ejecutivo, Representante Legal, Judicial el pago de una indemnización pecuniaria por concepto de DAÑO MORAL causado a mi persona como consecuencia del dolor, el sufrimiento, y la grave angustia sufrida al haber sido despedida intempestivamente por mi condición de enferma de cáncer.”

### **1.2.2.- Hipótesis de la Parte Accionada.**

b) LEGÍTIMADO PASIVO: Iván Roberto Cuesta Robalino, en calidad de Procurador Judicial del BANCO GUAYAQUIL S.A.

“La demanda es absolutamente improcedente. El banco, considerando que en nuestro país la estabilidad de los trabajadores es relativa y no absoluta, despidió a la



actora y, obviamente, por tal situación canceló las indemnizaciones correspondientes. Con su proceder la entidad que representamos no ha hecho sino ejercicio de una situación claramente regulada y hasta sancionada en la ley; por lo tanto, aquello no implica la existencia de un daño moral que deba por nosotros ser reparado, pues si así fuese ningún empleador optaría por tal particular para desvincular a un trabajador.”

### **1.3.- Unidad de Análisis**

Análisis del caso N.º 01333-2018-00138, relativo al juicio por daño moral planteado a consecuencia de considerar que la terminación de la relación laboral se produjo por discriminación por enfermedad catastrófica planteado por la señora M.B.B.G., quien compareció el 09 de enero de 2018 ante la Unidad Judicial de lo Civil de Cuenca, la cual dictó sentencia negando la pretensión, el 04 de junio de 2018; resolución que fue apelada y resuelta el 31 de octubre de 2018 por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, fallo emitido en fecha 31 de octubre del mismo año; del cual se recurrió a través del recurso de casación ante la Corte Nacional de Justicia, la cual casó la sentencia pero declaró sin lugar la demanda, el 07 de mayo del 2019, señalando el Tribunal que no justificado en el despido un cuasi delito o un ilícito civil imputable al empleador, como nexo causal productor del daño cuya indemnización se pretende, no procede la reparación demandada por daño moral.

### **1.4.- Contexto del Caso**

Para el presente análisis del caso se tomó en consideración dos principios de relevancia que se encuentran implícitos en toda relación laboral, aunque no de forma expresa. Principio de reparación ante un daño moral y principio de autonomía de las partes que comprenden, por una parte, a decir de Sandoval Garrido (2013), que toda afectación que se genere a los individuos, sea en su persona, cuerpo, mente o psiquis y sin que exista un fundamento jurídico, debe ser sujeto de resarcimiento, esto es, devolviendo a las personas a su estado anterior al daño con la intención de desaparecer esa situación de afectación o, si aquello no es posible, sustituirla por medios económicos que permitan al damnificado paliar su detrimento y, por otra, el principio básico del derecho contractual que implica la libertad que tienen los sujetos de poder autorregular en sus relaciones contractuales, los objetivos e intereses que más les favorezcan, determinando su contenido y efectos; sin embargo, en el campo



laboral, se encuentran supeditados al cumplimiento de requisitos legales sin los cuales no tendría validez alguna.

Es así que la reparación es el efecto jurídico de la producción de un daño antijurídico, es por ello que la noción de reparación va ligada a la idea de responsabilidad como su innata consecuencia. La idea de reparación también sugiere que el daño ha sido ya consumado, lo único que queda es aminorar sus efectos. Sin embargo, también sugiere el pensamiento que no ha podido prevenirse razonablemente la producción del daño (Cueva Carrión, 2015).

En ese sentido, la reparación hace referencia a una indemnización que comprende todos los daños causados, esto es, el daño emergente, el lucro cesante y, cuando sea viable, el restablecimiento del perjuicio moral. Y que una indemnización sea equitativa, naturalmente significa que sea proporcionada con el daño sufrido, o lo que es lo mismo, que repare el perjuicio causado (Navarro Espigares & Martín Segura, 2008).

Empero de lo ya mencionado, no todo perjuicio causado ya sea, a un tercero o a una parte contractual, así cumpla con todos los elementos de la responsabilidad, es un daño resarcible. Hay daños que cada persona deberá admitir, por tanto, será necesario determinar cuando éstos deberán ser indemnizados y cuando no (Lorezentti, et al., 2014).

El elemento de la antijuricidad para efectos de la determinación del daño, constituye un factor de excepcional trascendencia, de ahí que la sola existencia del daño no otorgue inmediatamente su resarcimiento, para aquello será indispensable que el mismo contenga el carácter de antijurídico y, además, que su cometimiento sea atribuible a una persona, es por ello que será lo antijurídico quien determine si un individuo estaba en la obligación legal, dentro de la teoría de los daños, de soportar la limitación de sus derechos (Botero Enrique, 2014).

En otros términos, tal como lo sostiene (Botero Enrique, 2014) la antijuricidad del daño no sólo se refiere al hecho que provocó una lesión o afectó el derecho que los individuos no estaban en la obligación jurídica de tolerarlo, sino que, aquella lesión apunte a una situación legítima, por cuanto si la misma es lícita no se podrá decir que tiene connotación antijurídica.

El ejercicio de la reparación al daño causado, sin distinguir ni importar si aquel proviene de una conducta ilícita o no, se encuentra garantizada en la esfera constitucional de cada ordenamiento jurídico, lo cual implica que la cuantificación del



resarcimiento responda a la dimensión del daño sufrido no es más que unos de los objetivos que persigue la justicia y el avance de las garantías de un Estado. No obstante, se advierte que la jurisprudencia constitucional sostiene que no existen derechos absolutos; sin embargo, se debe tener en cuenta que los derechos establecidos en la constitución no miran únicamente su cumplimiento en forma individual, pues la mayoría de aquellos miran el interés social, el beneficio colectivo (Sandoval Garrido, 2013).

No se puede desconocer, pese a la existencia del interés colectivo, el principio de autonomía de las partes, por aquel se entiende a aquella libertad que tienen los sujetos de poder tomar decisiones o establecer requisitos en sus relaciones contractuales, sean éstas de cualquier índole. La autonomía de la voluntad es un principio general del Derecho Civil, consiste en la libertad que reconoce el ordenamiento jurídico a los individuos, a fin de que los mismos autorregulen sus intereses. Esta autonomía se manifiesta a través del acto jurídico, herramienta que el derecho otorga a los sujetos para crear, modificar, transferir o aniquilar sus derechos y obligaciones (Wagner de Tizón, 2011).

A decir de Wagner de Tizón (2011) la autonomía de la voluntad produce efectos netamente legales, pues son a consecuencia de lo que el ordenamiento jurídico le permite generar, es por ello que tiene relación directa en aquel. La causa está en la libertad que tienen los individuos para definir sus relaciones y los efectos en los resultados de lo que las partes acordaron con anticipación, en ambos casos estarán a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico.

En el derecho laboral, al ser de carácter social, esa autonomía se encuentra un tanto restringida, en virtud de la subordinación que existe entre patrono y trabajador. Es por esa razón que la legislación ecuatoriana en un intento de equilibrar esa balanza ha dotado de una serie de medidas que protegen los derechos de los empleados respecto del poder del patrono. Considerando esa desventaja, siempre se deberán observar exigencias legales señaladas para el efecto.

Estas restricciones son primordialmente según Wagner de Tizón (2011) determinadas por factores económicos, en virtud de que la autonomía de la voluntad se materializa a través de un negocio jurídico conocido como contrato que es utilizado instrumento técnico para hacer posibles las pretensiones jurídico patrimoniales de las partes involucradas y que a su vez guardan ineludible relación con la organización política, económica y social existente en un Estado, en cierto momento de la historia.





Si bien esa restricción se encuentra presente en toda relación contractual laboral, no es menos cierto que el empleador, siempre que cumpla con las disposiciones legales impuestas en el ordenamiento jurídico puede hacer uso de las prerrogativas también constantes en el mismo, sin que aquello signifique un atentado a la protección que posee el trabajador.

#### **1.4.1 Antecedentes.**

En el estudio del caso en análisis, la acción por daño moral presentada por la señora M.B.B.G en contra de Banco Guayaquil S.A., en la persona de su representante legal, tiene como antecedente una acción de indemnización por despido intempestivo seguido por la misma actora en contra del mismo demandado, dentro de un procedimiento sumario de carácter laboral, cuya sentencia emitida el 04 de abril del 2017, por la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, que declaró parcialmente con lugar la demanda; se presentó recurso de casación ante la Corte Nacional de Justicia, llegando a ser casada parcialmente, resolviendo a favor de la actora y ordenando que el Banco Guayaquil en las personas de sus representantes legales, paguen a la actora, además de la indemnización que se ordena pagar en la sentencia de segunda instancia (\$52.794.96), la cantidad de veinte y seis mil trescientos noventa y cuatro dólares, (Usd. 26,394), valor al que asciende la indemnización que se ordena pagar en esta sentencia por no haber recibido a la trabajadora en su lugar de trabajo en iguales condiciones anterior a la enfermedad.

A partir de aquello, la señora M.B.B.G. presentó una acción indemnizatoria por daño moral, en materia civil, argumentando en lo principal que, el haber sido despedida intempestivamente por su condición de enferma de cáncer, le ha causado en su persona dolor, sufrimiento y grave angustia.

En este sentido, la Corte Nacional de Justicia, al analizar el caso en concreto, sostiene que en la sentencia impugnada, los jueces de apelación, no explican los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de la prueba como la interpretación y aplicación del derecho, además señalan que la misma es de difícil comprensión, obligando al Tribunal aceptar el cargo de falta de motivación y a casar la sentencia emitida el 31 de octubre del 2018 por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, así como también a dictar sentencia de mérito declarando sin lugar la demanda, al no haberse justificado el nexo causal entre el sufrimiento alegado y las actuaciones de la institución demandada.

## **1.5.- Lógica que Vincula los Datos**

### **1.5.1.- Preguntas guías.**

1. ¿Cuál es el efecto jurídico que subyace en la decisión N.º 01333-2018-00138 de la Corte Nacional de Justicia, respecto del daño moral en la terminación de una relación laboral?
2. ¿Puede la terminación de una relación laboral generar consecuencias de índole moral que merezcan reparación?
3. ¿Qué aspectos fueron relevantes para la resolución emitida por la Corte Nacional de Justicia?
4. ¿Cómo debería entenderse al elemento de la antijuricidad para efectos de la determinación de un daño con respecto al presente caso?
5. ¿Qué acciones ha previsto la legislación ecuatoriana para los trabajadores que sufran algún detrimento en sus derechos morales o extrapatrimoniales?

### **1.6.- Localización de las Fuentes de Datos**

Dentro del presente análisis de caso el problema más complejo fue identificar y localizar el caso sujeto a análisis. Una vez superada esta fase, se obtuvo por medios electrónicos y físicos el caso signado con el número 01333-2018-2019, que radica en el portal web de la Función Judicial y en los expedientes físicos de la Unidad Judicial de lo civil del cantón Cuenca de la Corte Provincial de Justicia del Azuay.

Ya identificado el caso, se procedió a investigar los antecedentes y su contexto, que conjuntamente con la entrevista semi-estructurada que se realizó a dos expertos de la materia, se pudo medir la importancia e impacto que este tuvo dentro de la sociedad en general. Inmediatamente, de manera personal ante la Corte Provincial de Justicia del Azuay, se obtuvo copias certificadas del caso signado con el número 01333-2018-2019, que será sujeto al próximo análisis jurídico.

De igual manera se utilizó como herramienta principal la observación de campo, debido a que, es un recurso principal de la observación descriptiva, es decir, se utilizó esta técnica para analizar detenidamente el caso signado con el número 01333-2018-00138.

Finalmente, estas herramientas, permitieron recoger datos importantes, que se utilizó para realizar el posterior análisis de caso y su informe final.

### **1.7.- Análisis e Interpretación**



El propósito del presente estudio es analizar el caso signado con el número 01333-2018-2019, el mismo que, de manera personal por medios físicos desde la ciudad de Cuenca, se obtuvo copias certificadas en las instalaciones de la Corte Provincial de Justicia del Azuay. El análisis se realizará a través de técnicas jurídicas, como: entrevistas semi-estructuradas a dos expertos de la materia y bibliografía proveniente de hemeroteca, con el propósito de determinar la importancia en relación a que, si no se ha justificado en el despido un cuasi delito o un ilícito civil imputable al empleador, como nexo causal productor del daño cuya indemnización se pretende, no procede la reparación demandada por daño moral.

Además, de identificar los argumentos, posiciones y recursos utilizados tanto por la parte accionante, y la parte accionada, respectivamente, que permitieron encontrar datos suficientes para analizar el caso previamente mencionado.

La investigación es cualitativa porque analiza la sentencia número 01333-2018-00138, emitida por la Corte Nacional de Justicia, que rechaza la demanda por daño moral planteada por la señora M.B.B.G. en contra de Banco Guayaquil.

Para la recolección de información se aplicó la observación de campo, como forma de estudiar la realidad; sin embargo, se utilizó como instrumento principal la entrevista de tipo semi-estructurada. La entrevista facilitó un conjunto de material protocolar para desarrollar el informe final. Así también, se realizó el análisis del tipo documental de la hemeroteca encontrada sobre el caso en análisis.

En el proceso por el cual se desarrolló el análisis del caso, se contó en primer lugar, con la selección y delimitación del caso; posteriormente se hizo una investigación de antecedentes y recopilación de material bibliográfico de manera necesaria y suficiente.

El proceso continuó con la lectura profunda del material para estructurarlo en un todo coherente y lógico. Seguidamente, se realizó la respectiva observación para luego concluir con la entrevista semiestructurada; luego una vez obtenido los datos fueron analizados y procesados.

### **1.8.- Informe Previo del Caso N° 01333-2018-00138**

Acción indemnizatoria por daño moral por despido intempestivo por padecer enfermedad con cáncer que fue declarada sin lugar a través de la sentencia, de 07 de mayo de 2019 emitida por la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de Corte Nacional de Justicia de Azuay, dentro del Juicio N.º 01333-2018-00138:

**1.8.1.- Datos Generales.****EXPEDIENTE:** Número 01333-2018-00138**ACCIONANTE:** M.B.B.G.**ACCIONADO:** Representante Legal Banco Guayaquil C. A.

**PRETENSIÓN:** Declarar con lugar la indemnización pecuniaria por concepto de DAÑO MORAL causado como consecuencia del dolor, el sufrimiento, y la grave angustia sufrida al haber sido despedida intempestivamente por mi condición de enferma de cáncer.

**1.8.2.- Descripción del caso.**

FECHA	DESCRIPCION
09 de enero de 2018	La señora M.B.B.G., presenta una demanda por Daño Moral, en contra de Iván Roberto Cuesta Robalino, Procurador Judicial de Banco Guayaquil C.A.
11 de enero del 2018	Juez, Dr. Bayardo Albán Ortega, a quien mediante sorteo recae la causa, avoca conocimiento y admite a trámite.
07 de marzo de 2018	Comparece el señor Iván Cuesta Robalino en su calidad de Procurador Judicial de Banco Guayaquil C.A., a través de Procuradores Judiciales.
25 de mayo de 2018	Se lleva a cabo la audiencia de juicio, donde el juez, en forma oral, dicta sentencia rechazando la pretensión de la actora por improcedente. Ambas partes apelan de la decisión.
04 de junio de 2018	Se emite sentencia escrita donde se rechaza la pretensión de la parte actora porque no ha demostrado la ilicitud del acto y la gravedad del mismo, ni tampoco que la parte demandada haya actuado con dolo, y por ende la inexistencia del nexo causa.
19 de junio de 2018	Las partes fundamentan el recurso de apelación interpuesta por escrito.



11 de julio de 2018	Sube en grado el proceso signado con el número 01333-2018-00138 a la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay.
19 de julio de 2018	Juez Ponente, Dr. Juan Pacheco Barros, a quien mediante sorteo recae la causa, avoca conocimiento y admite a trámite.
31 de octubre de 2018	Se emite sentencia escrita desestimando el recurso de apelación de la actora, confirmando la sentencia impugnada y subida en grado, que declara sin lugar la demanda. Desestima también el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada que declara sin lugar el pago de las costas procesales.
17 de diciembre de 2018	Se admite el recurso de casación planteado por la parte actora a la sentencia dictada por el Tribunal de la Sala Civil y Mercantil del Azuay.
29 de enero de 2019	Conjuez Nacional, efectúa el examen de los requisitos de admisibilidad, admitiendo a trámite el recurso de casación.
15 de marzo de 2019	Jueza Ponente, María Rosa Merchán Larrea, avoca conocimiento y convoca audiencia.
16 de abril de 2019	Se lleva a cabo la audiencia y el Tribunal por unanimidad resuelve, en forma oral, casar la sentencia por falta de motivación y, además, dictar sentencia de mérito declarando sin lugar la demanda al no haberse justificado el nexo causal entre el sufrimiento alegado y las actuaciones de la institución demandada.
07 de mayo de 2019	Se emite sentencia por escrito donde se rechaza la pretensión de la actora por cuanto no pudo justificar el vínculo directo entre la conducta de la institución y el hecho dañoso sufrido y alegado por la señora M.B.B.G. y, además, que dicha conducta haya sido ejercida con dolo.



## **1.9 Fuentes de Consulta**

Como principal fuente de consulta tenemos al caso signado con el número 01333-2018-00138, obtenido de manera personal ante la Corte Provincial de Justicia del Azuay. Seguidamente, tenemos las leyes, jurisprudencia y doctrina que guardan armonía con lo exigido en la causa número 01333-2018-00138. Finalmente, se dispone de bibliografía proveniente de hemeroteca<sup>1</sup>.

## **1.10 Recursos**

El presente análisis de caso se trata de una técnica científica que demanda tiempo y exige la inversión de recursos económicos, pues este caso debe ser examinado bajo los instrumentos de análisis e interpretación permanente. Demanda tiempo y recursos económicos, especialmente para la movilización a los diferentes lugares donde se realizarán la observación de campo y las entrevistas.

---

<sup>1</sup> *Sistemas de acceso a la información de prensa digital.*



## Capítulo II

### La Acción por Daño Moral, por Despido Intempestivo y Discriminatorio

#### 2.1. Naturaleza Jurídica del Daño Moral

La condición de seres humanos es precisamente la que hace posible la expresión de libertad y raciocinio que, al no ser atributos materiales, sino más bien, anímicos, no dejan de ser objeto de amenazas y detrimento. Es así que las cosas materiales no son las únicas susceptibles de padecer algún tipo de daño, sino también aquellas que no utilizan un lugar corporal. La persona puede ser víctima de atentados contra su honra, reputación, sufrir en su integridad, salud mental, emocional, entre otras. Cuando aquello ocurre, la legislación le otorga un tratamiento diverso, al que no es posible aplicar lo que, para daños patrimoniales está previsto, pero sí lo que acertadamente contiene el Código civil al respecto: la tutela del daño moral.

En otras palabras, ante el evento de que una persona lesione a otra en cualquiera de sus bienes extrapatrimoniales, el Derecho ha contemplado la posibilidad de que las víctimas de la lesión sufrida no se queden desamparadas en su pesar, con la existencia de normas jurídicas que obligan al productor del agravio a reparar el daño causado, generándose de esa manera la responsabilidad civil.

Para mayor precisión, autores como Donatto Busneli et al (2009) considera que la definición de daño es una denominación para describir panoramas desfavorables, es por ello que aquel término hace alusión a la situación negativa que sufre un individuo que debe ser resarcido siempre que se haya agredido un derecho protegido por el ordenamiento y dicho agravio sea atribuible a una persona, siguiendo un procedimiento previo y establecido en la ley, lo descrito configura lo que se conoce como responsabilidad civil.

Para Osterling Parodi (2003) citado por Lorezetti, De Trazegnies Granda, Pantaleón Prieto y Soto Coaguila (2014) la responsabilidad civil es la consecuencia del obrar de un individuo frente a una obligación; si procede conforme a las reglas impuestas por el ordenamiento jurídico, su conducta no acarrea ninguna responsabilidad sujeta a una sanción por cuanto ha actuado dentro de los parámetros previamente establecidos; no obstante la figura de la responsabilidad civil se profundiza cuando involucra una violación por parte del actuar de una persona frente a un deber, conducta u obligación.

Para que opere la responsabilidad civil, no basta únicamente con la existencia del daño o lesión, sino que, además, se requiere del cumplimiento de ciertos elementos,



tales como: antijuricidad, imputabilidad, daño, relación de causalidad (Lorenzetti, et al., 2014).

Cada uno de estos parámetros cumple un rol importante para determinar la existencia de la responsabilidad, especialmente, para obtener el resarcimiento que en el mundo de lo jurídico se espera y, a través de ello, poder alcanzar esa apreciación cuantitativa en cuanto a su reparación, así, la antijuricidad se define como el acto u omisión que va en contra de lo establecido en el ordenamiento jurídico. La imputabilidad es la capacidad que determina si una persona es susceptible de ser o no sancionada por su conducta, el elemento de la imputabilidad se forma sobre la base de la culpa y el dolo; por la primera se entiende por aquella acción que se comete sin la intención de causar daño y por el segundo, la intención deliberada de cometer delito. El daño es aquel detrimento físico, material o moral que sufre una persona a consecuencia de contravenir el ordenamiento jurídico. Y, finalmente, la relación de causalidad es el vínculo que debe existir entre el comportamiento del ser humano y un resultado delictivo (Lorenzetti, et al., 2014).

Todo lo descrito anteriormente, es válido para poder llegar hasta el eje central de esta parte del análisis, como es la conceptualización del daño moral, cuya definición resulta ser primordial para poder iniciar su desarrollo, en virtud de que la magnitud de la reparación va a obedecer al agravio sufrido, de allí su necesidad de entender su terminología. El Código civil, si bien es cierto posee disposiciones legales referentes al tema, no brinda una definición acerca del daño y lo que se debe entender por aquel, por lo cual resulta indispensable acudir al criterio de algunos autores para poder determinar la trascendencia de esa figura.

Es así que para “Mazeaud (1975) el perjuicio moral, es aquel que afecta al mundo inmaterial, incorporal, de los pensamientos y de los sentimientos; se entiende por perjuicio moral a aquel que no se trata en pérdida de dinero, porque atenta contra un derecho extrapatrimonial.” (Manzanares Campos, 2008, p. 75)

A decir de Méndez Rozo (2009), “daño moral es el que proviene de un hecho ilícito que ofende, no a los derechos patrimoniales ni a la persona física, sino a la personalidad moral del damnificado, hiriendo sus sentimientos legítimos o bienes no económicos, los que integran el patrimonio moral de una persona” (p. 86).

“Álvarez Vigaray (1966), sostiene que podría definirse al daño moral por oposición al daño patrimonial, como aquel perjuicio que no implica una pérdida de dinero, que no entraña para la víctima ninguna consecuencia pecuniaria o disminución de su





patrimonio, o también como aquel daño que no consiste en una pérdida económica o en una falta de ganancia.” (Navarro Espigares & Martín Segura, 2008, p. 3)

De la revisión de cada una de las definiciones dadas por los autores citados en líneas anteriores, se puede apreciar que coinciden en que no es en el ámbito monetario lo que afecta a un sujeto cuando tiene el percance de adolecer un daño moral, pese a que al momento de ser restituido a su estado anterior esté presente esa situación, sino que involucra un acontecimiento que trasciende lo patrimonial y material, al ser de índole intangible.

Esta clase de acción (daño moral) se tramita en procedimiento ordinario (de conocimiento), es decir, aquellas causas que no cuentan con trámite específico y consiste en que su desarrollo se realiza a través dos audiencias: una preliminar y otra de juicio. En la primera, se atiende el siguiente orden: las excepciones previas, si existiesen; la validez del proceso; los puntos del debate determinando el objeto de la controversia; la exposición de los fundamentos de hecho y de derecho tanto de la parte actora como del demandado, sobre la reconvenición si hubiera, la conciliación (aunque la misma se puede dar en cualquier etapa del proceso), el anuncio de la totalidad de las pruebas que serán practicadas en la audiencia de juicio, la admisibilidad de la prueba y, finalmente, la indicación de la fecha, día y hora, en la que se llevará a cabo la audiencia de juicio. En la segunda, las reglas son: se hace un recuento de la audiencia preliminar, se otorga la palabra a la parte tanto actora como demandada, en su orden, para que inicie su intervención con un alegato de apertura en donde, de acuerdo a su estrategia de defensa, indicarán, además, el orden en que han de practicar su prueba, el juez ordenará la práctica de la misma, nuevamente se concede la palabra tanto a la parte actora como demandada para culmine su intervención con un alegato final, teniendo, por una sola ocasión, derecho a la réplica y, finalmente, en forma oral, el juez dictará la resolución del caso, declarándola con o sin lugar (COGEP, 2015).

### **2.1.1. La prueba del daño moral.**

Con todas y cada una de las definiciones que envuelven el significado del daño moral surge la inquietud de hasta qué punto las peticiones de las partes que intervienen en un juicio deben realmente ser judicializadas, en virtud de que no a cualquier dolor, angustia o detrimento se le atribuya el calificativo de daño moral susceptible de ser indemnizado. En definitiva, es como si al ser humano se le hubiera



vetado la capacidad de en cualquier determinado momento o momentos de su vida, padecer algún tipo de aflicción en un grado tolerable; si bien es cierto que la vida no resulta tan fácil como para vivir sin ninguna clase de agobios, no es menos cierto que tampoco cada dolor puede ser susceptible de una indemnización a cargo de un tercero (Barrientos Zamorano, 2008).

Al recaer el daño moral en un mundo espiritual, a decir de Rojas Quiñonez (2015) donde el detrimento y sus consecuencias no son percibidas a simple vista, su prueba, es decir, la demostración de su existencia, resulta ser un tanto compleja en el mundo de lo jurídico; sin embargo, son los estragos de esa afección los que hacen posible su deducción y posterior comprobación. Al momento de judicializar la acción por indemnización por daño moral, el perjuicio no es visible de forma inmediata, es mediante el transcurso del proceso, en el que a través de la evacuación de los distintos medios de prueba que aporte la persona afectada se puede alcanzar demostrarlo, por ejemplo: el informe médico de un profesional como un psicólogo en el que establezca determinada conducta de un individuo a consecuencia de un padecimiento.

Por eso, como señala Rojas Quiñones (2015) las estrategias procesales de la víctima, a través de una defensa técnica, para poder demostrar su existencia han sido de las más variadas: testimoniales, periciales o documentales; el despliegue de psicólogos y psiquiatras con sus respectivos informes en una audiencia, son una de las pruebas más utilizadas para ese propósito.

En la actualidad esta práctica, es decir, la información que se obtiene a través del informe de un profesional dentro de una prueba pericial o la que aporta el testimonio de un tercero o la declaración de una de las partes involucradas en juicio, continúan estando vigentes. Empero, pese a ser muy comunes, aquello no significa, en ningún momento, que las pruebas se encuentran ya encasilladas para este tipo de controversias.

Como se ha dicho anteriormente, el daño moral al actuar en la esfera interior de los individuos es obvio que los mecanismos empleados para probar su existencia, no sean precisamente de carácter objetivo, sino más bien aquellos se encuentran revestidos de un valor altamente subjetivo, lo cual conlleva a que quedará siempre a prudencia del juez el darles la connotación de eficaces (Quiñonez Rojas, 2015).

Al respecto la legislación civil ecuatoriana, en una de sus disposiciones, señala que “la reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el

resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo” (Código civil, 2005, art. 2232).

En términos generales, la inclinación en materia de daño moral no está direccionada a exigir medios probatorios particulares y precisos, como por ejemplo si lo es en un procedimiento ejecutivo un título ejecutivo. Lo cual concuerda con que la conducta de los jueces, en cuanto a los medios probatorios en acciones de daño moral, más bien sea basarse en señales o sospechas del sentimiento producido en la víctima, que a fin de cuentas pertenece a la órbita subjetiva de cada sujeto (Rojas Quiñones, 2015).

Según Méndez de Andrés (2016) en el mundo probatorio, el daño moral debe ser acreditado dentro de juicio para así alcanzar la indemnización, es decir, no es suficiente que la víctima con la sola presentación de la demanda sea capaz por sí sola de alcanzar una resolución favorable a su pretensión que implique el resarcimiento del daño, pues deberá exponer cada uno de los elementos de los que se encuentre asistida para demostrar su existencia y poder llevar convencimiento al juez.

Tal como lo sostiene Bustamante Alsina (1990), citado por Méndez Roza (2009, p. 103) la demostración del daño moral, por su connotación especial, no está sujeta a pruebas de carácter directas, sino más bien, se justificará atendiendo las circunstancias del hecho y las particularidades internas del sujeto para determinar con objetividad su existencia, pues a pesar de que, dependiendo del daño moral, este puede mostrarse de diferentes maneras, aquellas no siempre evidencian su verdadero sentir.

Es en virtud de aquello que el rol del administrador de justicia cuando esta frente a una controversia que implique una acción indemnizatoria por daño moral es muy pormenorizado, pues en base a los medios de acreditación que utilicen las partes para afirmar cada una de sus teorías, el juez tendrá la obligación de, minuciosamente, encajar los hechos expuestos con el derecho para que de esa manera se cumplan los presupuestos que al respecto la legislación ha establecido para que así proceda la indemnización de este tipo.

En concordancia con la anterior, Alchourrón y Bulygin (2006) citado por Otaola (2012, p. 102) sostienen que el operador jurídico tiene una tarea especial y es aquella



de encasillar la situación en específico con el mundo de normas que ya existen en el ordenamiento jurídico y que tiene a su alcance; cuando aquello encaja armoniosamente con completitud y coherencia no habrá mayor problema. Explican que la completitud puede entenderse como la relación que existe entre el mundo de normas, el universo de hechos fácticos y el universo de soluciones.

Debido a que no es afán de una indemnización por daño moral provocar que se produzca un enriquecimiento injustificado de la posible víctima, del juez dependerá verificar si el sufrimiento de aquella ha sido tal y siendo así, se satisfaga su aflicción; de lo contrario, su obrar generará aún más dolor (no susceptible ya de ser indemnizado) al no dar a cada quien lo que le corresponde o, en su defecto, condenar injustamente a una de las partes al pago de una suma considerable cuando no tenía la obligación jurídica de soportarlo.

En el análisis de caso, en lo concerniente a las pruebas aportadas por las partes del proceso para justificar sus pretensiones y, sus respectivas excepciones, ambas utilizaron las de carácter documental, pericial y testimonial. La accionante presentó como prueba a su favor, entre otras, la documental: certificados médicos y psicológicos, informes periciales elaborados por distintos profesionales, su historia clínica, fotografías de su entorno laboral, social y familiar anteriores al despido, premios y reconocimientos profesionales obtenidos a lo largo de su trayectoria y un acuerdo conferido por el Banco Guayaquil en el que se pretendió la accionante renuncie a sus derechos; como prueba pericial: la sustentación de cada uno de los informes presentados por diferentes profesionales, entre ellos, informes psicológico, contable, informático y, como prueba testimonial, su propia declaración. Todos ellos encaminados a justificar y probar su condición de salud, su estado anímico, su entorno familiar y social posteriores al despido, la pérdida monetaria por haber sido afectado su proyecto de vida, es decir, el daño que la decisión unilateral del banco de dar por concluida la relación laboral le ocasionó en su órbita interna.

Por su parte, la institución bancaria presentó como prueba a su favor, documental: copias certificadas del juicio laboral con identidad de partes, certificados médicos entregados por la accionante a la institución cuando aún estaba vigente la relación laboral, la historia clínica de la actora, premios y reconocimientos otorgados al Banco, certificados conferidos por Talento Humano de la entidad sobre las personas con atención prioritaria, entre ellas, con enfermedades catastróficas que laboran en la misma y sobre las ausencias de la accionante, el reglamento y política de salud de la



institución e informe pericial. Como prueba pericial, la sustentación del informe sobre la historia clínica de la señora M.B.B.G. realizada por un auxiliar de justicia. Y, finalmente, como prueba testimonial, la declaración de un ex funcionario del Banco. Con el objetivo de demostrar la enfermedad acaecida en la actora con antelación al hecho del despido, la ingesta de fuerte medicación desde hace mucho tiempo atrás, el buen actuar del banco con sus empleados aún en situaciones de vulnerabilidad, en otras palabras, que los daños y aflicciones padecidos por la accionante no fueron jamás producto de la terminación de la relación laboral con la entidad.

Es importante destacar la controversia que se generó a consecuencia de una de las pruebas del demandado que versó en el informe pericial sobre la historia clínica de la accionante que ella, al presentar la demanda, la adjuntó como prueba a su favor y formaba parte del expediente. Alegó que la misma fue obtenida de forma ilegal por cuanto no autorizó, ni prestó su consentimiento al demandado a que pueda utilizarla (Constitución, 2008). En el momento procesal oportuno, impugnó sobre la admisión de dicha prueba, por cuanto la misma había sido ya aceptada por el juez y no cabía su apelación, pues aquel recurso está previsto únicamente sobre la inadmisión (COGEP, 2015).

La actora olvidó el principio de transparencia y publicidad del cual gozan los procesos judiciales, con las excepciones contempladas en la ley (COGEP, 2015), por lo tanto, el acceso a esa información no contenía restricción alguna y se podía hacer uso de ella. Al momento que el juez admitió dicha prueba, aceptó que la misma cumplía con los requisitos legales para ser permitida, esto es, “pertinencia, utilidad, conducencia y que la misma se practique según la ley, con lealtad y veracidad” (COGEP, 2015, art. 159). Por lo tanto, su admisión era del todo acertada pues en ningún momento fue contrario a la ley el peritaje realizado con dicha información.

La valoración en conjunto de cada una de las pruebas y en base a las reglas de la sana crítica llevó a que la decisión sobre el fondo del asunto emitida por el Juez de la Unidad Judicial de lo Civil sea declarar sin lugar la pretensión de la actora por cuanto la misma, que es a quien le correspondía la carga de la prueba, no pudo demostrar que el Banco Guayaquil con la decisión unilateral de concluir el nexo laboral con aquella haya sido cometido con dolo o aquel fuera contrario a ley, tal como así lo sostuvo en la narración de los hechos contenidos en su demanda; sin embargo no fue condenada en costas por cuanto no mostró una conducta desleal, contraria a derecho, maliciosa o temeraria, a decir del juzgador (COGEP, 2015).



El resultado del juicio antes mencionado quizá pudo haber variado en sentido favorable a la actora, si es que aquella no incluía en su anuncio probatorio su historia clínica completa que tenía (tiene) en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. A mí parecer allí cometió una grave equivocación estratégica porque el demandado con la misma, sustentó muy buena parte de su tesis, tanto que pudo fundamentadamente robustecer su argumento de que las aflicciones de la señora M.B.B.G eran producto un cuadro depresivo anterior y agravado por el apareamiento de la enfermedad del cáncer.

Sostengo que fue equivocación de la actora aquello porque en mi criterio, sin presentar su historia clínica, bien hubiese podido, con los otros medios probatorios, los mismos que fueron muy bien practicados, insistir en su teoría del caso. Ella, conociendo cual fue siempre su estado de salud nunca, al menos en esta acción, debió referirse a la misma. Reconozco que, a excepción de la historia clínica que presentó, todas las demás pruebas fueron anunciadas y practicadas correctamente por la defensa técnica de la actora.

Considero también que la accionante hubiese podido obtener un resultado positivo en el juicio si es que evitaba en la demanda incluir como fundamento de hecho que la acción del Banco Guayaquil, al hacer uso de la figura del despido en su contra, obró dolosamente porque aquello le implicaba la imposición de una carga procesal considerable, al tener que demostrar que el obrar de la parte demandada estuvo rodeado de la intención manifiesta de causarle daño. En esta parte, era suficiente que en los hechos se diga que la conducta del banco fue dañosa y, a lo sumo, culposa.

### **2.1.2.- Partes legitimadas que intervienen en una acción por daño moral.**

En base a lo anteriormente dicho, dentro de una demanda sobre este tipo de particularidades (daño), encontramos dos posiciones contradictorias. En un sentido, está la parte legitimada activa y, por el otro, está el legitimado pasivo. En cuanto al primero, es todo aquel individuo o persona que acredite haber sufrido, en su esfera o psiquis interior, algún sentimiento de connotación negativa que le haya provocado angustia, dolor, perturbación; en general, que haya cambiado drásticamente su estado habitual de armonía para poder reclamar el daño moral o ejercer la acción de indemnización por daño moral (Lorenzetti, et al., 2014).

Al tratarse de emociones que se ubican dentro del fuero interno de cada individuo, Rojas Quiñones (2015) sostiene que su demostración es sumamente compleja; la



afirmación de sufrir o no algún tipo de padecimiento va más allá de las evidencias que existan para afirmarlo o negarlo, de ahí que los diferentes ordenamientos jurídicos de cada país han adoptado el sobreentender e inclusive el presumir que determinado círculo de personas padece tristeza por ciertas causas.

Así, el Código civil (2005), en su artículo 2233 señala que corresponde exclusivamente a la víctima la acción por daño moral o a su representante legal, cuando aquella este imposibilitada físicamente, podrán su representante legal, cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y, si se ha producido la muerte de la víctima, sus derechohabientes.

De la disposición legal anteriormente citada, se aprecia que, en forma limitada, solo se ampara el derecho a ejercer este tipo de acción de forma única y exclusiva a la persona agraviada y, a falta de ésta, a su representante, excluyendo de esta manera a terceros, es decir, cualquier persona, distinta de la víctima, que haya sufrido aflicción generada por ese mismo hecho antijurídico.

En contraposición, está la parte legitimada pasiva que representa aquel individuo o entidad sobre quien recae la obligación jurídica de responder, indemnizando el daño ocasionado a consecuencia de su acción u omisión ilícita (De los Mozos y Soto Coaguila, 2006).

Así, la legislación ecuatoriana ha previsto que “[...] están especialmente obligados a esta reparación quienes ... manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes” (Código civil, 2005, art. 2232).

Es evidente que para determinar la responsabilidad de la persona que se convertirá en quien deberá reparar el menoscabo provocado y devolver a la víctima a su estado anterior, en la medida de lo posible, atendiendo la intensidad del daño, debe existir un nexo causal entre el obrar (acción u omisión ilícita) y el hecho dañoso (De los Mozos y Soto Coaguila, 2006).

De ahí que sea necesario manifestar que para que una persona sea civilmente responsable tendrá que existir un nexo directo entre la conducta humana y la situación que ha generado el daño, esto es, que el rompimiento de la relación se deba al empate de esas circunstancias (De los Mozos y Soto Coaguila, 2006).





En base a lo manifestado anteriormente, Méndez Rozo (2009) señala los impedimentos que genera el daño moral en la persona de quien lo padece, siendo estos: la vida de relación, a la vida afectivo familiar, a la vida de formación y daño sexual. En el primer caso, sin hacer referencia a si aquello produjo consecuencias económicas o no, se trata de la pérdida o aminoramiento del deseo de realizar actividades que, en su estado anterior al daño, en el tiempo de ocio, lo hacía plenamente. En el segundo, la incapacidad de sostener las relaciones afectivas comunes dentro de círculo familiar y/o amistades, que existían antes de la existencia del daño. En el tercer caso, en la disminución o pérdida de la capacidad de aprendizaje que hacían posible realizar actividades concernientes a su desarrollo formativo. Y, finalmente, en el cuarto caso, la pérdida de gozo de su vida sexual – afectiva.

Del análisis del caso en mención se observa que la parte demandante, es decir, la legitimada activa, señora M.B.B.G. por sus propios y personales derechos, presenta su libelo en fecha, 9 de enero del 2018, esto es, dentro de término, por cuanto el hecho del daño moral que reclama la parte actora acaeció el 08 de abril del 2016, es decir, está dentro de los 4 años que la ley ha señalado como tiempo para demandar este clase de acciones (Código Civil, 2005), hecho dañoso que constituye en ser despedida por la entidad en la que trabajó durante más de dieciséis años. En su demanda alega que la acción dolosa de la institución al separarla laboralmente, le ocasionó un grave daño moral. Calificada de clara y completa la demanda, inició el trámite.

En fecha, 07 de marzo del 2018, el accionante en la calidad que fue demandado, esto es, como Representante Legal del Banco Guayaquil, presenta a través de sus procuradores judiciales, dentro del término legal, la contestación a la demanda alegando que con el despido a la actora no ha hecho sino ejercicio de una situación claramente regulada y hasta sancionada en la ley; por lo tanto, aquello no implica la existencia de un daño moral que deba ser reparado, que las aflicciones que sufre son a consecuencia de padecer una lamentable enfermedad catastrófica, planteando la excepción previa de cosa juzgada, excepciones de fondo como negativa pura y simple e improcedencia de la acción y presentando los medios probatorios para justificarlas, la contestación a la demanda cumplió con todos los requisitos exigidos por la ley.





### 2.1.3.- Criterios para la cuantificación del daño.

Finalmente, pero no menos trascendental en este tipo de acciones, Otaola (2012) señala que igual de importante que determinar la existencia del daño en la persona que alega sufrirlo y establecer la relación de causalidad con el autor responsable de la generación del mismo, es la cuantificación del resarcimiento, esto es, la forma en la que la persona afligida va a ser compensada por su sufrimiento y de alguna manera, esa compensación le devolverá a su estado anterior al padecimiento.

En concordancia con líneas anteriores, Barros (2001) señala que:

Ese resarcimiento que sufre la víctima de un daño moral no es una reparación, pues la indemnización recibida es de carácter compensatoria, dado que su finalidad es aliviar el dolor de quien padece la afectación, en la medida que la entrega de una suma de dinero lo que busca, en lo posible, es que el perjudicado obtenga una satisfacción racionalmente equivalente a lo acaecido, pero no igual a lo sucedido. (Méndez de Andrés, 2016, p. 130)

Según Otaola (2012) la persona que sufra un detrimento en su psiquis o esfera interior tiene derecho a ser resarcida por la irrupción que ese daño ocasionó en el desenvolvimiento de su vida normal y, además, por las secuelas continuas que ha dejado, si bien resulta cierto que darle un valor económico a algo que es intangible y subjetivo se torna un tanto incomprensible y de compleja apreciación; no obstante, es el único medio por el cual la víctima resarza su detrimento por cuanto, aquella persona ha experimentado un cambio negativo en su ser y ya no será la misma.

Con respecto a la reparación, cuya finalidad es aminorar el padecimiento del afligido o, al menos intentarlo, se ha señalado que, dependiendo del caso en concreto, pueden darse algunas formas de resarcir el daño causado, específicamente dos: la reparación específica en especie y la reparación monetaria. La primera que tiene que ver con devolver a la víctima a su estado material anterior al daño y, la segunda, con recibir un valor económico que compense su dolor (Lorenzetti, et al., 2014).

A decir de Lorenzetti (2004) se advierte que el daño que recae en los bienes inmateriales del sujeto y que se conoce como moral, por lo general, tiene un sustento monetario y su indemnización atiende tal circunstancia; no obstante, aquello no significa que todo daño de ese tipo tenga siempre un precio (Lorenzetti, et al., 2014).

El exclusivo rol por el cual el dinero interviene en la indemnización por el daño causado, según Martín-Casals (1990) es la posibilidad de brindar recursos de



distintas cualidades que, a su vez, responden a otras diferentes emociones y que permiten otros tipos de satisfacciones con el único ideal que el mismo sea utilizado para que la víctima pueda alcanzar en su situación actual, al menos en lo más parecido, el bienestar que tuvo en su estado anterior al daño (Barrientos Zamorano, 2008).

No se puede cuestionar, según Otaola (2012) que el dinero cuenta con gran protagonismo al momento de satisfacer en gran medida la aflicción de un individuo que ha sido víctima de daño moral; no en vano es la primera opción en las pretensiones de una demanda de este tipo; aunque se discuta si aquel realmente cumple el objetivo de resarcir el dolor causado, es indiscutible que es el mecanismo más utilizado, con la excepción en casos exclusivos, como por ejemplo cuando la reparación son disculpas públicas por el medio que haya escogido el actor.

Es por ello que cuando la indemnización versa en valores monetarios, a decir de Otaola (2012) es indispensable realizar dos fórmulas, la una es la tasación y, la otra, la cuantificación de daño. Con la primera se puede establecer el alcance que tuvo el mismo en el sentir de la persona y, con la segunda, convertir el agravio números, lo cual significa fijar la suma de dinero que, como consecuencia del daño sufrido, recibirá la víctima.

Como se dijo anteriormente, Gil Botero (2014) menciona que las personas que hayan sufrido pérdidas irreparables tienen derecho a que su situación sea satisfecha por una mejor a lo que han dejado de tener, es por ello que el resarcimiento de los daños tenga como finalidad cumplir un rol de satisfacción.

En la misma línea, Mariño López (2008) menciona que si bien los derechos que se encuentran en la esfera de lo extrapatrimonial no tienen un valor comercial; sin embargo, cuando estos son agraviados sí son susceptibles de apreciación económica. Es por esa razón que su cuantificación se hace sobre parámetros diferentes que el sistema económico común en donde carecen de cuantía. (Lorenzetti, et al. 2014, p. 367)

De ahí que, a decir de Gamarra (2004) resulte esencial a todo individuo, víctima de un daño, que sea reparado íntegramente por el sujeto responsable de aquel, pues de lo contrario, no reconocer el resarcimiento integral es no reconocer que el daño debe enmendarse. En otras palabras, solo cuando la persona es restituida cabalmente a su estado anterior es cuando está realmente indemnizada. (Lorenzetti, et al.,2014, p. 371)



Las distintas y amplias teorías alrededor de que la reparación debe ser integral para así resarcir a la víctima se encuentran bien encaminadas; sin embargo, de nada sirve que aquellas sean tan solo meros enunciados y que su realidad no se refleje en la práctica, es decir, que sus cuantificaciones sean tan solo valores simbólicos que en nada hagan posible devolver a la víctima a su estado anterior y menos, compensarla (Lorenzetti, et al., 2014).

En otras palabras, “ni indemnizaciones simbólicas o insignificantes; ni indemnizaciones enriquecedoras; ni indemnizaciones arbitrarias. Nada de eso hace bien a la idea de justicia y equidad que se busca consagrar” (Lorenzetti, et al., 2014, p. 82).

En esa misma línea, se considera que el objeto y finalidad de la reparación atiende a la agresión sufrida por la víctima, es decir, debe existir vínculo directo con las infracciones que se alegan y la misma, no puede en ningún momento significar que el peculio de la víctima aumente o disminuya exageradamente en mayor o menor medida (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, González y otras Vs. México, 2009).

En este punto es valedero indicar los fundamentos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ( en adelante CIDH) en diferentes sentencias ha contemplado, a decir de Calderón Gamboa (2013) en síntesis, son los siguientes: la cancelación de una justa compensación por el resarcimiento de los daños sufridos en los derechos tutelados<sup>2</sup>, dicha compensación debe guardar relación directa con los hechos alegados frente a la transgresión del o los derechos violentados<sup>3</sup>, la equidad es uno de los principios utilizados para determinar el pago de los daños inmateriales<sup>4</sup>, los rubros que por daños materiales e inmateriales se fijan atienden a las circunstancias de cada caso específico y la valoración de los daños y las pruebas<sup>5</sup> y, en casos excepcionales, para el pago de los rubros establecidos se analiza la situación socio-económica del país en concreto<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala..., supra nota 81, párr. 42.

<sup>3</sup> Corte IDH. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina..., supra nota 235, párr. 43 y 47.

<sup>4</sup> Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras..., párr. 88.

<sup>5</sup> Corte IDH. Caso Blanco Romero y Otros Vs. Venezuela..., párr. 84; Corte IDH. Caso de la masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia..., supra nota 44, párr. 44 y Corte IDH. Caso de la masacre de Ituango Vs. Colombia..., supra nota 30, párr. 160.

<sup>6</sup> Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, párr. 161; Corte IDH. Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala..., supra nota 98, párr. 127 y Corte IDH. Caso masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala, punto resolutivo segundo.



El presente caso, de haber merecido una sentencia favorable a los intereses de la actora hubiese sido uno de los más interesantes a la hora de analizar y establecer el quantum indemnizatorio, tanto por la condición de la afectada, como por la trascendencia del tema. Personalmente estimo que los parámetros establecidos por la CIDH debían ser aplicados y, a consecuencia de ello, sin duda, el monto que se habría fijado hubiese sido significativo en términos monetarios, pues creo que a la actora se le podía considerar dentro de la población económicamente activa por lo menos unos 14 años más, esto es, hasta los 65 años de edad y sólo la suma de sus remuneraciones mensuales (\$4 399,58)<sup>7</sup> multiplicadas por este tiempo ya permite hablar de un valor aproximado de setecientos cuarenta mil dólares (\$740 000), detalle que hubiese alejado al juez de esa subjetividad que en esta materia tanto se cuestiona porque en ciertos casos se considera arbitraria.

#### **2.1.4.-Sobre el arbitrio judicial.**

Como menciona Rojas Quiñones (2015) el arbitrio judicial, que nada tiene que ver con ser autoritario, constituye la herramienta clave para determinar el monto indemnizatorio por parte del juzgador quien, atendiendo las especificidades de cada caso en concreto, según su discrecionalidad, establecerá lo que le corresponda recibir a la víctima.

Pese a que la cuantificación del daño quede a prudencia del juez, aquel deberá someterse a diversos criterios, entre otros de: razonabilidad, comprensión y equidad para determinarlo y en ningún momento podrá apartarse de los lineamientos, reglas y principios existentes en el mundo normativo, ni de las circunstancias probatorias que enmarcan y definen el desenlace de un juicio (Lorenzetti, et al., 2014).

A decir de Otaola (2012), existen lineamientos sometidos al análisis por parte de la doctrina con la finalidad de determinar el mecanismo más idóneo para la medición de los montos a cubrirse por indemnización de daño moral, esto es, la prudencia del juez o que el ordenamiento jurídico establezca parámetros legales en forma taxativa a las cuales deberán acudir rigurosamente y que se traduce en operaciones matemáticas para determinar el valor del daño sufrido afirmando que, de acogerse al primero, las partes que intervienen en un juicio se sujetarían a un ambiente de inseguridad pues

---

<sup>7</sup> Prueba aportada por la actora, señora M.B.B.G. en el juicio seguido en la Unidad Judicial de lo laboral del Cantón Cuenca contra Banco Guayaquil S.A., signado con el número 01371-2016-00458.



no sabrían a qué atenerse. Y, por el segundo, critican en el sentido de que calcular un hecho sobre particulares definidos acarrearía que se parametrize el dolor, y el monto no refleje el ideal de justicia; más aún, cuando el sufrimiento es indiferente de la persona, es decir, lo que para uno es dolor, puede que para el otro no lo sea y viceversa.

En oposición, en cuanto a que la cuantificación sea mediante el arbitrio del juez, Nieto (2001), citado por Gil Botero (2014, p. 97) manifiesta:

El arbitrio es un criterio de la toma de decisión. El juez adopta sus resoluciones siguiendo o bien un criterio de legalidad o bien un criterio de su propio arbitrio -como es lo más frecuente- combinando ambos de tal manera que la decisión es fijada con su arbitrio dentro de las posibilidades que le ofrece la legalidad. Si la ley diera una solución precisa y unívoca al conflicto, no habría lugar para el arbitrio. Pero como esto sucede muy pocas veces, dado que la naturaleza general y abstracta de la ley no le permite entrar en las peculiaridades del caso concreto, es imprescindible la intervención de un ser humano que conecte ambos polos de la relación-la ley y el caso-utilizando el efecto primero la técnica de interpretación de la norma y luego su adaptación al caso concreto [...] El arbitrio es el factor humano que el juez añade a los datos aportados por el ordenamiento jurídico [...] El arbitrio hace que la sentencia sea una obra humana y no el mero resultado de una ecuación lógica o de un proceso mecanicista. Rechazar el arbitrio no es sólo desconocer una práctica manifiesta, es negar la condición ética del juez, del que se desconfía hasta el punto que se supone que cuando se introduce un elemento distinto de la lógica tradicional, se despeña inevitablemente en la arbitrariedad.

Sin mayor profundización, cabe señalar que el Código civil (2005), en concordancia con lo expresado en líneas anteriores, acoge esta última teoría, esto es, que la cuantificación del daño moral sea valorada mediante el criterio prudencial del juez y, a consecuencia de aquello, sea él quien determine el valor de la indemnización, una vez analizadas cada una de las situaciones que se expusieron en el desarrollo del juicio.



## **2.2. La Acción Indemnizatoria por Despido Intempestivo y Discriminación**

### **2.2.1.- La acción indemnizatoria por despido intempestivo.**

El contenido de las disposiciones legales generales previstas en el Código del trabajo, según Irureta Uriarte (2014) desde el punto de vista exclusivo de la defensa del trabajador, se advierte, a simple vista, como una herramienta absolutamente eficaz para hacer valer todos los beneficios por parte de aquellos. Con aquellas parecería ser que el empleador no cuenta con posibilidad de librarse de alguna responsabilidad cuando incurra en aquella. Si bien el Código del trabajo se caracteriza por contener disposiciones dirigidas a la sobreprotección de los trabajadores, además, se puede advertir que existen otras que son prerrogativas privilegiadas de la clase empleadora.

Como es de conocimiento, el Código del trabajo, en sus normas, regula las relaciones entre trabajador y empleador, que constituyen los protagonistas de la relación laboral en torno a la cual se desarrollan tanto derechos y obligaciones de cada uno, respetivamente; de ahí la necesidad de profundizar en aquello.

Es así que, para la doctrina, a decir de Zavala Gamboa (2014), la relación laboral tiene fundamental importancia pues es considerada como el pilar del derecho laboral, en virtud de que alrededor de ella se erigen un conjunto de derechos y obligaciones para las partes intervinientes en la misma, esto es, trabajador y empleador.

Por ello, Cueva (2009) citado por Zavala Gamboa (2014, p. 3), menciona que la relación de trabajo es una circunstancia objetiva que recae en el mundo de lo jurídico y tiene como punto de partida la ejecución de una labor sometida a órdenes de una autoridad, sin que importe la causa o el acto por el cual se originó y a la cual se le aplica un sin número de disposiciones que van desde la Declaración de los derechos sociales, convenios internacionales, constitución, ley, contratos, entre otros.

La legislación ecuatoriana considera que la relación laboral entre trabajador y empleador se origina en un contrato individual de trabajo en el cual, el primero presta sus servicios lícitos y personales al segundo por las órdenes que este le imparte y a las cuales se somete, a cambio de una remuneración que puede ser fijada por diferentes modalidades (Código del trabajo, 2005).

¿No obstante, que sucede cuando esa relación que se origina a consecuencia de un contrato de trabajo y de la situación jurídica existente entre trabajador y empleador concluye de manera unilateral por el patrono?



Al respecto cabe señalar que, de esa relación jurídica, tal como lo sostiene Balbín (2018) nace un principio muy característico del derecho laboral que es el principio de estabilidad cuya protección se encuentra arraigada a través de las diferentes normas laborales, en virtud de que con aquel el trabajador garantiza la pertenencia a su puesto de trabajo y con ello, contribuye a su proyecto de vida. Es por ello que, para este autor, esa relación de trabajo no es más que una relación de poder donde la superioridad juega a favor de una de las partes. Es precisamente en esa superioridad donde se encuentra afianzada la figura del despido intempestivo como un mecanismo exclusivo del empleador.

Vale recalcar las formas mediante las cuales, legalmente, se permite pueda darse por terminado el contrato individual de trabajo que contiene una relación laboral:

1.- Por las causas legalmente previstas en el contrato; 2. Por acuerdo de las partes; 3. Por la conclusión de la obra, período de labor o servicios objeto del contrato; 4. Por muerte o incapacidad del empleador o extinción de la persona jurídica contratante, si no hubiere representante legal o sucesor que continúe la empresa o negocio; 5. Por muerte del trabajador o incapacidad permanente y total para el trabajo; 6. Por caso fortuito o fuerza mayor que imposibiliten el trabajo, como incendio, terremoto, tempestad, explosión, plagas del campo, guerra y, en general, cualquier otro acontecimiento extraordinario que los contratantes no pudieron prever o que previsto, no lo pudieron evitar; 7. Por voluntad del empleador en los casos del artículo 172 de este Código; 8. Por voluntad del trabajador según el artículo 173 de este Código; y, 9. Por desahucio presentado por el trabajador. (Código del trabajo, 2005, art. 169)

La institución del despido que, en la legislación ecuatoriana lleva el nombre de intempestivo, pese a no estar regulado en forma taxativa como causa legal, su existencia en el ordenamiento jurídico no debe ser desmerecido, además, que su análisis resulta de importancia para el desarrollo del presente trabajo.

La legislación laboral señala que cuando el empleador despida sin fundamentarse en ninguna de las causales y sin que medie entre ellos un trámite administrativo con resolución favorable al empleador deberá pagar una indemnización, sin perjuicio de los rubros que esté adeudando el empleador por otros beneficios sociales, la misma que, en cuanto a su valor, deberá atender el tiempo laborado, en donde la fracción





del año se considera como año completo y, el monto de la remuneración que percibía el empleado al momento de despedirlo, así:

Hasta tres años de servicio, con el valor correspondiente a tres meses de remuneración; y, de más de tres años, con el valor equivalente a un mes de remuneración por cada año de servicio, sin que en ningún caso ese valor exceda de veinte y cinco meses de remuneración. (Código del trabajo, 2005, art. 188)

En el ámbito práctico del derecho laboral, según Gamonal (2016) es muy común que sus retribuciones estén caracterizadas y definidas en base a cálculos por tarifas de antigüedad. Estas indemnizaciones nada tienen que ver con aquellas que son de carácter compensatorio cuando se padece un agravio, por ejemplo; en virtud de que son limitadas, es decir, tasadas con un monto específico y están a merced del tiempo laborado por el trabajador, es por ello que la doctrina sostiene que estos valores a recibir responden, más bien, como un bono a la confianza y a mantener, en lo posible, el ideal a la estabilidad en el trabajo. Este autor señala que el hecho de que las indemnizaciones, en el derecho al trabajo, por el tiempo de servicio sean siempre tarifadas y tengan un techo del cual, por regla general, no pueda excederse, tiene sensatez y beneficia tanto a empleador como trabajador. Así, el trabajador está exento de tener que probar el despido intempestivo que, en muchos de los casos resulta ser complicado y, por su parte, el empleador sabe a qué atenerse y conoce de antemano los valores que por tal concepto deberá sufragar si es su voluntad unilateral dar por concluido el contrato de trabajo.

La acción de daño moral analizada en el presente caso tiene como primer antecedente la terminación unilateral (despido intempestivo) de la relación laboral que existía entre el Banco Guayaquil con la señora M.B.BG., de forma extrajudicial, a través de la suscripción de una acta de finiquito, en el que se le cancelaron los valores que por tal concepto tenía derecho la trabajadora.<sup>8</sup>

### **2.2.2.- La acción discriminatoria.**

El actuar de un individuo, a decir de Horbath y Gracia (2014) puede apreciarse como discriminatorio en el ámbito laboral cuando, tanto empleadores como

---

<sup>8</sup> Prueba aportada por la actora, señora M.B.B.G. en el juicio seguido en la Unidad Judicial de lo laboral del Cantón Cuenca en contra de Banco Guayaquil S.A., signado con el número 01371-2016-00458.





trabajadores tienen un trato distinto hacia personas o una específica comunidad social, sea en el origen, desarrollo o ascenso de la relación de trabajo; esa conducta es ajena a los lineamientos y requisitos propios del desarrollo de cualquier labor.

Tal como lo sostiene Nogueira Guastavino (2011) el principio de no discriminación está relacionado íntimamente con la dignidad de las personas y se origina con el hecho de admitir que dentro de las sociedades existen grupos que históricamente han sido y son rechazados, de tal manera que su afectación no sólo implica ubicarlos en situaciones aún más desfavorables sino además menoscabar la integridad que es propio del ser humano.

Aquel principio, contenido en prescripciones legales, que van desde tratados internacionales, disposiciones constitucionales y normas de carácter sustantivo, han sido claros en defender la situación de vulnerabilidad que viven ciertos sectores de la sociedad procurando su no afectación y equiparando sus situaciones a condiciones justas, en ellos se encuentra la clase trabajadora, considerada como la parte débil en la relación laboral, si a eso se le adicionan otras situaciones, tales como enfermedades, su condición se agrava y se convierte en sujeto fácil de ser transgredido en su derechos más elementales.

Es así que la Organización Internacional de Trabajo ha definido el término discriminación, el cual debe entenderse como:

(a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

(b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados. (Convenio sobre la discriminación, 1958, n. 111)

En la misma línea, la Constitución de la República (2008) contiene varias disposiciones referentes a la no discriminación en ninguna de sus formas, en considerar a todos por iguales ante la ley, menciona que es deber del Estado Ecuatoriano garantizar el ejercicio de derechos sin discriminación, indica que ninguna



persona puede ser discriminada en función de su condición ideológica, etnia, raza, orientación sexual, padecer algún tipo de discapacidad e, inclusive, en forma abierta, señala que la discriminación no se podrá dar por ninguna otra distinción que tenga como finalidad aminorar o menguar el goce de derechos, de lo contrario será castigado legalmente.

Al estar este precepto fundamental de la no discriminación, incluido no solo en la carta magna, sino también en instrumentos de carácter internacional, aquello solo refuerza su protección. Dicho en otras palabras, que aquel derecho esté contenido tanto en normas de rango internacional, como constitucional, da cuenta la intención de optar con un sistema legal que lo defienda y que no se permita ningún acto contrario a aquello (Toyama Miyagusuku & Neyra Salazar, 2016).

De igual manera, el Código del trabajo (2005) posee disposiciones relativas a la discriminación, entre ellas están: la obligación del empleador de realizar políticas y programas que capaciten a sus trabajadores con la finalidad de prevenir cualquier acto de discriminación en sus relaciones de trabajo; el acoso en el trabajo puede ser considerado como discriminatorio cuando aquel se realiza en función de la raza, etnia, sexo, incapacidad, condiciones, entre otras, determinadas en la constitución. No obstante, el mandato legal que resulta relevante para el análisis del presente caso es aquel que entró en vigencia con la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar que reformó disposiciones al Código del trabajo, entre ellas, una de protección especial a asuntos laborales no patrimoniales y es la que condena al empleador al pago de una indemnización adicional equivalente a un año de servicios tomando en consideración la remuneración que percibía el trabajador, cuando el patrono al efectuar el despido lo haga cometiendo actos discriminatorios, sean estos por la edad, por su orientación sexual, entre otros motivos; cabe mencionar que cuando aquello ocurre, el trabajador solo tiene derecho a la indemnización pecuniaria, más no al reintegro a su puesto de trabajo, como si ocurre en otros casos contemplados en la ley, como el de personas trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad y dirigentes sindicales.

Resulta valedero recalcar que ese resarcimiento que percibe el trabajador como consecuencia de actos de discriminación por parte del empleador, a pesar de tener un carácter tipo compensatorio por contraposición al actuar unilateral del patrono,



nuevamente, es de aquellos tarifados y legales, propios del derecho laboral en las que se omitió un restablecimiento del derecho vulnerado.

La indemnización que, por motivo discriminatorios, recibe el trabajador a consecuencia del despido se dice que es adicional por cuanto es independiente de todas aquellas a las que el trabajador tuviera derecho, esto es, en ella no se contempla el resarcimiento a que hubiere lugar, cuando el empleador despide intempestivamente al trabajador, siempre que éste último logre probarlo. Se observa que el Código del trabajo tampoco establece, en forma taxativa, los motivos susceptibles de sufrir discriminación, al sostener que pudieran ser otras razones, es decir no lo restringe, más bien se abre la posibilidad de que puedan ser consideradas algunas causas más.

Otra norma igual de importante es la que contiene la protección al trabajador que adolece de alguna enfermedad e implica la imposición de una sanción pecuniaria tarifada al empleador cuando aquel no recibe al trabajador en iguales condiciones a las que tuvo el empleado antes de su enfermedad. Cuando aquello ocurre, la sanción consiste en pagar seis meses de remuneración al trabajador y, además, cubrir los honorarios del profesional del derecho y los costos judiciales que se eroguen del proceso que se inicie (Código del trabajo, 2005).

Expuestos los lineamientos legales que al respecto sostiene el ordenamiento jurídico internacional y nacional, vale la pena acudir a la doctrina para obtener información que permita comprender más ampliamente el tema.

La doctrina contempla dos corrientes antagónicas acerca del despido por actos discriminatorios, una de ellas es la que considera que al cometerlo, el despido no es nulo, sino totalmente efectivo y, la otra, es considerar que sí lo es. Por la primera, autores consideran que, a pesar de que la terminación del vínculo laboral contenga motivos arbitrarios, sus efectos son totalmente legítimos, es decir, se acepta su ruptura, sin perjuicio de las indemnizaciones pecuniarias a las que haya lugar. Por la segunda, se reconoce que esa ruptura no es válida y, por lo tanto, el trabajador debe ser reingresado a su puesto de trabajo, a su misma situación anterior, sin perjuicio de reparar el daño de índole patrimonial y extrapatrimonial que por tal hecho se hubiera generado (Varela & Sesín, 2013).

Se advierte que en la legislación ecuatoriana se aplica la corriente que dispone que la terminación del vínculo laboral por causas discriminatorias es válida y, a consecuencia de ese despido, el empleador deberá sufragar una cantidad de dinero

en beneficio del trabajador, por cuanto de las disposiciones legales laborales se observa que la opción del reintegro al lugar del trabajo, no forma parte en esta clase de despidos.

La doctrina señala que para exista discriminación en la esfera del derecho, sin tomar en consideración la intención de quien lo realiza, deben cumplirse los siguientes requisitos:

1. Existencia de una condición objetiva, supra-volitiva, inmutable e inseparable del sujeto pasivo de la discriminación que, siendo inherente o ajena al mismo, comprometa su digna condición humana (condición fundada en el valor dignidad).
2. Que dicha condición sea determinante para la consumación del acto, es decir, que sin ella no hubiera sido posible su realización (nexo causal entre condición y acto lesivo).
3. Que el acto implique un daño antijurídico a la dignidad de la persona humana (lesión a un interés o derecho fundados en el valor dignidad). (Gastón, 2018, pp. 1023-1024)

Por lo que se concluye que todo despido sin causa justa en personas que poseen una condición diferente, será discriminatorio pues sin ese motivo probablemente no se hubiese generado la terminación de la relación laboral. Es decir, aquel acto siempre se considerará nocivo puesto que atenta contra de los derechos fundamentales del ser humano, básicamente, a los de su dignidad humana, a sabiendas que el trabajo es la actividad que permite a los individuos involucrarse en el mundo productivo, en estos casos, el ilícito del acto es incuestionable (Gastón, 2018).

Aquel criterio doctrinario no es aplicado en la justicia ecuatoriana, únicamente se sostiene la presunción en virtud de que los administradores de justicia observan y atienden la particularidad de cada caso en concreto, una vez examinadas y valoradas las pruebas aportadas por los sujetos procesales para sostener sus pretensiones o excepciones, respectivamente. No obstante, dicha presunción cobra fuerza cuando la ruptura de la relación laboral se fundamente en criterios sospechosos, a menos que se demuestren razones válidas para justificar tal obrar (Corte Constitucional, Pleno de la Corte Constitucional, 2014-12-EP, 2016).

En tal virtud, Fernández Martínez (2015) afirma la importancia de individualizar a la enfermedad como causa expresa de motivos discriminatorios prohibidos por la ley



para la efectiva tutela de derechos de los trabajadores frente al despido y no, únicamente encasillándolos por discapacidad. No obstante, esta misma autora sostiene que incluir a la enfermedad como motivo de discriminación no dará por terminado el problema del despido que padecen los trabajadores y trabajadoras si aquellos no pueden cumplir sus actividades de la misma manera que lo hacían anterior a la enfermedad, por cuanto entran en fricción dos derechos reconocidos por la ley: el derecho a la libertad de empresa y el de la igualdad de los trabajadores. La medida para encontrar que la balanza se nivele en este punto sería generar programas y políticas activas de empleo que potencialicen las facultades que aún conservan las personas que adolezcan enfermedades crónicas y no observar las que quizá ya perdieron, solo de esa manera se incentivaría al empleador a mantener a esa clase de trabajadores en sus empresas.

Finalmente, denota importancia señalar que, para el análisis del caso en mención, la causa discriminatoria que tuvo como precedente la acción del daño moral que más adelante se tratará, fue el despido a consecuencia de padecer una enfermedad catastrófica, si bien la ley no lo contempla este motivo en forma expresa, la misma se la aprecia dentro del estado de salud y la discapacidad contemplados en la constitución.

En el presente caso, la parte actora sostuvo que a más de las indemnizaciones que le correspondían en el ámbito laboral por el despido intempestivo que sufrió que, además, fue discriminatorio debía también cubrirsele, desde el ámbito ordinario (civil) la indemnización por daños extrapatrimoniales al tratarse de una de carácter independiente y que nada tenía que ver con las otras anteriores. Su tesis estuvo robustecida principalmente por el criterio de especialidad pues, una y otra vez, insistió en que el resarcimiento por daño moral jamás podía ser conocido y ordenado por un juez especializado (laboral), a cuyo cargo se encuentra exclusivamente el conocimiento y resolución de las acciones vinculadas estrictamente a esa materia; valiéndose para ello, como ya lo he indicado en disposiciones legales que precisamente señalan que las acciones por daño moral son siempre independientes de otras acciones que en materia especializada se han previsto dentro del ordenamiento jurídico (Código civil, 2005).

Por el contrario, la parte demandada sobre este particular propuso una tesis interesante al sostener que la indemnización por despido discriminatorio prevista en materia laboral no era una distinta a la prevista en el código civil para el caso de daño



moral, sostuvo para ello que los antecedentes o la exposición de motivos de la indemnización laboral consignados en los cuerpos normativos respectivos daban cuenta, curiosamente, de que aquella había sido puesta en vigencia precisamente por haber sufrido el trabajador aflicciones por la discriminación de la que fue objeto.

De allí que afirmó que estando ya regulada una indemnización que cubriría los sufrimientos extrapatrimoniales del trabajador despedido intempestivamente sería innecesario y hasta nada justo que se le posibilite al trabajador volver a demandar en el campo civil una nueva indemnización, incluso, señaló que la especial indemnización por despido discriminatorio fue una reforma incluida en los últimos años que habría modificada tácitamente las disposiciones del Código civil en ese caso en concreto.

En mi opinión, ante este importante debate jurídico suscitado en esta causa, principalmente en los debates orales que se cumplieron en la audiencia preliminar cuando se trató la excepción previa de cosa juzgada, aunque la exposición de motivos y antecedentes de la Ley orgánica para la justicia laboral y reconocimiento del trabajo en el hogar estén parcialmente vinculadas a reconocer la indemnización por discriminación como una vinculada precisamente a los padecimientos personales del trabajador por actos de discriminación, no es menos cierto que se trata de una de carácter especial que, por lo tanto, no impide que el despedido si reúne las condiciones previstas en el Código civil pueda, en acción independiente, demandar una por el daño moral acaecido, tal cual aconteció en esta oportunidad.

### **2.2.3.- El daño moral con ocasión de la terminación de una relación laboral: despido intempestivo y discriminatorio.**

Para efectos del presente trabajo, su desarrollo será en torno a aquel daño moral que surge por conclusión del nexo laboral entre trabajador y empleador, específicamente, a consecuencia de un despido por motivos discriminatorios, es decir, por la voluntad unilateral del patrono de dar por terminado el contrato de trabajo sin causa justa y, adicionalmente, a consecuencia de una condición específica del trabajador que lo hace distinto del conglomerado social.

Por lo expuesto, nace la siguiente interrogante, ¿qué sucede cuando aquel despido que surge de un acto voluntario y singular del empleador implícitamente genera daños en la persona del trabajador, es decir, aquellos que van más allá de los perjuicios



propios del despido, que ya están contemplados en la indemnización tarifada y legal que prevé el Código del trabajo?

Cabe señalar que las disposiciones legales contenidas en los cuerpos normativos del Derecho de trabajo no prevén asuntos o situaciones que resarzan la esfera interna de los trabajadores cuando esta ha sido violentada, de allí que la acción civil por daño moral viene a suplir la carencia que el régimen laboral no solventa (Pazmiño Ballesteros, 2015).

A consecuencia de lo anterior, Martorell (1985) señala que es así como “se distingue la indemnización legal tarifada y la indemnización civil por daños y perjuicios, puesto que, en esta última, resulta imprescindible la apreciación de los detrimentos que el trabajador haya sufrido y no solo una evaluación matemática [...] la antigüedad y el salario percibido” (Bahamondes, 2004, p. 262).

En este punto es importante tener en consideración que es muy frecuente la aplicación de las normas civiles en el ámbito del derecho laboral pero únicamente en aquellos casos donde existe un vacío legal que no pueda ser cubierto por las propias disposiciones del derecho de trabajo y, además, cuando las leyes de carácter civil no trasgredan los contenidos del derecho laboral (Mangarelli, 2008).

De lo cual se puede señalar que la norma civil o aquellas normas que son parte del Derecho Común, no están en el mundo jurídico para suplir las especificidades propias del mundo laboral, sino, más bien, están presentes para afianzar, contribuir y ampliar las disposiciones establecidas en el Derecho del Trabajo sin dejar de reconocer que, como rama del derecho, su carácter especial; entre los ejemplos de cómo el Derecho Civil contribuye a las relaciones de trabajo tenemos: la figura de la buena fe en la celebración de contratos, la apreciación del daño moral con fundamento en el resarcimiento legal y tasado por la terminación del vínculo laboral, entre otros (Mangarelli, 2008).

En virtud del alcance que poseen las normas del Derecho Civil en la esfera laboral, vemos que el daño moral, específicamente, al término de contrato, es un hecho común a pesar de no estar contenido en normas del Código del trabajo. Es por ello que Gamonal (2007) manifiesta que “la doctrina ha precisado que el daño moral en materia laboral puede darse en diversos supuestos, tanto en una etapa precontractual, de ejecución del contrato, al término del mismo y postcontractual, generándose, según el caso, responsabilidad contractual o extracontractual” (Gamonal, 2012, p. 162).





No se debe desconocer que el vínculo laboral es primordialmente una relación de autoridad por parte de quien se ostenta como dueño de los medios de producción y que, como tal, la ley le impone unos limitantes para así salvaguardar la desigualdad de la otra parte que es la del trabajador; es por ello que, cuando se utiliza ese poder en forma arbitraria, puede ocasionar daños materiales o, a su vez, inmateriales, es decir aquellos que recaen en la esfera interna de los individuos. Es por ello que pueden presentarse situaciones en las que la conclusión de una relación laboral en forma desmedida genere daños morales (Gamonal, 2012).

Esos daños, indiscutiblemente, tendrán que ser probados, por eso resulta relevante considerar lo siguiente:

La prueba del daño moral es trascendental en este tipo de juicios, al constituir el elemento que fundamenta la decisión del Tribunal de consignar sumas de dinero para satisfacer a la víctima. Por ello, las referidas indemnizaciones sólo pueden ser entregadas en forma justificada cuando se haya demostrado que, efectivamente, se generaron los menoscabos que alega el trabajador, en la extensión que se reclama y cuyo origen radique en la actuación dolosa o culpable realizada por la entidad empleadora. (Bahamondes, 2004, p. 269)

A decir de Gamonal (2012) existe parte de la doctrina que defiende la tesis de acumulación de indemnizaciones por daño moral con ocasión de un despido desmedido adicional a las previstas en la legislación por terminación de contrato laboral. Este autor sostiene que “la indemnización tarifada solo cubre el daño patrimonial del despido, por lo cual resulta de toda lógica la necesidad de indemnizar el daño moral por ejercicio abusivo del despido con una indemnización complementaria” (Gamonal, 2012, p. 167).

En este punto, tomando en consideración lo manifestado en líneas anteriores, resulta importante destacar que la legislación ecuatoriana no sólo sí utiliza las normas del derecho común en la esfera del derecho laboral como supletorias en todo aquello que no está expresamente previsto (Código del trabajo, 2005). Además, permite que reclamen unas y otras, tanto por daño moral como las tarifadas por despido sin que se consideren excluyentes, al reconocer en su ordenamiento jurídico la independencia y procedencia de aquellas, siempre que se pruebe la gravedad propia del daño acontecido y de la falta cometida (Código civil, 2005, arts. 2232-2234).





En concordancia, la Corte Suprema de Uruguay (1998) citada por Gamonal (2012, p. 169) ha señalado que el despido puede generar en el trabajador mayor o menor aflicción según la particularidad de cada caso no es por ello que las indemnizaciones en el ámbito laboral pese a ser tarifadas, no restringen al trabajador el derecho de acudir a la administración de justicia y probar que la conducta del empleador le ha generado un perjuicio y obtener de aquello una satisfacción que la indemnización tarifada no preveía.

Cualquiera que fuera el caso, a decir de Bahamondes (2004) la indemnización que se debe por daño moral a consecuencia del despido injustificado es totalmente loable con las obligaciones que el empleador debe cumplir con el trabajador cuando se da por terminada la relación laboral. Esto, para nada, implica un doble resarcimiento o un enriquecimiento ilícito para el trabajador debido a que, por un lado, responde a principios de reparación integral y por el otro, a indemnizaciones tarifadas previstas en la ley, es decir, el origen de cada una se debe a distintas causas; empero, ambos casos, merecen ser reparados por parte de quien los ocasionó. Autores como Gamonal (2000) citado por Bahamondes (2004) considera que las divergencias que se ocasionen a consecuencia de estos actos, deben ser resueltas en sede contractual, por cuanto es el contrato de trabajo, en su contenido ético-jurídico, el que se ve trasgredido al no ser este cumplido de buena fe hasta su conclusión. En esa línea, para Bahamondes (2004), estos desacuerdos deberían ser conocidos y resueltos por las autoridades de trabajo con competencia para aquello. No obstante, en contraposición, doctrinarios como Murasso (1998) señalan que la vía idónea para este tipo de reclamaciones es en los juzgados de lo civil; en virtud de que el daño que se da en el ámbito interno del trabajador, contrario a derecho y que genere un agravio específico, es provocado por un ilícito civil (Bahamondes, 2004).

Al respecto, Domínguez Ávila (1998), en la misma línea, sostiene que:

Por tratarse de un cuasidelito o, aun, de un delito civil, la reparación debe ser solicitada en esta sede, ya que solo los Tribunales del fuero común tienen competencia para solucionar estas controversias. En este sentido, no es posible que los juzgados de Letras del Trabajo representen dicho papel, puesto que carecen de la investidura necesaria para otorgar indemnizaciones por daños morales bajo las reglas de la responsabilidad aquiliana. Ellos, únicamente, son



competentes para conocer de la solicitud de resarcimientos derivados del contrato de trabajo. (Bahamondes, 2004, p. 264)

En contraposición a la tesis de Gamonal, en el sentido de que cuando existan conflictos en este tipo de acción, los mismos sean resueltos en sede contractual, cabe señalar que para el análisis del presente caso, el criterio sostenido por la parte actora en sus fundamentos de derecho fue el de responsabilidad extracontractual, pues el problema jurídico no tuvo como fuente al contrato de trabajo sino los daños que supuestamente le causaron la conducta culposa del empleador.

Semejante situación, a la sostenida por Domínguez Ávila, ocurre en el sistema legal ecuatoriano pues, las acciones que por daño moral se inicien, las mismas deben presentarse en sede civil y serán conocidas por los administradores de justicia de las Unidades Judiciales de la materia.

Finalmente, para concluir, hay que destacar, en palabras de Mansueti (2009) que la naturaleza de las acciones por daño moral en las relaciones de trabajo deviene del carácter propio de humanidad y dignidad que son particularidades implícitas al ser humano por su condición de tal, sin que tenga mayor relevancia su situación de trabajo. El hecho de que el trabajo dignifique a la persona ha generado que el individuo someta su voluntad y brinde sus servicios lícitos y personales en forma dependiente a un tercero extraño y con ello se generen relaciones de carácter social, en las que por la desigualdad que existe, la figura del Estado interviene para precautelar esas relaciones y, en la medida de lo posible, las regula procurando armonía en las partes.

Es imposible desconocer que la figura del trabajador no se reduce únicamente a cumplir una actividad productiva en beneficio de otro pues, en su desarrollo, se generan vínculos que recaen en su esfera interna propios de la condición humana y que es precisamente lo que ha llamado la atención de los Estados y Organismos Internacionales para velar por su reconocimiento y protección. Como lo menciona Mansueti (2009) “el daño moral pertenece al género de las relaciones humanas” (párr. 4).

### **2.3. El Daño Moral Laboral en el Escenario Internacional: Criterios Jurisprudenciales**

Este punto del trabajo denota como finalidad se resalten los criterios jurisprudenciales del derecho comparado que, pese a tener tratamientos y



terminologías diferentes al de Ecuador, coinciden con la tesis de que la indemnización tarifada a la que hace referencia el ámbito laboral a consecuencia de la ruptura de la relación contractual entre trabajador y empleador, es distinta e independiente de la que, ofrece el mundo civil, derivada de si esa ruptura causó daño en el mundo intangible de la víctima, en este caso, del trabajador y que, por lo tanto, procede su reclamación y acumulación.

#### CHILE:

En Chile, por extinción de la relación laboral se tiene que existen “desde fines de los años 90 sentencias que condenan al empleador a pagar, por medio de la responsabilidad extracontractual, el daño moral generado por el despido abusivo” (Gamonal, 2012, p. 167).

Precisamente, uno de los casos más emblemáticos es el ejercido, el 12 de diciembre de 1998, en Concepción-Chile por Florencio Céspedes Ortiz en contra de Banco del Estado (Gamonal, 2012).

En este caso, tal como describe Domínguez Águila (1998) el señor Céspedes Ortiz inicia demanda laboral por despido sin causa, por cuanto el Banco del Estado no pudo demostrar la falta de probidad por la que desvinculó al actor de la institución; demanda laboral que fue declarada con lugar y se ordenó al Banco del Estado al pago de indemnizaciones por años de servicio y, otras, adicionales a las que también tenía derecho. El actor señala que esa indemnización corresponde únicamente al ámbito laboral del cual fue excluido, más no, a los perjuicios que tal accionar ilícito de la entidad le ocasionó; por cuanto, alegarle hechos como que el actor retuvo para su beneficio créditos y que brindó los mismos sin garantía alguna a las personas, afectaron gravemente su honor e integridad.

Al respecto, el Tribunal de la Corte Suprema, sobre el caso señaló:

Undécimo. que, igualmente tiene presente esta Corte, que esta causa, consiste en una materia netamente civil, como lo es la indemnizatoria de perjuicios, por daños materiales y morales, originada por no haberse probado en una causa laboral las faltas de probidad que se le imputaron al Sr. Céspedes para ser despedido, por parte del Banco del Estado, y que no se trata, por lo tanto, de una cuestión suscitada entre el trabajador o su empleador o viceversa, por la aplicación o no aplicación de las normas laborales o estipulaciones contenidas en un contrato de trabajo, y por lo tanto se considera que no es incompatible



ni importara una doble indemnización el pago de prestaciones en sede laboral, y la indemnización que se demanda en este juicio. [...] Décimo Cuarto. Que, también este Tribunal considera que de ninguna manera podría sostenerse que el pago de indemnización por años de servicio, más los recargos legales a que se ha venido haciendo referencia, impide el ejercicio por parte del trabajador de otras acciones, como en el caso de autos, de tipo civil, por indemnización de perjuicios. En efecto, el beneficio aludido es netamente laboral y el que se recarga en la forma que indica la Ley, pero sigue siendo un beneficio exclusivamente laboral y no produce cosa juzgada. Por otra parte, lo que ahora se está demandando es una indemnización por los perjuicios causados fundamentada en la responsabilidad extracontractual y en cambio lo que ya se canceló son remuneraciones ocasionadas por un contrato de trabajo, lo que importa una relación contractual. (Domínguez Águila, 1998, p. 435-436)

Las sentencias tanto de primera y segunda instancia, así como la del recurso de casación a favor del señor Céspedes, en el caso comentado, fueron las siguientes: en la de primera se ordenó el pago de \$20.000.000 por daños patrimoniales y \$ 10.000.000 por daños morales; la de segunda ratifica parcialmente el fallo en lo que respecta al monto por daño moral pero revoca en lo concerniente al valor consignado por daño material y; en la de casación, se negó el recurso en el fondo (Corvalán Meneses y Costa Cortés, 2005).

A decir de Gamonal (2012), otro caso en que la Corte Suprema de Chile reiteró su posición de aceptar el pago de indemnización por acción de daño moral por término de contrato en forma injustificada es en el proceso "Suazo con Codelco". La Corte señaló que las indemnizaciones tasadas que otorga el derecho laboral, no descartan, en ningún momento, que pueda acumularse una de carácter moral y adicional por el agravio ocasionado al despedir injustificadamente al trabajador, siempre que aquellos perjuicios se demuestren judicialmente.

La Corte Suprema, en una parte de su sentencia, señala lo siguiente:

[...]La crisis laboral, con amplios porcentajes de cesantía y las reducidas fuentes que existen en la zona de Calama, no pueden dejar de hacer reflexionar a un empleador responsable a la hora de despedir a uno de sus trabajadores. El daño que emana para el trabajador



desvinculado mediante ese acto culposo del empleador, es el que éste habrá de indemnizar". (Corte Suprema de Justicia, Primera Sala, 7270, 2009)

La sentencia en su parte resolutive revoca la sentencia del inferior que rechazó la demanda presentada por el actor y, en su defecto, la declara con lugar, pero únicamente en lo concerniente al pago del resarcimiento, ordenando que la Corporación Nacional de Cobro "Codelco" sufrague por concepto de indemnización por daño moral al ex trabajador, señor Eliecer Suazo Álvarez la suma de quince millones de pesos chilenos, más los intereses respectivos (Corte Suprema de Justicia, Primera Sala, 7270, 2009).

En cuanto a las indemnizaciones tasadas del Derecho Laboral, la Corte Suprema señala que debe reconocerse el carácter relativo que el despido injustificado produce en los trabajadores por cuanto, atendiendo las particularidades de cada caso, el impacto que genere una terminación de relación laboral en la psiquis del subordinado podrá ser grave o no, además de que, al ser indemnizaciones tarifadas eso no significa que se repara integralmente al trabajador, solo implica que se le otorga un valor por término del vínculo laboral y en virtud de los años de servicios, es decir, netamente matemático y especializado por ser propio del Derecho del Trabajo, es decir, no excluye que el trabajador que se vea perjudicado en su mundo interno con ocasión del despido, inicie las acciones que por daño moral le otorga el ordenamiento jurídico para demandar su resarcimiento. En otras palabras, el hecho de que se reciba un resarcimiento económico derivado de un despido injustificado, no quita derecho para demandar acción por daño moral en virtud del perjuicio que ese despido ocasionó a la víctima, por cuanto el primero no tiene como objetivo la reparación integral del individuo, sino más bien, ser una sanción a la voluntad unilateral del empleador por trasgredir el principio de estabilidad, propio del Derecho Laboral, no obstante, el segundo si cumple ese cometido (Gamonal, 2012).

Finalmente, cabe señalar que no se puede pretender que todo despido injustificado genere a cada trabajador perjuicio que sea susceptible de resarcimiento en vía judicial. El contenido de la sentencia planteada en el caso Florencio Céspedes Ortiz con Banco del Estado que establece el pago de una indemnización de carácter moral no responde para nada a temas de índole laboral que se relacionen de alguna manera al contrato de trabajo, a su terminación, a si este se cumplió o no de buena fe, si no a la forma en que se realizó el despido, valiéndose de argumentos dolosos e ilícitos



que a la final no pudieron ser probados por el empleador atacando de esa manera en la honra del trabajador que, por obvias razones, le iba a generar perjuicio en su integridad psíquica. Por lo expuesto se entiende que es la aplicación de las normas del derecho común relacionadas a la responsabilidad, específicamente, al exceso de límites del derecho (Domínguez Águila, 1998).

#### PERÚ:

Partiendo de la desigualdad que padece la parte trabajadora frente al dueño de los medios de producción, en donde el principio de la autonomía de la voluntad no goza de igualdad de armas, según Corrales Melgarejo (2019) el Derecho del Trabajo surge como una institución que viene a equilibrar esa distinción y para ello, el principio de tutela del trabajador se convierte en su herramienta eficaz, por cuanto le permite nivelar la disparidad existente entre las partes que integran la relación laboral, no sólo aparejando en sus vínculos materiales sino también en el ámbito procesal. Es el ámbito procesal donde los contenidos del Derecho Laboral tienen un rol importante en las relaciones de trabajo, pues establecen mecanismos que facilitan y auxilian al trabajador en la carga probatoria y a su vez, al juez al momento de resolver controversias de índole laboral, una de ellas es la presunción judicial.

Lo esencial del daño moral en la legislación peruana, según el caso que se tratará más adelante, no está relacionada con la acumulación de indemnizaciones, es decir, si la indemnización tarifada que recibe el trabajador por despido sin causa es suficiente y excluye a la de daño moral, pues aquello no está en debate, la discusión se centra en considerar que si los mecanismos auxiliares como la presunción judicial son herramientas eficaces para la prueba del daño moral.

La legislación peruana, en temas vinculados al daño moral por término de contrato sin causa justa, sostiene:

El Pleno Jurisdiccional Nacional de Chiclayo 2018, como sub tema 3.2 trató la cuestión problemática siguiente: ¿En caso de despido incausado y fraudulento debe presumirse la existencia del daño moral a causa del despido o se requiere de prueba que lo acredite? Resultando ganadora la primera ponencia, que afirmativamente respondió: Si, debe presumirse el daño moral, pues el solo hecho de ser despedido sin justificación merma el estado emocional y psíquico del afectado, y en consecuencia corresponde aplicar para fijarse el quantum indemnizatorio el artículo 1332 del Código civil. Momento culmen de



concordancia de la jurisprudencia que ya diversas salas de las Cortes Superiores y Corte Suprema venían aplicando la presunción judicial. (Corrales Melgarejo, 2019, p. 616)

Antagónicamente, Puntriano (2010) citado por Corrales Melgarejo (2019, p.616-626) señala que la presunción que rige en el derecho laboral y que obra a beneficio del trabajador es precisamente por la situación de desigualdad que éste enfrenta ante el empleador y, por ello, esa presunción se convierte en un mecanismo viable para que el subordinado pruebe hechos producto de la relación laboral, que por su naturaleza y condición le resultan difíciles de demostrar para así obtener los beneficios a los cuales tiene derecho; aquello no implica que esa situación se traslade al campo del daño moral y se utilice para probar la eventualidad del daño por lo cual se niega a ello con algunos argumentos y señala que aceptar esa situación es un retroceso para la justicia. En primer lugar, considera, que la presunción en materia de daño moral por despido injustificado no tiene bases científicas y que, además, El Pleno Jurisdiccional se contradice con lo manifestado por el V Pleno Supremo que establece que el daño hay que acreditarlo. En segundo lugar, sostiene que aquello genera inseguridad jurídica y que ya existe un mecanismo que indemniza el despido injustificado que es el pago tarifado. En tercer lugar, aquello conllevaría a considerar que todo despido injustificado es susceptible de generar un daño en el mundo extrapatrimonial del trabajador y, consecuentemente, resarcido en sede judicial, fomentando una excesiva carga procesal en las administraciones de justicia. Y finalmente, justifica su negación señalando que la doctrina indica que en materia contractual de daño moral no cabe la presunción.

En contraposición se advierte que, pese al beneficio de las presunciones judiciales, eso no exime a la parte que se ampara en aquello, de la obligación de presentar ante el juez los hechos suficientes para probar lo que alega. No genera inseguridad jurídica, sino más bien todo lo contrario, pues al estar la jurisprudencia uniforme sobre casos similares brinda un escenario previsible para ambas partes de la relación laboral, lo contrario, es lo que generaría inseguridad, pues un mismo caso puede resolverse de distintas maneras convirtiendo la administración de justicia en un escenario inestable. Que se active la administración de justicia con demandas por daño moral por despido injustificado no sería el inconveniente, pues la culpa no es de la presunción, si no de los empleadores que, a sabiendas, de que no pueden terminar la relación laboral sin causa justa lo hacen. La doctrina que cita el autor que se opone





a la presunción es clara al precisar que en materia contractual no sea aplicable, empero, aquí se la está tratando en el ámbito laboral y es concordante con el ordenamiento jurídico. La decisión del pleno no es un retroceso para la realización de justicia para este tipo de controversias, al contrario, genera un ambiente justiciable caracterizado por la prevención y la previsibilidad, hace posible que los administradores de justicia emitan sentencias con uniformidad de criterios, evitando resoluciones contradictorias (Corrales Melgarejo, 2019).

Para concluir, en los casos de daño moral, la presunción judicial “tiene base doctrinaria, jurisprudencial y normativa, siempre que los jueces motiven debidamente esta operación inferencial practicada en el juicio probatorio de la sentencia, a fin de fijar, interpretar y calificar jurídicamente los hechos” (Corrales Melgarejo, 2019, p. 628).





### Capítulo III

## Caso N° 01333-2018-00138: Análisis Jurídico de las Resoluciones Dictadas en Primera y Segunda Instancia y Casación

### 3.1 Normas y Derechos en Conflicto

Dentro del análisis de caso N.º 01333-2018-00138 se puede constatar que las normas y derechos que se encuentran vulnerados, en cuanto a la legitimada activa, son los artículos 2232, 2233 y 2234 del Código civil y, para el legitimado pasivo, son los artículos 153 del Código orgánico general de procesos, el Art. 188 del Código del trabajo y el Art. 66, inciso 16 de la Constitución de la república del Ecuador:

Normas y derechos en conflicto por parte de la legitimada activa:

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

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

La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo. (Código civil, 2005)

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



producido el hecho ilícito la muerte de la víctima, podrán intentarla sus derecho habientes, conforme a las normas de este Código.

Cuando el daño moral afecte a las instituciones o personas jurídicas, la citada acción corresponderá a sus representantes. (Código civil, 2005)

Art. 2234.- Las indemnizaciones por daño moral son independientes por su naturaleza, de las que, en los casos de muerte, de incapacidad para el trabajo u otros semejantes, regulan otras leyes. (Código civil, 2005)

Normas y derechos en conflicto por parte del legitimado pasivo:

Art. 153.- Excepciones previas. Solo se podrán plantear como excepciones previas las siguientes:

8. Cosa juzgada. (COGEP, 2015)

Art. 188.- Indemnización por despido intempestivo.- El empleador que despidiere intempestivamente al trabajador, será condenado a indemnizarlo, de conformidad con el tiempo de servicio y según la siguiente escala:

Hasta tres años de servicio, con el valor correspondiente a tres meses de remuneración; y,

De más de tres años, con el valor equivalente a un mes de remuneración por cada año de servicio, sin que en ningún caso ese valor exceda de veinte y cinco meses de remuneración.

La fracción de un año se considerará como año completo.

El cálculo de estas indemnizaciones se hará en base de la remuneración que hubiere estado percibiendo el trabajador al momento del despido, sin perjuicio de pagar las bonificaciones a las que se alude en el caso del artículo 185 de este Código. (Código del trabajo, 2005)

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

[...] 16. El derecho a la libertad de contratación. (Constitución de la República, 2008)

### **3.2 Problemas Jurídicos establecidos en las Sentencias**

Cabe señalar, en esta parte del trabajo, que los problemas jurídicos se apreciarán sobre tres decisiones: la primera que fue emitida por la Unidad Judicial de lo Civil del



cantón Cuenca; la segunda, por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay; y, la tercera, por la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia que, si bien corresponden al mismo proceso en mención, cada una contiene una particularidad distinta de la otra.

Uno de los primeros problemas jurídicos que, en forma escrita y fundamentada, en fecha el 04 de junio de 2018 tuvo el fallo emitido por el Juez de la Unidad Judicial de lo civil del cantón Cuenca fue el de determinar si el pago que recibió la actora por despido discriminatorio (adicional al del despido intempestivo) reparó todos los daños posibles (incluyendo los extrapatrimoniales) ocasionados, pues aquel fue el fundamento de la excepción previa de cosa juzgada planteada por el demandado en su contestación, es decir, si el resarcimiento que recibió la actora por tal concepto fue o no equivalente a una indemnización por daño moral. Cabe mencionar que la ley señala en forma taxativa las excepciones previas que podrán presentarse en juicio, para el caso en concreto, fue la de cosa juzgada que tiene como finalidad evitar un nuevo pronunciamiento sobre un asunto ya resuelto y firme. La excepción propuesta tiene como resultado, si se acepta en audiencia, dar por terminado el proceso. El legitimado pasivo manifestó que la actora ya había percibido una indemnización que le cubrió todo daño patrimonial y extrapatrimonial que se le hubiese generado, cuando demandó a la institución bancaria por despido discriminatorio en el ámbito laboral, por cuanto los jueces de esa materia condenaron a la entidad a sufragar un valor de alrededor setenta y nueve mil ciento ochenta y ocho dólares de los Estados Unidos de América (fuera de los valores que por concepto de despido intempestivo recibió anteriormente).

El juzgador en la primera parte de la misma, resolvió y fundamentó la sentencia rechazando la excepción previa al considerar que la indemnización que recibió la accionante fue en el ámbito laboral, totalmente independiente a la de daño moral en el fuero civil y que, por lo tanto, no existe una sentencia en la que se haya resuelto aquel particular y que vaya a generar duplicidad al consignar en su sentencia, lo siguiente:

TERCERO:- DECISIÓN SOBRE LAS EXCEPCIONES PLANTEADAS.- [...] En este aspecto la parte demandada ha interpuesto la excepción previa de cosa juzgada conforme al Art. 153, para lo cual, expuso los argumentos de la excepción previa y practicó la prueba respectiva. Por su parte la accionante expuso sus argumentos respecto



de la excepción planteada por el principio de contradicción. Escuchados los argumentos, este juzgador rechazó la excepción planteada, de acuerdo a la motivación oral, para lo cual, procede a motivar por escrito: [...] Al respecto, en cuanto a la cosa juzgada, tiene por finalidad evitar resolver en dos procesos distintos la misma cuestión. Para la procedencia de la excepción previa, la identificación de las acciones se ha realizado mediante la comparación de tres elementos que forman, es decir, los sujetos, el objeto y la causa. Es decir, debe cumplirse con lo siguiente cuando coincidan: 1. Los sujetos; 2.- El objeto; y, 3.- La causa. Bastando que una sola difiera para que la excepción sea improcedente. [...] La jurisprudencia de la ex Corte Suprema de Justicia sobre tal excepción ha indicado, "(...) Según la disposición transcrita no podrá seguirse nuevo juicio cuando en los dos juicios hubiere tanto identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes, como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, fundándose en la misma causa, razón o derecho. Tres son entonces los elementos que deben concurrir para la conformación de la cosa juzgada: Que en el juicio intervengan las mismas partes; que se demande la misma cosa, cantidad o hecho; y, que la demanda se funde en la misma causa, razón o derecho. (...) La esencia de la cosa juzgada radica precisamente en la irrevocabilidad del fallo, la norma aludida como infringida en la sentencia recurrida señala: 'La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho". En el presente caso se ha demandado indemnización por daños morales, acción que civil, establecida en el Código Civil, mientras que la alegación realizada por la parte demandada, corresponde al juzgamiento del fuero laboral, es decir, a un procedo de indemnizaciones laborales de conformidad con el Código de Trabajo, y demás normas de la materia; por lo tanto, la acción planteada no corresponde a una acción laboral de indemnización, sino a una acción civil bajo figura de daño moral, acción que no se ha presentado previo a esta demanda, ni existe sentencia ejecutoriada que se haya resuelto sobre el daño moral, por lo tanto, no se cumple con uno de los



presupuestos para que proceda la excepción previa de cosa juzgada, pues, no se ha demostrado que se haya juzgado la misma causa, es decir, el daño mora. Por lo tanto, se rechaza la excepción previa por improcedente. (Unidad Judicial de lo Civil, 01333-2015-00138, 2018)

En esta etapa se puede advertir como el juzgador de instancia reconoce la independencia de las acciones, es decir, no considera que los valores erogados por la institución a favor de la accionante en el ámbito laboral se consideren ya cubiertos en el ámbito civil, al tratarse de una acción por daño moral. Una particularidad que tiene esta primera resolución del juez es tomar en consideración de que la actora no sólo ha percibido la indemnización tarifada contenida en la ley respecto del despido intempestivo, sino, adicionalmente, la que el ordenamiento jurídico señala cuando la ruptura de la relación laboral es por motivos discriminatorios, lo cual implica a ver recibido una doble indemnización, en la que se pudiera entender, que la segunda ya cubrió las aflicciones que por tal despido se le hubiesen generado, sin embargo, para el juez se trató de asuntos distintos, tanto por la materia, como por la causa siendo claro al resolver el particular.

Personalmente considero acertada la decisión del juez que rechaza la excepción previa de cosa juzgada alegada por el demandando, por cuanto la misma, a mi parecer, es infundada ya que, aún la indemnización que consta en el Código del trabajo cuando el despido se da por motivos discriminatorios, vuelve a ser de los resarcimientos típicos de la legislación laboral en la que se sanciona únicamente al empleador por su conducta, sin que aquello implique compensar el agravio que esa unilateral decisión ha provocado en la esfera interna del trabajador.

El pronunciamiento del juez respecto de la excepción previa se encuentra sustentada en fallos del máximo organismo de justicia ordinaria<sup>9</sup> que reconoce la independencia de la acción moral respecto de otras acciones al sostener que la acción de daño moral es distinta de los resarcimientos que por accidentes de trabajo o situaciones parecidas contenga el Código de trabajo u otras leyes, el art. 2232 del código civil reconoce su independencia y autonomía, de tal manera que su existencia deberá ser apreciada por el administrador de justicia. (Corte Nacional de Justicia, Sala de lo civil y mercantil, 714-2011, 2011)

---

<sup>9</sup> Fallos de triple reiteración: resolución 270-2011(actor: Banco Pichincha – demandado: Eduardo Granda); resolución 308-2011 (actor: Luisa Henríquez Villamar – demandado: Jorge Rodríguez Ortega y Otros) y resolución 510-2010 (actor :Elías Gattas Sahih – demandado: Banco del Pacífico)



El rechazo de la excepción resultó ser correcta por la sola aplicación de la disposición siguiente, en cuyo contenido, considero debió insistir el juzgador de primera instancia:

La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables con respecto a las partes que intervinieron en el proceso o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia, no podrá seguirse nuevo proceso cuando en los dos procesos hay tanto identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes; como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, o se funde en la misma causa, razón o derecho. Para apreciar el alcance de la sentencia, se tendrá en cuenta no solo la parte resolutive, sino también la motivación de la misma” (Código Orgánico General de Procesos, 2015, Art. 101)

En la especie, a mi parecer, si bien es cierto existió identidad subjetiva, no así hubo identidad objetiva ni de causa, pues nunca se demandó la misma cosa, aunque se haya reclamado y conseguido en el juicio laboral una indemnización por discriminación; tampoco el reclamo se fundó en la misma causa, debido a que en materia laboral se resolvió todo lo relacionado a esa materia, menos el daño moral que fue reclamado a través de esta acción civil. Reitero, la sola aplicación de esa disposición, en los términos últimamente expresados, resultaba suficiente para rechazar, como en efecto se hizo, la excepción previa de cosa juzgada propuesta por la parte demandada.

Otro problema jurídico fue el de discernir si existe daño moral al haber culminado de forma intempestiva la relación laboral mantenida entre la actora y la parte demandada y si constituye un acto doloso terminar un contrato de trabajo con una persona que adolece una enfermedad catastrófica. Sobre el fondo, el juez declaró sin lugar la demanda por improcedente, sin costas ni honorarios, según dijo, debido a que sostuvo que la accionante no probó lo alegado en su demanda, esto es, que el demandado haya actuado en forma dolosa al ejecutar el despido.

Uno de los aspectos a destacar en la sentencia de primera instancia es que si bien coincido con la decisión del juzgador en no admitir la pretensión de la actora por cuanto no probó la acción ilícita del demandado al despedirla, así como el hecho de no condenarla en costas, pues solo hizo ejercicio de su derecho a acudir a la administración de justicia; empero, la misma no fue motivada de la forma en que exige



la ley, no existió pertinencia en cuanto a las normas sobre las que sustentó su fallo, al tomar como parte de su resolución una norma que es aplicable a las obligaciones nacidas de los contratos, esto es, confundió la institución de la responsabilidad civil extracontractual que es la que se discutió en el presente caso en virtud que no medio convenio de voluntades alguna, con la responsabilidad civil contractual, es decir, no existió coherencia entre lo que se demandó, probó y lo resuelto en sí, pues fundamentó su resolución aún en disposiciones que no solo nada tenían que ver con la causa, sino que además, jamás fueron alegadas ni sostenidas por las partes en sus respectivos actos de proposición.

Al respecto, el juez sostuvo en su fallo lo siguiente:

Todavía se plantean otros problemas en cuanto a quien puede pedir la indemnización y quien está obligada a darla; hasta qué punta esa culpa origina esa responsabilidad o cuándo se ha de considerar exculpada esa persona. Hay varias clases de culpa abstracta y concreta. Genérica o específica; la primera según criterios de previsibilidad, la segunda tiene en cuenta la violación de normas aceptadas en su respectiva actividad. 5.8.- Se ha planteado si toda persona que incurre en culpa debe indemnizar o si hay que distinguir diversas situaciones culpables para obligar a la reparación de daño solamente algunas de ellas. La regla más general al respecto es la contenida en el Art. 1563 del Código Civil, "El deudor no es responsable sino de la 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". Esta regla propia de las obligaciones se extiende, por analogía o toda suerte de las obligaciones, sin que haya impedimento para aplicarla a los cuasicontratos, delitos, y cuasidelitos. Naturalmente que, en los dos últimos, estaremos siempre en dos situaciones que implican desventaja, perjuicio para el acreedor y solamente podrá beneficiarse del deudor, aquél que queda obligado por su actuación ilícita. Por consiguiente, en términos generales hemos de afirmar que estas obligaciones delictuales o cuasidelictuales, nacen siempre que existan dolo o cualquier culpa,





incluida la levísima. (Unidad Judicial de lo Civil, 01333-2015-00138, 2018)

Como se puede advertir el juzgador confundió en su análisis los requisitos que deben cumplirse para que opere la responsabilidad contractual con aquellos que deben concurrir para que opere la responsabilidad civil extracontractual.

La cita del Art. 1563 del Código civil como fundamento de su argumentación es absolutamente errada, pues aquel es específico para establecer la gradación de la culpa dependiendo de la utilidad que tengan las partes en un contrato, cuando una parte contractual es o no responsable de caso fortuito y para determinar a quién incumbe la prueba de la diligencia y cuidado debido y no para ninguna otra situación; pretender que estos detalles permitan justificar la existencia de culpa o no en la responsabilidad civil extracontractual no es lo correcto.

El juzgador para tratar el tema de la culpa vinculado a los daños y perjuicios extrapatrimoniales debió de manera sencilla regirse al Art. 29 del Código civil y a las regulaciones específicas previstas a partir del Art. 2232 y siguientes del mismo cuerpo legal que tratan en el primer caso, sobre la culpa y sus clases y, en el segundo, puntualmente, sobre la acción de daños y perjuicios por daños morales, en la cual la culpa como parte de la conducta dañosa puede ser cualquiera (grave, leve o levísima).

Los problemas jurídicos en la sentencia expedida y fundamentada por escrito, por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en fecha 31 de octubre de 2018, luego del análisis de los respectivos recursos de apelación, tanto por el fondo como por las costas, fueron determinar si la actora del proceso, efectivamente, padeció de un daño moral a consecuencia de la conducta ejecutada por parte de la entidad financiera y, si esta última, al utilizar la figura del despido cometió un acto ilícito, desapegado a ley. La Sala sostuvo el hecho de no considerar el accionar unilateral del Banco Guayaquil que dio por terminada la relación contractual con la señora M.B.B.G. como generador de aflicciones, detrimentos o daños extrapatrimoniales a la misma y, además, en no calificar aquel acto como realizado con dolo, tal como lo consignaron en la sentencia:

La determinación de la procedencia de daño moral lo primero que se requiere es que exista un hecho ilícito, doloso o culposo, al ser estos los presupuestos o los requisitos facticos para saber si efectivamente cumple correlativamente todos estos requisitos, no superamos con el





primer requisito la existencia de un hecho o acto ilícito, tampoco el segundo haber actuado con dolo o culpa del demandado; el Tribunal llega a la conclusión que la actora, su pretensión, el soporte normativo de la doctrina invocada emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al no ser vinculante esa doctrina, no cabe su aplicación; por esta razón el Tribunal considera que no se ha cumplido los requisitos expuestos, enfatizando que el ejercicio de un derecho laboral normado en el Código del trabajo, no puede causar daño moral en el campo civil, de lo contrario estaríamos en el supuesto que todos los trabajadores que sean despedidos que sufran de una enfermedad catastrófica no pueden ser despedidos y si son despedidos se les ha causado un daño moral, y la jurisprudencia nacional no va por allá. Del conjunto de pruebas debidamente analizadas a la luz de la sana crítica el Tribunal llega a la conclusión que el sufrimiento de la actora es real, pero de donde nace la fuente de la obligación civil es de la existencia de un acto ilícito contrario a las normas legales, o de un actuar doloso o culposo, el daño moral no cabe, incluso la existencia de causalidad entre el hecho y el daño genera dudas porque confluyen dos hechos la enfermedad catastrófica y el despido, que influyen negativamente en la salud, en la vida emocional y mental de las personas; en suma no se ha justificado los presupuestos fácticos para la procedencia de la acción de daño moral. (Corte Provincial de Justicia del Azuay, Sala de lo Civil y Mercantil, 01333-2015-00138, 2018)

El Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil desestimó los recursos de apelación presentados por los sujetos procesales y confirmó en todas sus partes la sentencia impugnada y subida en grado que declaró sin lugar la pretensión de la actora, sin costas ni honorarios que regular.

Si bien el fallo del Tribunal en mención, en lo que refiere al rechazo de los recursos de apelación y confirmación de la resolución que declaró sin lugar la demanda es correcto, se advierten algunas inconsistencias en la misma, entre las cuales están considerar tan ligera y ampliamente, sin fundamentarse en nada, la situación de que ejercer un derecho laboral no genera daño moral en la esfera civil, por cuanto, si bien en el caso en concreto no pudo probarse lo alegado, aquello no exime que, atendiendo la particularidad de cada caso, con una adecuada narración de los hechos



en la demanda y con medios de prueba oportunos se alcance del juzgador una resolución favorable que resarza un daño moral con antecedente laboral.

Otro aspecto a relucir es que la sentencia no tuvo una adecuada motivación y, por el contrario, fue muy escueta al no profundizar indicando los medios probatorios sobre los cuales sustentaron su decisión, la razón por las cuales excluyeron algunos y la razón por los cuales otros les fueron útiles para resolver; pues en ninguna parte de aquella se observa ese particular. Otra observación fue el no resolver sobre cada uno de los puntos por los cuales la parte actora fundamentó su recurso y que sostuvo en forma oral en la audiencia de apelación respectiva, pues el Tribunal no emite ningún comentario al respecto, ni siquiera sobre la prueba que en su debido momento fue objeto de impugnación por la accionante y que se consideró obtenida de forma ilegal, ni tampoco sobre la indebida aplicación de normas por parte del juzgador de primera instancia para basar su fallo. Considero que, al fundamentar un recurso, que tanto en los hechos, como el derecho, contiene varios aspectos por los cuales no se está de acuerdo ni conforme con una resolución, lo ideal sería obtener de los juzgadores un pronunciamiento sobre cada uno de ellos para así alcanzar conformidad, al menos, en saber que la administración de justicia a la cual se acude, anhelando justicia, es eficiente.

Cabe mencionar que se propuso, dentro del término correspondiente, el recurso de aclaración y ampliación a la sentencia emitida en forma escrita por el Tribunal; en el cual se solicitó por la aclaración: que se explique cuáles fueron las normas legales que se aplicaron en la parte resolutive del fallo, si la indemnización por despido intempestivo contenida en el Código del trabajo cubre el daño moral, si la decisión unilateral de la institución demandada y el pago de las indemnizaciones cubrieron el daño moral, si se cubrió el daño moral en el trámite laboral y el fundamento legal por el que sostuvieron que las normas del Código del trabajo no pueden causar daño moral en el ámbito civil. En cambio, por la ampliación: que se determine la sanción para el profesional del derecho que intentó inducir a error al Tribunal señalando que el escrito de apelación no contenía firma autorizada, la razón o no de la aplicación del art. 36.1 del Código civil y se resuelva la situación de la prueba ilegal conforme se denunció. Por el principio de contradicción, se corrió traslado con el pedido de aclaración a la parte accionada, quien, dentro del término, presentó su pronunciamiento; en cuanto a la aclaración sostuvo: que la sentencia se encontró debidamente motivada, que el Tribunal fue claro en manifestar que no se adentrará



en el ámbito laboral que ya fue resuelto, que el fallo no utilizó premisas laborales, que la sentencia fue desfavorable a la actora por cuanto no pudo demostrar la actuación dolosa de la institución demandada, ni el nexo causal. En cuanto a la ampliación: que no existió deslealtad procesal pues se reconoció el error; la sala se pronunció sobre el artículo mencionado al momento de resolver el no pago de las costas y que la admisión de pruebas no es, ni fue objeto de recurso de apelación. Por su parte, el Tribunal rechaza tal pedido, manifestando que observaron las reglas del debido proceso para llegar a su resolución y que lo que se pretendió con aquel pedido es desconocer la inmutabilidad de la sentencia y alterarla en el fondo.

Por su parte, el problema jurídico que existió en la sentencia emitida en forma escrita por la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia en fecha 7 de mayo de 2019, recayó en determinar si la sentencia impugnada cumplía con todos los requisitos que, al respecto, prescribe el ordenamiento jurídico. En otras palabras, verificar si en la decisión del Tribunal de justicia de segunda instancia se contempló, tanto los requisitos de forma, como los de fondo, esto es: alusión al juez que emite la decisión, lugar y fecha de la misma, individualización de los sujetos procesales, exposición de los hechos en el libelo y contestación, resolución sobre las excepciones, el nexo causal entre los acontecimientos demostrados, la motivación, el dictamen sobre el fondo del asunto y la viabilidad de la cancelación de resarcimientos, costas, intereses (COGEP, 2015, art. 95).

Adicionalmente, verificar si existió falta de aplicación de los artículos 2232, 2233, 2234 del Código civil referentes al daño moral.

Al respecto, la Corte Nacional de Justicia, casó la sentencia aceptando el cargo de falta de motivación, por cuanto, si bien la resolución en algunas partes cumple con ciertos requisitos, como son el precisar los hechos y resolver sobre el fondo del asunto el Tribunal Provincial, expresaron, lo hace de una manera ininteligible, de difícil comprensión por cuanto no establece de una manera clara cuales fueron los fundamentos de hecho y derecho que los condujeron a valorar la prueba en tal o cual sentido y que fueron sustento de su resolución; razón por la cual en base al Art. 273 numeral 3 del Código orgánico general de procesos, emitió un nuevo fallo.

### **3.3 Argumentos y Pretensiones de las Partes**

### **3.3.1 Accionante.**

La señora M.B.B.G., quién comparece como legitimada activa sostiene argumentos tanto, en la pretensión de su demanda, en el recurso de apelación contra la sentencia dictada por la Unidad Judicial de lo Civil del cantón Cuenca, como en el recurso de casación contra la resolución emitida por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia.

#### **- Argumentos de la demanda por acción de daño moral presentada ante el Juez de la Unidad Judicial de lo Civil del cantón Cuenca**

El argumento de la actora para plantear la acción civil de daño moral contra el Banco Guayaquil fue el haber sido despedida de la institución, después de más de dieciséis años de trabajo, por adolecer una enfermedad catastrófica, aquella acción dolosa de la entidad le generó un grave daño moral que repercutió su entorno personal, social, familiar e inclusive laboral, por cuanto temía no volver a ser contratada.

#### **- Pretensión**

“En la presente demanda, solicito Señor(a) Juez(a) se sirva señalar en sentencia el importe de daños y perjuicios según el Art. 98 del Código Orgánico General de Procesos. Por consiguiente, la cuantía de la presente acusa la fijo en un millón de dólares de los Estados Unidos de América.”

#### **- Argumentos del recurso de apelación contra la sentencia emitida por la Unidad Judicial de lo Civil del cantón Cuenca**

Los argumentos de la parte actora al presentar el recurso de apelación de la sentencia dictada, en fecha 4 de junio de 2018, emitida por el Juez de la Unidad Judicial de lo Civil del cantón Cuenca (primera instancia), Dr. Bayardo Albán Ortega, fueron fundamentarse en que la sentencia impugnada adolecía de los vicios tales como: falta de motivación, falta de valoración probatoria, indebida aplicación de normas, normas que debieron ser aplicadas en la sentencia e indebida actuación de prueba.

“Con lo expuesto demuestro que la resolución dictada por su autoridad en esta causa, adolece de los siguientes vicios: a) Falta de motivación; b) Falta de valoración probatoria; c) Indebida aplicación de normas; d) Normas que debieron ser aplicadas en la sentencia y e) Indebida actuación de prueba.”

#### **- Pretensión**



“Conforme al recurso de apelación interpuesto y en base a la presente fundamentación, pido se deje sin efecto la sentencia expedida por el Doctor Bayardo Albán Ortega en calidad de Juez de la Unidad Judicial de lo civil del cantón Cuenca, en fecha 4 de junio de 2018 dentro del juicio civil [...] por daño moral, signado con el Nro. 01333-2018-00138, declarando con lugar la demanda y disponiendo se reconozca al pago a las indemnizaciones reclamadas en ella.”

**- Argumentos del recurso de casación contra la sentencia emitida por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay**

Los argumentos de la parte actora al presentar el recurso de casación de la sentencia dictada, en fecha 31 de octubre de 2018, emitida por Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay (segunda instancia), integrada por el Dr. Juan Pacheco Barros, como juez ponente, la Dra. Magalli Granda Toral y el Dr. Fernando Moreno Morejón, estuvieron fundamentados en las causales que, de forma taxativa, el ordenamiento jurídico prescribe para proponer el recurso de casación y que, en esta causa, consistió en que la sentencia carecía de contener los requisitos establecidos en la ley, ausencia de motivación y falta de aplicación de normas sustantivas (COGEP, 2015, art. 268), de los cuales se aprecia que no varían de los expuestos en el recurso de apelación y de aclaración y ampliación, respectivamente.

“Las causales en las que fundamento el presente recurso son las determinadas en los numerales 2 y 5 del artículo 268 del Código orgánico general de procesos, mismas que corresponden a:

2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles, así como, cuando no cumplan el requisito de motivación.

5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.”

En lo que respecta a la causal segunda, fundamentaron sosteniendo que la sentencia de segunda instancia no contenía requisitos legales tales como la relación de los hechos probados, falta de motivación y la decisión que se pronuncie sobre el fondo de la controversia. En relación al primero, por cuanto en la resolución nunca se

contradijo las pruebas aportadas por la actora, no se explicó porque no fueron tomados en cuenta, ni mucho menos se indicó cuáles fueron los medios de prueba que los condujeron a tomar dicha decisión (declarar sin lugar). En relación al segundo, en la resolución de segunda instancia, no se indicó las disposiciones jurídicas que sustentaron la decisión adoptada. Y, en cuanto al tercero, se hizo alusión a un tema de índole laboral sin que guarde relación con el caso en concreto.

En lo relacionado a la causal quinta, sostuvo la parte actora que los juzgadores realizaron un análisis ajeno a la causa, haciendo mención a un asunto de carácter laboral que en nada guardaba relación con la pretensión que fue acción por daño moral, apartándose de aplicar las normas concernientes y establecidas al respecto, en el Código civil.

#### **- Pretensión**

“Conforme al recurso de casación interpuesto y en base a la presente fundamentación, pido se case la sentencia expedida por los señores jueces doctores: Magalli Granda Toral, Dr. Fernando Moreno Morejón; y, Dr. Juan Pacheco Barros en calidad de Juez Ponente, de la SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DE LA CORTE PROVINCIAL DEL AZUAY, en fecha 31 de octubre de 2018 a las 17h12, dentro del juicio civil [...] por daño moral, signado con el Nro. 01333-2018-00138 misma que habiéndose solicitado ampliación y aclaración, fue resuelto mediante auto dictado el 27 de noviembre de 2018, declarando con lugar la demanda y disponiendo se reconozca al pago a las indemnizaciones reclamadas en ella.”

#### **3.3.2 Accionado.**

Banco Guayaquil, a través del señor Ángel Caputi Oyague, en su calidad de Representante Legal, Judicial y Extrajudicial y, además como Presidente Ejecutivo de la institución, quién comparece como la parte legitimada pasiva sostiene argumentos tanto, en la contestación a la demanda, el recurso de apelación parcial contra la sentencia dictada por la Unidad Judicial de lo Civil del cantón Cuenca, como en el recurso de casación contra la resolución emitida por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia.

#### **- Argumentos de la contestación a la demanda presentada en la Unidad Judicial de lo Civil del cantón Cuenca**

Los argumentos de la entidad accionada sobre las pretensiones de la parte actora en su libelo fueron considerar a la demanda improcedente, que la accionante ya recibió indemnizaciones por posibles daños morales cuando se le pagó, en el ámbito



laboral, por despido discriminatorio, adicional al intempestivo, que los padecimientos y aflicciones de la accionante no son por la ruptura del nexo causal sino a consecuencia de los efectos que le provocó la enfermedad catastrófica, sus tratamientos y los otros cuadros patológicos que constantemente ha sufrido y que fueron anteriores a la terminación unilateral de la relación laboral.

- **Pretensión**

“La demanda debe ser declarada sin lugar y la actora condenada, en aplicación de lo previsto en los Arts. 94 (numeral 3º), 95 (numeral 9º), 284 y más pertinentes del Código orgánico general de procesos, al pago de las indemnizaciones y costas correspondientes, entre las que se incluirán los honorarios profesionales de mis defensores.”

- **Argumentos del recurso de apelación contra la sentencia emitida por la Unidad Judicial de lo Civil del cantón Cuenca**

“Tal como lo expresamos verbalmente en días pasados, NO estamos parcialmente de acuerdo ni conformes con la resolución pronunciada oralmente por vuestra Autoridad en la presente causa y ratificada por escrito, el 04 de junio del 2018, a las 09h30, a través de la cual si bien declara sin lugar la infundada pretensión de la actora (cosa que es correcta), NO dispone que aquella nos cancele las costas judiciales correspondientes; en tal virtud, estando dentro del término respectivo, al amparo de lo establecido en el Art. 257 del Código orgánico general de procesos, fundamentamos el recurso de apelación interpuesto de aquella (la resolución) ante el inmediato superior, únicamente sobre aquel particular [...].”

- **Pretensión**

“En estricto cumplimiento de la ley, vuestra autoridad, al haberse demostrado jurídica y fehacientemente los fundamentos de nuestras excepciones y la incomprensible conducta de la actora tratando, a toda costa, de alcanzar una indemnización que no le corresponde ni se merece jurídicamente, debió no sólo declarar con lugar la demanda sino también condenarle al pago de las costas judiciales correspondientes, particular éste que los juzgadores de instancia anhelamos, en un ambiente de estricta justicia, lo enmienden, cuanto antes, debiendo para efectos de la fijación de honorarios de la defensa, el contenido del Art. 42 de la Ley de la Federación de Abogados.”





**- Argumentos sobre el recurso de casación presentado por la parte actora contra la sentencia emitida por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Azuay**

La parte demandada consideró que el recurso de casación no debía ser admitido por el Conjuez de la Corte Nacional de Justicia por cuanto la accionante no indicó en forma categórica por cuál de los supuestos contenidos en el numeral dos del art. 268 del COGEP fundamentó su recurso, simplemente lo hizo de una manera general sin demostrar los vicios de la sentencia; que la compareciente no señaló cuales fueron, a su parecer, los hechos probados no tomados en cuenta en la sentencia por parte del Tribunal, ni la trascendencia de aquellos para probar sus pretensiones y su influencia en la decisión del fallo; que alegó de manera sucinta la falta de motivación sin indicar cuales fueron las normas y principios que la Sala no aplicó a su resolución; que el fallo si contiene la decisión sobre el fondo del asunto. En lo concerniente al numeral cinco del art. 268 ibidem la actora sostuvo que no se aplicaron las normas relativas al daño moral contenidas en el Código civil, las cuales si fueron utilizadas por el Tribunal.

La parte accionante de la causa en mención, presenta un escrito ante la Corte Nacional de Justicia exponiendo ampliamente los fundamentos sobre las cuales se creen asistidos para que el Conjuez Nacional, al efectuar el examen de los requisitos de admisibilidad quien, al resolver lo que en derecho corresponda, no sea admitido.

Cabe mencionar que el escrito que presenta la parte accionada exponiendo motivos para que el recurso no sea admitido no tiene respaldo en ninguna de las disposiciones que al respecto prevé el ordenamiento jurídico ecuatoriano para la casación; razón por la cual, pese a constar como parte del expediente, aquel ni siquiera fue observado por parte del Conjuez en su resolución sobre la admisibilidad y que permitió la continuación del trámite.

**- Pretensión**

“Por todas las consideraciones que se han expuesto a través de este escrito, en vista de que el recurso de casación interpuesto adolece de una serie de defectos que han sido analizado en detalle en el acápite anterior, solicito que el mismo sea INADMITIDO.”

**3.4 Decisión final adoptada por la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia en la sentencia 01333-2018-00138**





La Corte Nacional de Justicia, a través del Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil mediante sentencia N. 01333-2018-00138, resolvió:

1. Casar la sentencia venida en grado por la causal segunda del Art. 268, aceptando el cargo relacionado a la falta de motivación en la sentencia emitida por el Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay.
2. Declarar sin lugar la demanda presentada por M.B.B.G. en contra de Banco Guayaquil S.A., en la persona de su Representante Legal, el señor Ángel Caputti Oyague.

En la parte resolutive de la sentencia, analizó:

La indemnización civil por daño moral, a criterio de este Tribunal solo procedería cuando más allá de los límites del ámbito contractual, la actuación del empleador en el despido, configure conductas que independientes del vínculo constituyen un tipo delictual, cuasi delictual o un ilícito civil, que lesiona la integridad personal, la intimidad, la honra, la reputación, o la imagen, en menoscabo de la dignidad personal del trabajador; supuestos fácticos no alegados ni probados en este caso, por lo que no justificado en el despido un cuasi delito o un ilícito civil imputable al empleador, como nexo causal productor del daño cuya indemnización se pretende, no procede la reparación demanda. (Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 01333-2015-00138, 2019)

Resulta importante mencionar que ésta sentencia genera el efecto de cosa juzgada y con ella, se agotaron todos los recursos verticales que brinda la justicia ordinaria, a los cuales las partes, especialmente, en este caso, la actora, por tener resolución en contra, pudo haber propuesto, a excepción de los recursos horizontales como el de aclaración y/o ampliación, no obstante, en ellos, ya no se decide sobre el fondo de la sentencia que tiene el carácter de inmutable y que, cabe recalcar, la parte legitimada activa no hizo uso de aquellos.

La sentencia emitida y analizada por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, si bien en sus efectos es inter partes por tratarse de un caso en concreto y como tal no constituye fallo de triple reiteración para que pueda ser utilizada como precedente jurisprudencial en casos similares, su estudio resulta significativo por cuanto proviene del máximo órgano de justicia



ordinaria y, además porque en su decisión final sostiene que la simple ruptura del vínculo laboral no genera perjuicio moral más que el propio del despido.

### **3.5 Motivación Jurídica de la Corte Nacional de Justicia**

La Corte Nacional de Justicia, a través de su Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, a cargo de las Juezas Nacionales, Doctoras: María Rosa Merchán Larrea, como Jueza Ponente, Julieta Magaly Soledispa Toro y Rosa Beatriz Suárez Armijos, exponen su análisis motivado en base a los siguientes criterios y orden:

En forma preliminar, analiza y resuelve sobre su jurisdicción y competencia para conocer de la presente causa y menciona:

“Corresponde el conocimiento de esta causa, en razón del sorteo realizado, al Tribunal que suscribe, constituido por Jueza y Conjuezas Nacionales, nombradas y posesionadas por el Consejo de la Judicatura, en forma Constitucional, con competencia para resolver el recurso de casación interpuesto, en virtud de los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, 190.1 del Código orgánico de la función judicial y 269 del Código orgánico general de procesos. Actúan las doctoras Beatriz Suárez Armijos y Magaly Soledispa Toro, en virtud de los oficios números 191-SG-CNJ de fecha 29 de enero de 2018 y, 1594-SG-CNJ de fecha 21 de septiembre de 2018 respectivamente. (Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 01333-2015-00138, 2019)

Luego, estableció el problema jurídico a resolver por parte del Tribunal, en el que se señaló: “[...] Si la sentencia impugnada contiene todos los requisitos previstos en el artículo 95 del Código orgánico general de procesos, y si en ella existe falta de aplicación de los artículos del Código civil, que regulan el daño moral” (Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 01333-2015-00138, 2019).

Una vez fijado el problema jurídico a resolver, la Corte determinó los criterios legales sobre los cuales basó su análisis y dentro de los cuales enmarcó su decisión final, entre ellos, estaba lo referente a las causales que el ordenamiento jurídico ha establecido para interponer el recurso de casación, específicamente los propuestos por la parte actora y que se refirieron al de la motivación y falta de aplicación de normas. Al respecto, por la causal de falta de motivación, su razonamiento lo centró en señalar que en cuanto a las exigencias que debe contener una sentencia, estás



son de carácter externo e interno. Por las externas, se refiere a la competencia y jurisdicción de los Tribunales, la participación de las partes y sus pretensiones, dentro del marco del debido proceso. Por las internas, se refieren a que tengan parámetros de oportunidad que es el período de tiempo en el que los jueces deben emitir las resoluciones; de la forma, que la sentencia contenga requisitos mínimos, como indicación del juez que la emite, identificación de las partes, lugar, fecha y hora, entre otros y, de contenido, relacionados estrictamente con la sentencia como es las normas de derechos en las que se basan, los fundamentos de hecho en los que se subsume la norma, la conclusión del asunto que se debate con indicación de las hechos y el derecho. En cuanto a la causal de falta de aplicación de las normas, la Corte sostuvo si acaso existió trasgresiones a las normas legales aplicables al proceso, sin tomar en consideración los hechos probados. Para el caso, las disposiciones acerca del daño moral contenidas en el Código civil que refieren a quien ha sufrido daño moral, atendiendo la gravedad del asunto, tiene derecho a reclamar su resarcimiento obteniendo una indemnización, siempre que haya sido consecuencia de un actuar u omisión ilícita (Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 01333-2015-00138, 2019).

Después, la Corte realizó un análisis motivado de los fundamentos que sustentan el primer cargo por el que la accionante propuso recurso de casación, esto es que, en la sentencia no se encuentran los requisitos establecidos en la ley como lo es: la relación de los hechos probados, falta de motivación y la decisión sobre el fondo del asunto.

Para su análisis utiliza normas de derecho de rango constitucional, sustantivas, adjetivas y un fallo de la Corte Constitucional, así: el artículo 76, literal I de la Constitución de la República sobre la motivación en las resoluciones de los poderes públicos, los artículos 2184 y del 2231 al 2237 del Código civil que versa sobre los delitos y cuasidelitos, la responsabilidad por daño moral, demanda, titularidad y la independencia de las indemnizaciones, el artículo 130, numeral 4 sobre el deber de los jueces de motivar sus sentencias, los artículos 89, 90, 92, 93, 94, 95 numerales 6 y 8 del Código orgánico general de procesos relativos a la motivación, al contenido y congruencia de la sentencia, a la decisión dictada en forma oral y su contenido, el artículo 179 del Código del trabajo sobre la indemnización por no recibir al trabajador, el artículo 195, numeral 3 de la Ley orgánica de justicia laboral y reconocimiento del



trabajo en el hogar acerca de despido por discriminación y la sentencia 227-012-SEP-CC respecto de los parámetros de verificación de la motivación.

En tal virtud, el Tribunal consideró que, analizadas las disposiciones adjetivas ya mencionadas, la sentencia emitida por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay no fue congruente, pues su redacción la hizo de una manera que no es clara ni entendible para sus lectores, además, de que en ella no se consignaron los fundamentos de hecho ni de derecho que se tomaron en consideración para darle valor a la prueba presentada por las partes, ni la interpretación que le dieron a las normas jurídicas para llegar al análisis por el cual sustentaron su decisión. Razón por la cual, aceptaron el cargo de falta de motivación y casaron la sentencia.

Pese a que la Corte casó la sentencia, cabe recalcar que declaró sin lugar la pretensión de la parte actora y para ello, adicionalmente, realizó la motivación en base a las disposiciones sustantivas del Código civil sosteniendo que para probar el daño moral debe demostrarse el acto u omisión ilícita, el cometimiento del delito o cuasidelito que afectó los bienes extrapatrimoniales y el nexo causal entre el daño y la persona que lo generó. Por el primero, se entiende que es el hecho contrario a la ley que provoca un agravio, sea con la intención de dañar o por culpa. Por el segundo, se entenderá lo que al respecto sostiene el Código civil (2005) que si el acto u omisión es cometido con intención de dañar será delito y si media la culpa será cuasidelito. Por el tercero, el vínculo o relación que debe existir en que el daño moral fue producto del actuar ilícito de un individuo. Que los elementos mencionados no fueron probados por parte de la actora, pues no demostró que el legitimado pasivo haya actuado con dolo o culpa en su actuar, al momento de dar por terminada la relación laboral existente entre ellos, mucho menos el nexo causal entre el daño y quién lo origino pues la ruptura del vínculo laboral, en este caso, no genera perjuicios mayores que los de un propio despido, consecuencia de la terminación de una relación contractual.

Señaló un aspecto relevante al manifestar que el despido por sí solo, aun cuando verse por motivos discriminatorios (en este caso sobre enfermedad catastrófica), sancionados ya en el ámbito laboral no merece reparación civil por daño moral cuando la terminación laboral no genere mayor sufrimiento que el propio despido y no medie en aquel un obrar ilícito, con la intención clara de vulnerar la honra, dignidad, el buen nombre, la intimidad y otras condiciones más dentro de la esfera interna del trabajador; criterio que considero es correcto debido a que, si bien el hecho de concluir



la relación laboral es motivo de aflicción del trabajador por lo que aquello implica, no obstante, aquel padecimiento no puede ser considerado como obligación jurídica del empleador de resarcirlo pecuniariamente en la esfera civil por daño moral; siempre habrá que observar la particularidad y las pruebas de cada caso en concreto. Así la Corte determinó:

Obra del proceso también, copia del acta de finiquito por despido intempestivo, así como copias certificadas de las sentencias emitidas dentro del proceso laboral 01371-2016-00458 que siguió la hoy actora a la empresa demandada, en las que se ordena el pago de la indemnización a la que se refiere el artículo 195.3 de la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar (Despido por discriminación) y la referida en el artículo 179 del Código de Trabajo (Indemnización por no recibir al trabajador), indemnizaciones estas tarifadas provenientes de la irregular terminación de la relación contractual laboral, que toman en consideración el conjunto de daños posibles, y a los que no corresponde indemnización civil por daño moral, si la decisión del empleador de terminar el vínculo no produce perjuicios morales, mayores que los provenientes del propio despido, el que ejecutado en contra de una persona afectada por una enfermedad, constituye discriminación, sancionada con indemnización pecuniaria propia de la terminación de la relación laboral. (Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 01333-2015-00138, 2019)

Finalmente, es importante concluir haciendo mención que esta sentencia es la definitiva en lo que respecta a sede ordinaria, en ella se resolvió el problema jurídico originado a consecuencia de la pretensión de la actora y las excepciones del demandado, pues se trata de una resolución que fue emitida por el máximo organismo de justicia ordinaria, donde no cabe ya, recurso vertical de impugnación alguno, únicamente sobre esta sentencia, en el ámbito constitucional, se puede ejercer la acción extraordinaria de protección para el control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional. Sostengo que de todas las resoluciones explicadas con anterioridad, ésta es la que de mejor manera expone los razonamientos tanto fácticos como legales para expresar el porqué de la decisión adoptada, es decir que, tomando en consideración el problema jurídico planteado y al tener presente que la pretensión



fue una sola, su motivación es la más adecuada; por cuanto, en base a los normas legales concretas, brinda una mejor respuesta en virtud de que , principalmente, toma en consideración cada una de las pruebas presentadas por la actora y expuso los motivos por los cuales no le beneficiaron en la causa, detalló los requisitos para merecer el resarcimiento por daño moral y como las pruebas de la actora, no probaron ninguno de ellos, en especial, el actuar dañoso que redactó en su demanda (ni aún si quiera culposos o por negligencia) y mucho menos el nexo causal entre su sufrimiento y el accionar de la institución.

### **3.6.- Entrevista realizada a Profesionales del Derecho como instrumento de la investigación**

Para profundizar el criterio sobre la acción de daño moral a consecuencia de la terminación unilateral del contrato de trabajo se realizó la entrevista a los Doctores: Enma Tapia Rivera, Jueza de la Unidad Judicial de lo Laboral del cantón Cuenca y Pablo Valverde Orellana, Juez de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia en la ciudad de Quito, personas no solo son profesionales del derecho sino, además, administradores de justicia, a quienes se les planteó algunas interrogantes sobre el tema sujeto a estudio, del cual se tiene la siguiente recopilación:

1.- ¿Es correcto que se haya establecido en la ley una indemnización especial y adicional a la común a favor del trabajador que ha sido despedido intempestivamente por actos de discriminación de parte de su empleador?

E.T.: Creo que es correcto, por lo especial de esta forma de terminación de la relación laboral, es decir se suman DOS hechos, el uno que la relación laboral termine sin causa legal y por lo tanto se ve afectada de pronto la forma de vida misma del trabajador, pero a su vez se suma el hecho de que existieron actos de discriminación, y al ser un hecho reprochable es correcto que por ello el empleador deba pagar un monto adicional.

P.V.: Si es correcto, la norma por sí sola no viene a solucionar los grandes problemas que tenemos como sociedad. Si no se valora las competencias y aptitudes y se prefiere que la persona se amolde a las condiciones que se consideran importantes pero que afectan la igualdad formal, aquella conducta no puede ser aplaudida, quien provoque actos discriminatorios debe pensarlo dos veces.



2.- En su criterio, ¿la indemnización especial antes indicada sería equivalente a la prevista por daño moral regulada en el Código civil a partir del Art. 2232?

E.T.: Creo que son bastante cercanas, tanto que pueden confundirse entre ellas, pensar que son idénticas, o a lo mejor que declarada la una se puede pedir indemnización en la otra.

Yo personalmente creo que son figuras que se tratan de forma separada en dos tipos diferentes de normas. La del Código del trabajo es independiente de aquella que trata el Código civil.

P.V.: Habría que analizar cómo se plantean los hechos.

3.- ¿Un trabajador despedido intempestivamente le asiste o no el derecho a ejercer, además de las acciones previstas en el Código del trabajo, la de reparación por daño moral prevista en la legislación común?

E.T.: La indemnización que diese lugar a la terminación intempestiva especial de la relación laboral, y que ya tiene el pago de una indemnización que busca la reparación del conjunto de daños posibles sin que corresponda una indemnización civil adicional por concepto de daño moral.

P.V.: Claro que sí, la atamos con la respuesta anterior. La indemnización especial, no viene a remplazar a lo que están en el Código civil, y esta tampoco es subsidiaria.

4.- De ser afirmativa su contestación a la pregunta anterior, indique ¿si sería o no conveniente, que cuando un trabajador que ha sido despedido intempestivamente, demande la reparación por daños extrapatrimoniales, se invierta la carga de la prueba y sea el demandado quien tenga la obligación de demostrar judicialmente que no los provocó?

E.T.: Si bien mi respuesta anterior no fue afirmativa quiero recalcar algo, considero que habría la posibilidad de demandar daño moral en el caso que la actuación del empleador al momento de configurarse causal para el despido, e independientemente del vínculo contractual, dieran lugar a un delito, cuasi delito o a un ilícito civil que lesione la integridad, intimidad, honra, reputación o imagen personal en menoscabo de la dignidad personal del trabajador. Y que este hecho debe y TIENE que ser probado.

P.V.: La tendencia procesal moderna es obligar a probar, a quien está en mejor posición para aquello. Además, nótese qué hay muchas situaciones derivadas del daño moral, que pronunciamientos judiciales sostienen que no es necesario justificar.





De las respuestas dadas a cada una de las preguntas se advierten las siguientes observaciones: 1).- Es coincidente el criterio de los administradores de justicia en la existencia de una indemnización adicional a la contemplada en el Código del trabajo por despido intempestivo cuando aquel ocurre por motivos discriminatorios. 2).- Mientras que la juzgadora reconoce la posible confusión que puede existir en considerar a las dos indemnizaciones idénticas por cuanto son de resarcimiento; sin embargo, indica que ambas son independientes y tienen tratamientos distintos según la materia, el juzgador señala como respuesta el análisis de cada caso en concreto atendiendo su particularidad, es decir, en un inicio y de alguna manera se entendería deja abierta la posibilidad de considerar que la indemnización especial por despido discriminatorio sea suficiente; no obstante, con el contenido de la siguiente respuesta, reconoce que aquella (indemnización especial) no sustituye la de daño moral, ni mucho menos la de daño moral tiene cabida cuando no prospere la especial. 3).- La jueza considera que la indemnización por despido intempestivo cubre los posibles daños sin que sea atribuible una adicional como la del daño moral, empero, aclara manifestando que si el actuar del empleador es a consecuencia de un evento ilícito o dañoso cuyo efecto es el menoscabo de la dignidad del trabajador, la acción de daño moral es procedente, pero deberá ser probada. 4).- Finalmente, esta respuesta es contestada únicamente por el juzgador quien, pese a señalar que la tendencia doctrinal considera que es la parte que está en mejor condición de probar, quien debe hacerlo, se observa que no hay una posición personal al respecto; no quedando claro si es una afirmación o negación a la consulta efectuada, por cuanto si es de conocimiento que el trabajador es la parte débil de la relación laboral, quien está en mejor condición para la carga probatoria es el empleador. El sostener que criterios jurisprudenciales alegan que no es necesario justificar, da a entender que no es descabellado considerar que se invierta la carga de la prueba, pese a que no lo sostiene como criterio propio.

## Conclusiones

Luego de realizarse el presente análisis de caso, se han podido evidenciar algunas facetas dentro del ámbito formal y de fondo, que se pasan a resaltar a manera de conclusiones:

El amplio acto de proposición de la parte actora, en los fundamentos de hecho al afirmar que la conducta del Banco Guayaquil al ejecutar el despido intempestivo de la trabajadora fue dolosa; sin duda, debilitó su estrategia por cuanto permitió que la parte demandada insistiera al juzgador, desde el primer momento, que ella estaba obligada a probar que dicha conducta tenía esa característica y no la de simplemente culposa y generadora de daños extrapatrimoniales.

El anuncio probatorio y la práctica de las pruebas presentadas por la parte actora, en el momento procesal oportuno, fueron legales, conducentes, útiles y pertinentes para este tipo de procesos, es decir, no existió una inadecuada defensa técnica; salvo la documental relacionada con su historia clínica completa.

El anuncio probatorio y la práctica de las pruebas presentadas por la parte demandada para justificar tanto su excepción previa, como las de fondo propuestas a la demanda también fue el adecuado, pues todos aquellos medios en ningún momento perdieron la perspectiva de legalidad, conducencia, utilidad y pertinencia, los mismos que, tras el ejercicio del derecho de contradicción, desvirtuaron los fundamentos de la accionante y llevaron al juez al convencimiento de su tesis.

Al desecharse por parte del Juzgador, la excepción previa de cosa juzgada se reconoce la autonomía de la acción de daño moral respecto de la indemnización por despido discriminatorio, aplicando de esa manera, las disposiciones contempladas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y la doctrina en general, vigentes hasta el momento, en el que se admite la independencia de las indemnizaciones sea que éstas se originen en el ámbito civil o, en su defecto, en el laboral.

La sentencia del juzgador de primera instancia, teniendo en cuenta, principalmente, lo que aconteció en el juicio es correcta en relación al asunto de fondo, aunque la misma contenga groseros errores en la motivación efectuada, parte de la cual incluso se citaron normas del Código civil vinculadas a la responsabilidad civil contractual y no a la extracontractual.

La sentencia de segunda instancia pese a los argumentos esgrimidos por la parte actora y que fueron fundamentados tanto por escrito, como oralmente en la audiencia de apelación también es correcta, por cuanto la parte actora no pudo demostrar



diáfananamente que los daños y aflicciones que describió en su demanda fueron consecuencia de una conducta dolosa-culposa de la parte demandada, aunque la misma fue carente de motivación.

La sentencia de la Corte Nacional de Justicia y que casó la resolución de la sala de lo civil y mercantil de la Corte Provincial del Azuay también resultó correcta, por cuanto aceptó el cargo de falta de motivación de la sentencia y dictó un nuevo fallo, asimismo declarando sin lugar la demanda; en virtud de que no existió un nexo causal entre el actuar del banco y los daños extrapatrimoniales que alegó sufrir la actora.

Un hecho procesal muy discutible en este caso, resultó ser la utilización de la historia clínica de la accionante por parte de la institución demandada, en cuya pericia basó de manera significativa su defensa, por cuanto se dijo que aquello vulneraba el derecho constitucional a la intimidad por tratarse de un tema absolutamente sensible; sin embargo, quedó claro que el obrar de la parte demandada en este sentido no fue ni ilegal, ni inconstitucional debido a que la actora hizo pública la misma al incorporarlo a expediente, tras anunciar que ese será uno de los medios probatorios que practicaría a su favor.

La indemnización tarifada que por despido intempestivo el empleador está en la obligación de cumplir cuando termina unilateralmente el vínculo laboral y que consta expresamente en el ordenamiento jurídico, no puede considerarse que en ella, implícitamente, se está sufragando también una reparación integral al trabajador, si de aquello se ha originado algún perjuicio que ha afectado su psiquis, pues esa indemnización refleja un valor que ha fijado el legislador atendiendo circunstancias exclusivamente laborales.

De la misma manera, la indemnización establecida en la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar a consecuencia del despido efectuado por discriminación, tampoco pueden considerarse como sustitutivas a las de daño moral.



## Recomendaciones

Advertir que es importante tener claro que cuando se va a demandar en la administración de justicia una indemnización por daños meramente morales se debe tener mucha precisión a la hora de narrar los hechos de manera detallada y establecer con claridad y precisión la pretensión que se exige, debiendo realizar un anuncio probatorio exhaustivo, cuya practica permita al juzgador aceptar el pedido efectuado.

Considerar, tanto para accionar como para defender casos vinculados a daño moral, que pese a todos los cambios normativos que en los últimos años en este tema ha sufrido la legislación especializada, el principio de la independencia de las indemnizaciones laborales y civiles sigue vigente.

Observar que los montos que se reclaman en una acción de daño moral sean lo más ajustados a la realidad, esto es, al daño sufrido y su posible resarcimiento, a pesar de que un bien extrapatrimonial afectado jamás va a poder ser fácil de cuantificar en dinero, la cantidad que decida el Juez, en base a su sana crítica y pruebas aportadas, puede aproximar a aquello, es decir, a intentar devolver a la víctima a su estado anterior; armonizando con los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Nacional de Justicia que hablan acerca del truncado proyecto de vida de las personas.

Entender que la acción por daño moral no es la oportunidad de la parte accionante de obtener del juez un enriquecimiento injustificado, pues su finalidad es la de devolver a la víctima a su estado anterior al perjuicio. Las cantidades exorbitantes e inalcanzables (en ciertos casos) pueden constituir el punto de partida para ubicar al Juzgador en una situación de considerar que el agravio no fue tal.

## Anexos

### Anexo 1

#### ENTREVISTA SEMI-ESTRUCTURADA

La información que se obtenga a través de este recurso se utilizará en un trabajo de titulación de mi autoría.

Nombres y Apellidos \*

Pablo valverde

Función que desempeña \*

Juez Corte Nacional de Justicia

1.- ¿Es correcto que se haya establecido en la ley una indemnización especial y adicional a la común a favor del trabajador que ha sido despedido intempestivamente por actos de discriminación de parte de su empleador? \*

Fundamente su respuesta.

Si es correcto, la norma por sí sola no viene a solucionar los grandes problemas que tenemos como sociedad. Si no se valora las competencias y aptitudes y se prefiere que la persona se amolde a las condiciones que se consideran importantes pero que afectan la igualdad formal, aquella conducta no puede ser aplaudida, quien provoque actos discriminatorios debe pensarlo dos veces.

2.- En su criterio, la indemnización especial antes indicada sería equivalente a la prevista por daño moral regulada en el Código Civil a partir del Art. 2232?... \*

Fundamente su respuesta.

Habría que analizar cómo se plantean los hechos.

3.- Un trabajador despedido intempestivamente le asiste o no el derecho a ejercer, además de las acciones previstas en el código del trabajo, la de reparación por daño moral prevista en la legislación común? \*

Fundamente su respuesta.

Claro que sí, la atamos con la respuesta anterior. La indemnización especial, no viene a remplazar a lo que están en el código civil, y esta tampoco es subsidiaria.

4.- De ser afirmativa su contestación a la pregunta anterior, indique si sería o no conveniente, que cuando un trabajador que ha sido despedido intempestivamente, demande la reparación por daños extrapatrimoniales, se invierta la carga de la prueba y sea el demandado quien tenga la obligación de demostrar judicialmente que no los provocó? \*

Fundamente su respuesta

La tendencia procesal moderna es obligar a probar, a quien está en mejor posición para aquello. Además, nótese que hay muchas situaciones derivadas del daño moral, que pronunciamientos judiciales sostienen que no es necesario justificar.

Este contenido no ha sido creado ni aprobado por Google.

Google Formularios

## Anexo 2

**ENTREVISTA SEMI-ESTRUCTURADA**

La información que se obtenga a través de este recurso se utilizará en un trabajo de titulación de mi autoría.

Nombres y Apellidos \*

ENMA TAPIA RIVERA

Función que desempeña \*

JUEZA

1.- ¿Es correcto que se haya establecido en la ley una indemnización especial y adicional a la común a favor del trabajador que ha sido despedido intempestivamente por actos de discriminación de parte de su empleador? \*

Fundamente su respuesta.

Creo que es correcto, por lo especial de esta forma de terminación de la relación laboral, es decir se suman DOS hechos, el uno que la relación laboral termine sin causa legal y por lo tanto se ve afectada de pronto la forma de vida misma del trabajador, pero a su vez se suma el hecho de que existieron actos de discriminación, y al ser un hecho reprochable es correcto que por ello el empleador deba pagar un monto adicional

2.- En su criterio, la indemnización especial antes indicada sería equivalente a la prevista por daño moral regulada en el Código Civil a partir del Art. 2232?... \*

Fundamente su respuesta.

creo que son bastante cercanas, tanto que pueden confundirse entre ellas, pensar que son idénticas, o a lo mejor que declarada la una se puede pedir indemnización en la otra.

Yo personalmente creo que son figuras que se tratan de forma separada en dos tipos diferentes de normas. La del Código del Trabajo es independiente de aquella que trata el Código Civil.

3.- Un trabajador despedido intempestivamente le asiste o no el derecho a ejercer, además de las acciones previstas en el código del trabajo, la de reparación por daño moral prevista en la legislación común? \*

Fundamente su respuesta.

la indemnización que diese lugar a la terminación intempestiva especial de la relación laboral, y que ya tiene el pago de una indemnización que busca la reparación del conjunto de daños posibles sin que corresponda una indemnización civil adicional por concepto de daño moral.

4.- De ser afirmativa su contestación a la pregunta anterior, indique si sería o no conveniente, que cuando un trabajador que ha sido despedido intempestivamente, demande la reparación por daños extrapatrimoniales, se invierta la carga de la prueba y sea el demandado quien tenga la obligación de demostrar judicialmente que no los provocó? \*

Fundamente su respuesta

si bien mi respuesta anterior no fue afirmativa quiero recalcar algo

considero que ihabría la posibilidad de demandar daño moral en el caso que la actuación del empleador al momento de configurarse causal para el despido, e independientemente del vínculo contractual, dieran lugar a un delito, cuasi delito o a un ilícito civil que lesione la integridad, intimidad, honra, reputación o imagen personal en menoscabo de la dignidad personal del trabajador. Y que este hecho debe y TIENE que ser probado,



### Anexo 3

Corte Nacional de Justicia  
Sala Especializada de lo Civil y Mercantil  
Juicio N° 01333-2018-00138  
Recurso de Casación  
Jueza Ponente: María Rosa Merchán Larrea

Quito, martes 7 de mayo del 2019, las 12h32, VISTOS: ANTECEDENTES En el juicio ordinario que por daño moral sigue M.B.B.G. en contra de BANCO GUAYAQUIL S.A., en la persona de su representante legal y Presidente Ejecutivo Angelo Caputi Oyague; la accionante interpone recurso de casación impugnando la sentencia dictada por un tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, el 31 de octubre de 2018, las 17h12, la que desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia de primera instancia que declara sin lugar la demanda por improcedente. Concedido el recurso de casación por el tribunal de instancia, y remitido al órgano jurisdiccional competente de esta Corte Nacional de Justicia, el Conjuez de esta Sala, en quien por sorteo se radicó la competencia para admisibilidad, lo acepta a trámite. Efectuado el sorteo correspondiente, fijada la competencia, y, evacuada la audiencia prevista en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos y emitida en ella la decisión, este Tribunal, la sustenta por escrito, de manera motivada, en los siguientes términos: FUNDAMENTOS DEL RECURSO Con fundamento en el caso 2 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, la recurrente acusa a la sentencia de no contener los requisitos previstos en los numerales 6, 7 y 8 del artículo 95 del mismo cuerpo legal a saber: relación de los hechos probados relevantes para la resolución, motivación y pronunciamiento sobre el fondo del asunto. Con respecto al numeral 6 del artículo 95 del Código Orgánico General de Procesos, señala que la sentencia claramente establece que el daño psíquico reclamado por la compareciente, así como las demás pretensiones contenidas en la demanda, fueron controvertidas y probadas dentro del proceso y merecen un pronunciamiento profundo al respecto, pues lo que se persigue es el resarcimiento de daños causados por el actuar ilegítimo del Banco Guayaquil S.A., a través de sus altos funcionarios, y que pese a ello, la resolución jamás deslegitima, niega o contradice los medios probatorios actuados y que tienen concordancia con lo reclamado. Aduce que, en virtud de que la sentencia es negativa a sus intereses, se debe explicar por qué no son tomadas en cuenta las pruebas actuadas dentro del proceso, cuáles medios probatorios sustentan la decisión y, además, pronunciarse sobre la prueba ilegal actuada en el proceso. Para sustentar la acusación, respecto a la infracción del numeral 7 del artículo 95 Código Orgánico General de Procesos, afirma que la motivación de la sentencia se limita a la transcripción y cita de obras jurídicas en materia de daños, los que en la práctica, le dan la razón sobre la existencia del daño sufrido, sin embargo, la resolución es negativa, sin que se establezcan las normas y/o principios jurídicos en que los juzgadores se fundamentan para negar sus pretensiones. A continuación, después de transcribir gran parte del fallo impugnado, señala que la Sala no establece en ninguna parte, la norma que sustenta su decisión “por el contrario a simple vista parecería que da la razón a la actora. Es más se hace alusión a temas de índole laboral, sin que siquiera se determinen sustentos normativos, jurisprudenciales, doctrinarios o dogmáticos que justifiquen que en un proceso de daños se justifique con un juicio laboral, tomando en cuenta además que la el fuero competente para





conocer la materia de daños como el presente caso es el CIVIL.” (Sic) Con respecto al numeral 8 del artículo 95 Código Orgánico General de Procesos, expresa que el fondo del asunto es el daño por ella sufrido (moral y psicofísico) y que la relación laboral con el Banco de Guayaquil es otra cosa que se encuentra vislumbrada en el área laboral. Afirma que los daños ocasionados se dieron por parte de los funcionarios del Banco en uso de sus atribuciones como directivos de la entidad, lo cual fue controvertido y demostrado en la respectiva etapa procesal, siendo este el asunto que debe ser resuelto “[...] la existencia injusta e innecesaria de afectar al bien jurídico determinado en la integridad personal de M.B.B.G., quien fue víctima de sufrimientos psicofísicos que no tenía por que soportarlos por parte del Banco de Guayaquil [...]” (Sic). Al amparo del caso 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, la recurrente sostiene que en la sentencia impugnada, hay falta de aplicación de las normas que rigen el derecho de daños en el Ecuador, artículos 2229, 2231, 2232, 2233 y 2234 del Código Civil; aduce que en el presente caso, ha demostrado haber sido afectada en su psiquis, haber sido discriminada y humillada por parte de la entidad donde laboró por más de veinte años, solo por padecer de una enfermedad terminal que afortunadamente logró controlar a tiempo, lo cual agravó su ya delicado estado de salud justamente por el sufrimiento, ansiedad y humillación que los directivos de la entidad demandada le causaron con su actitud displicente, claramente discriminatoria y dolosa, al sugerirle incluso que vaya a morir tranquila a su casa. Expresa que los juzgadores en la resolución, realizan una serie de razonamientos ajenos a la realidad de los fundamentos legales de esta causa, efectuando un análisis absolutamente superficial e incompleto respecto del artículo 188 del Código del Trabajo (que además no es de su competencia); aduce que si la intención de la Sala era apoyarse en normas laborales, el apoyo debió ser completo analizando todas las normas que son aplicables para el caso, y al menos debió preocuparse de citar las normas apropiadas y no únicamente la que regula el monto de las indemnizaciones de acuerdo al tiempo de la relación laboral. De ahí que la contravención de la ley por parte de la entidad demandada, comprueba precisamente su actuar ilícito y por ende doloso “quedando en evidencia la transgresión (sic) del derecho, actuando de manera abusiva, transgrediendo deliberadamente los fines del ordenamiento jurídico, pues en estricta aplicación de la ley, la institución demandada no podía dar por terminado unilateralmente la relación laboral, de la forma como lo hizo, es decir, confundiendo el derecho de terminar la relación laboral de manera lícita con el despido violentando normas de derecho público cayendo en un total abuso de derecho contenido en el artículo 36.1 del Código Civil, norma que también debió ser aplicada por los juzgadores, [...]” (Sic), aduciendo que el razonamiento de la Sala respecto de la existencia de dolo o actuar ilícito de la demandada es absolutamente superficial, cuando aquel debió realizarse de manera exhaustiva con aplicación de normas y principios jurídicos razonados debidamente argumentados. Señala además, que no se puede confundir este resarcimiento justo y legal al que tiene derecho el trabajador sujeto al Código de Trabajo, con el derecho que tiene la persona a ser resarcida por haberse lesionado su integridad psicofísica prevista en el artículo 2234 del Código Civil. Expresa, que la integridad de la persona se encuentra amparada en el artículo 66 de la Constitución de la República, en relación con los artículos 1 y 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; y, 5 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

**CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL JURISDICCION Y COMPETENCIA**

1.1 Corresponde el conocimiento de esta causa, en razón del sorteo realizado, al Tribunal que suscribe, constituido por Jueza y Conjuezas Nacionales, nombradas y posesionadas por el Consejo de la



Judicatura, en forma Constitucional, con competencia para resolver el recurso de casación interpuesto, en virtud de los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 269 del Código Orgánico General de Procesos. Actúan las doctoras Beatriz Suárez Armijos y Magaly Soledispa Toro, en virtud de los oficios números 191-SG-CNJ de fecha 29 de enero de 2018 y, 1594-SG-CNJ de fecha 21 de septiembre de 2018 respectivamente.

**2. PROBLEMA JURÍDICO QUE DEBE RESOLVER EL TRIBUNAL** Al Tribunal, en virtud de los puntos a los cuales los recurrentes contraen su recurso le corresponde resolver: Si la sentencia impugnada contiene todos los requisitos previstos en el artículo 95 del Código Orgánico General de Procesos, y si en ella existe falta de aplicación de los artículos del Código Civil, que regulan el daño moral.

**3. CRITERIOS JURÍDICOS BAJO LOS CUALES EL TRIBUNAL REALIZARÁ SU ANÁLISIS**

**3.1.** El artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos prevé que el recurso de casación procederá en los siguientes casos: “2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatible así como, cuando no cumplan el requisito de motivación.” Sobre los requisitos de la sentencia, este Tribunal precisa señalar que, aquellos son de orden externo e interno. Los presupuestos externos están relacionados con la legalidad de los tribunales, la intervención de las partes y la exigida existencia de pretensiones; todo dentro de un debido proceso. Los requisitos internos en cambio se refieren a la forma, oportunidad y contenido. Los requisitos de forma corresponden a la estructura del fallo que necesariamente ha de contener una parte expositiva, con identificación de los sujetos procesales, la enunciación de lo que se pretende, las excepciones opuestas y la decisión; lugar, fecha, hora y firmas de quienes expiden el fallo; y los referidos a su publicidad, y notificación. El requisito de oportunidad se relaciona con el tiempo dentro del cual han de dictarse las sentencias; los requisitos de contenido se refieren a la resolución específica, explícita y clara de los puntos de la litis; en congruencia con la pretensión y las excepciones, la fundamentación o motivación, entendida como el razonamiento lógico, que sustenta la aplicación de las normas de derecho a los hechos probados en el proceso; y la decisión, conclusión a la que se arriba, y en la que debe determinarse los derechos y las obligaciones de las partes. (Libro II, Capítulo VI, del Código Orgánico General de Procesos, artículos 89, 90, 92, 93, 94)

**3.2.** El caso 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, configura los vicios de “Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto. Con fundamento en este caso, se deben acusar violaciones directas a normas de derecho sustancial, sin consideración a los hechos probados.

**3.3.** La acción de daño moral estructurada en el Código Civil, en los artículos 2231 al 2237, tiene por objeto establecer la responsabilidad civil, como obligación derivada de una acción u omisión ilícita, que ha producido daños meramente morales.

**3.4.** El Código Civil, en el artículo 2232, establece el derecho a demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, a quien hubiere sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta; y si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado.

**4. ANÁLISIS MOTIVADO DE LOS FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAN LA CAUSAL**

**4.1. PRIMER CARGO.** Con fundamento en el caso 2 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, la recurrente acusa a la sentencia de no contener los requisitos previstos en los numerales 6, 7 y 8 del artículo 95 del mismo cuerpo legal: relación de los hechos



probados relevantes para la resolución, motivación y decisión que se pronuncie sobre el fondo del asunto. Al respecto, este tribunal considera necesario realizar las siguientes precisiones: La Constitución de República, en su artículo 76.7.I) impone “Las resoluciones de los poderes públicos, deben ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.” en concordancia el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 130.4 dispone que juezas y jueces deben “Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos”. Obligación para la cual el Código Orgánico General de Procesos, en su artículo 89, de manera específica prevé además “(...) Las sentencias se motivaran expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho. La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación.” Motivar una decisión judicial, entonces, desde la óptica constitucional implica, fundamentar la decisión en normas de derecho y/o principios jurídicos, explicando de forma razonable, lógica y comprensible, el por qué aquellas se aplican a los hechos del proceso; en tanto, como mecanismo procesal, sustenta los razonamientos de hecho y derecho, valoración probatoria y aplicación de la ley, que efectuó el juez para arribar a una decisión respecto a la pretensión y las excepciones opuestas; todo ello expuesto en un discurso argumentativo autosuficiente y racional, que a más de evidenciar la verdad procesal, muestre las razones, en función de las cuales, el observador externo, (partes procesales, abogados, otros jueces, opinión pública) puede considerar que esa decisión está fundada tanto lógicamente como jurídicamente. Una sentencia motivada debe contener los argumentos que justifican la comprobación de los hechos de la causa y la aplicación del derecho, a través de razonamientos que guarden sindéresis, coherencia y lógica entre sí y expliquen fehacientemente cómo éstos (los hechos) se encadenan con las normas, para que de ello fluya una conclusión que garantice la racionalidad de la decisión. La Corte Constitucional de Ecuador, en diversos fallos, ha señalado que la motivación como garantía del debido proceso, debe contener un triple estándar para su cumplimiento efectivo, el que se compone por razonabilidad, lógica y comprensibilidad. La razonabilidad implica que la decisión se encuentre fundada en normas constitucionales y legales pertinentes al caso concreto; la lógica exige que las decisiones judiciales se encuentren estructuradas con debida coherencia entre las premisas que conforman una decisión, y entre éstas y la decisión final; mientras que, la comprensibilidad, establece que las decisiones judiciales tienen que ser elaboradas en un lenguaje claro que pueda ser asimilado no solo por las partes procesales sino por la sociedad en general. Analizada la sentencia objeto del recurso, bajo la óptica de los parámetros de verificación de la motivación, establecidos por la Corte Constitucional (sentencia 227-012-SEP-CC) explicitados anteriormente; y, los señalados por la propia Constitución, el Código Orgánico de la Función Judicial y el Código Orgánico General de Procesos, este Tribunal encuentra, que si bien aquella cumple con señalar los hechos del proceso y decidir sobre el fondo del asunto, en cumplimiento a lo previsto en los numerales 6 y 8 del artículo 95 del Código Orgánico General de Procesos, lo hace a través de una redacción que no explica los



razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de la prueba, como a la interpretación y aplicación del derecho, constituyéndose en una sentencia de difícil comprensión, que obliga a este tribunal a aceptar el cargo de falta de motivación, y conforme a lo dispuesto en el artículo 273.4 del Código Orgánico General de Procesos, CASA la sentencia y dicta sentencia de mérito en los siguientes términos: a) Obra de fs. 197-205 del cuaderno de primera instancia, la demanda presentada por M.B.B.G., en la que señala que, desde el 30 de marzo de 2000, venía prestando sus servicios lícitos y personales para el BANCO GUAYAQUIL S.A., en calidad de Gerente de Banca Corporativa y Empresarial, y que, fruto de su desempeño laboral, el Banco le confirió varios reconocimientos por el cumplimiento de sus objetivos, todo ello mientras gozaba de una excelente salud, hasta que, por adolecer de una lamentable enfermedad (Linfoma Folicular Grado II, CD 20 positivo Cáncer) el Banco tomó la decisión de despedirla el 08 de abril de 2016. Afirma que no podía entender como a una institución a la que entregó varios años de su vida ahora le daba la espalda, y que, como consecuencia del profundo dolor que aquello le causó, incluso se enfermó de Fibromalgia razón por la cual, su médico tratante, dispuso que asista al departamento de psicología del IESS, en donde fue atendida por el psicólogo Juan Pablo Bueno, quien le diagnosticó un episodio depresivo asociado a conflictos en el área laboral y específicamente por haber sido notificada con su salida del trabajo, tratamiento psicológico que viene realizando hasta la presente fecha; expresa que dicha depresión cambió su vida pues no ha podido realizar las mismas actividades placenteras, sociales y cotidianas que realizaba antes del despido, y que, el actuar indolente del Banco la transformó en una carga para su hogar. Razón por la cual, solicita el pago de un millón de dólares por concepto del daño moral causado como consecuencia “del dolor, sufrimiento, y la grave angustia sufrida al haber sido despedida intempestivamente por mi condición de enferma de cáncer.” (Sic) b) Por su parte, la compañía accionada, al contestar la demanda (fs. 1061-1065), señala en su contestación, que la demanda es absolutamente improcedente. Aduce que en nuestro país la estabilidad de los trabajadores es relativa y no absoluta, y en virtud de aquello, BANCO GUAYAQUIL S.A., despidió a la actora, cancelando obviamente las indemnizaciones correspondientes por despido intempestivo; que, aquello no implica la existencia de un daño moral que deba ser reparado, pues si así fuese, ningún empleador optaría por desvincular a un trabajador, lo cual atentaría contra el derecho constitucional a la libertad de contratación. Afirma que la accionante, además de la indemnización por despido intempestivo, ya recibió \$52.764,96, por disposición de los jueces de la Sala Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, al haber considerado que aquella había sido despedida por actos de discriminación conforme lo previsto en el artículo 195.3 del Código de Trabajo; y, que en total, ha cobrado de Banco Guayaquil S.A., la cantidad de \$158.377,93. Opone las siguientes excepciones: cosa juzgada (pues el despido por supuesta discriminación fue juzgado y sancionado dentro del juicio 01371-2016-00458, seguido ante la Unidad Judicial Laboral de Cuenca), negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda e, improcedencia de la acción. c) La ex Corte Suprema de Justicia, respecto al daño moral, ha manifestado que “La prueba de la lesión a bienes, derechos o intereses extrapatrimoniales, incluidos los personalísimos, es por su naturaleza innecesaria, otras veces es imposible o sumamente difícil de probar; el daño moral y su intensidad pueden no tener una manifestación externa, quedan en el fondo del alma y ni siquiera exige una demostración [...] El daño resarcible no se evidencia, como frecuentemente ocurre con los perjuicios patrimoniales. Por lo mismo, en la doctrina y en la jurisprudencia se ha concluido en que no se requiere





una prueba directa de su existencia. El padecimiento se tiene por supuesto por el hecho antijurídico que lo provoca y es suficiente la valoración objetiva de la acción antijurídica [...] La prueba del daño moral deberá ser la del hecho ilícito que lo ha provocado, el delito o un cuasidelito que han afectado a bienes jurídicamente protegidos, y el de la atribución del mismo al que causó el daño y los fundamentos para declararlo responsable.” (Las negrillas nos pertenecen) A continuación se procederá a explicar cada uno de estos elementos para mayor claridad: c.1) El hecho ilícito o hecho imputable dañoso constituye “todo hecho que como consecuencia del dolo, de la culpa o del riesgo asumido por una persona, causa daño a otra.”, entendiéndose como daño “la lesión de un interés protegido [...]” c.2) Para definir el segundo requisito, “[...] el delito o cuasidelito que han afectado a bienes jurídicamente protegidos, [...]”, debemos remitirnos al artículo 2184 del Código Civil que determina en sus últimos dos incisos, que ha de entenderse como delito y cuasidelito: “Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito.” c.3) Finalmente, el nexo causal, entendido como “[...] una relación causa-efecto entre el acto humano y el daño que se produce, es decir, la causación del daño por el agente dañino es necesaria para configurar la responsabilidad civil, además del daño y la culpa.” Ahora bien, en el caso que nos ocupa, debemos referirnos necesariamente a lo que la doctrina denomina como compensaciones en el ámbito laboral, las que, de acuerdo a la responsabilidad, pueden clasificarse de la siguiente manera: la laboral y la ordinaria civil, “Mientras la laboral se refiere a los riesgos comunes y ordinarios de la actividad, no exige prueba del factor subjetivo o culpa del empleador pues opera automáticamente, [...] y no incluye en la indemnización los perjuicios morales, la civil u ordinaria, surge de los riesgos extraordinarios de la actividad que se cumple, tiene como fundamento la imprudencia, negligencia o imprevisión del empleador, por lo que se exige la prueba del factor subjetivo o culpa de aquel en el accidente o enfermedad, y su monto no está limitado porque depende del que se acredite en el proceso e incluye la indemnización de los perjuicios morales.” La imprudencia según la Real Academia de la Lengua Española, significa “falta de prudencia”, la que a su vez implica actuar sin cautela, moderación, sensatez, buen juicio; es decir, actuar sin las precauciones mínimas exigidas; la negligencia resulta de la falta de cuidado; mientras que, la imprevisión, resulta de la falta de atención a las contingencias o necesidades previsibles. En la especie, de la revisión del proceso, no se observa prueba que demuestre que la institución demandada, actuó con imprudencia, negligencia o imprevisión que le obliguen a indemnizar a la actora por el supuesto daño moral sufrido, por el contrario, la prueba de la parte actora da cuenta de que efectivamente sufrió de cáncer (Linfoma Folicular Grado II, CD 20 positivo) y que como consecuencia de ello, sufrió de un trastorno adaptativo “que se considera reactivo al diagnóstico y proceso oncológico que afronta actualmente.” (Sic) conforme se observa del certificado emitido por el Psicólogo Clínico del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Juan Pablo Bueno, que obra a fs. 7 del cuaderno de primera instancia. De hecho, el mismo certificado, señala que el diagnóstico psicopatológico que enfrenta “resalta sintomatología ansioso depresiva, mantenida por múltiples estresores que implica la enfermedad oncológica.” Por otro lado, el estudio pericial psicológico que adjunta al proceso, suscrito por la Psicóloga Clínica, Carolina Sánchez Arias, señala entre sus conclusiones que M.B.B.G., padece de un Trastorno Adaptativo de tipo crónico con sintomatología con ansiedad y estado de ánimo depresivo, afección emocional que a decir de la psicóloga ha influido negativamente en las diferentes esferas de su vida y que se hizo notoria “tras el despido inesperado del que fue parte



el 8 de abril de 2016, siendo atribuible la afección a dicho suceso”, informe que no es favorable a la parte actora, en tanto el certificado emitido por el psicólogo clínico del IESS, señalado en líneas anteriores, da cuenta de que dicho trastorno es consecuencia de la enfermedad oncológica que ella padecía. Con respecto al oficio remitido por Banco Guayaquil en fecha 29 de junio de 2015, el certificado psicológico suscrito por el doctor Esteban Xavier Medina, las fotografías agregadas al proceso, la historia clínica en el IESS, los exámenes médicos y el reporte de epicrisis de SOLCA, en nada aportan a establecer el nexo causal entre el sufrimiento alegado y las actuaciones de la institución demandada. Obra del proceso también, copia del acta de finiquito por despido intempestivo, así como copias certificadas de las sentencias emitidas dentro del proceso laboral 01371-2016-00458 que siguió la hoy actora a la empresa demandada, en las que se ordena el pago de la indemnización a la que se refiere el artículo 195.3 de la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar (Despido por discriminación) y la referida en el artículo 179 del Código de Trabajo (Indemnización por no recibir al trabajador), indemnizaciones estas tarifadas provenientes de la irregular terminación de la relación contractual laboral, que toman en consideración el conjunto de daños posibles, y a los que no corresponde indemnización civil por daño moral, si la decisión del empleador de terminar el vínculo no produce perjuicios morales, mayores que los provenientes del propio despido, el que ejecutado en contra de una persona afectada por una enfermedad, constituye discriminación, sancionada con indemnización pecuniaria propia de la terminación de la relación laboral. La indemnización civil por daño moral, a criterio de este tribunal solo procedería cuando más allá de los límites del ámbito contractual, la actuación del empleador en el despido, configure conductas que independientes del vínculo constituyen un tipo delictual, cuasi delictual o un ilícito civil, que lesiona la integridad personal, la intimidad, la honra, la reputación, o la imagen, en menoscabo de la dignidad personal del trabajador; supuestos fácticos no alegados ni probados en este caso, por lo que no justificado en el despido un cuasi delito o un ilícito civil imputable al empleador, como nexo causal productor del daño cuya indemnización se pretende, no procede la reparación demanda. DECISIÓN Por las consideraciones expuestas, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia “ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”, declara sin lugar la demanda incoada por M.B.B.G. en contra de BANCO GUAYAQUIL S.A., en la persona de su representante legal y Presidente Ejecutivo Angelo Caputi Oyague. Sin costas. Notifíquese y devuélvase los expedientes de instancia.



## Bibliografía

### Referencias bibliográficas:

- Bahamondes Oyarzún, C. (2004). Daño moral por despido injustificado. Colección de Derecho Privado. (1), 253-270. Recuperado de: [http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/despido\\_moral\\_claudiabahamondes.pdf](http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/despido_moral_claudiabahamondes.pdf)
- Balbín, A. N. (2018). El despido injustificado como instituto de control social. *Derechos En Acción*, 7(7). Doi: <https://doi.org/10.24215/25251678e146>
- Barrientos Zamorano, Marcelo. (2008). Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del pretium doloris. *Revista chilena de derecho*, 35(1), 85-106. Doi: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372008000100004>
- Calderón Gamboa, J, (2013). La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33008.pdf>
- Corrales Melgarejo, R. (2019). Presunción del daño moral en los despidos inconstitucionales: ¿avance o retroceso? *Derecho y Cambio Social*, (5), 596-630. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6967915>
- Corvalán Meneses, R. & Costa Cortés, M. (2005). El daño moral por despido injustificado en la jurisprudencia chilena. (Tesis, Universidad de Chile). Recuperado de: [http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/107627/corvalan\\_r.pdf?sequence=3](http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/107627/corvalan_r.pdf?sequence=3)
- De los Mozos, J. & Soto Coaguila, C. (Dir) (2006). *Responsabilidad Civil Derecho de Daños*. Lima, Perú: Grijley.
- Domínguez Águila, R. (1998). Reparación del daño moral por despido injustificado. *Revista Chilena de Derecho*, (25), 432-445. Recuperado de: [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiJ46\\_BxZ3pAhUNC6wKHVtSD8gQFjAAegQIAhAB&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F2650015.pdf&usg=AOvVaw1xD\\_ieexp9DhMGnZR4IQz](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiJ46_BxZ3pAhUNC6wKHVtSD8gQFjAAegQIAhAB&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F2650015.pdf&usg=AOvVaw1xD_ieexp9DhMGnZR4IQz)
- Donato Busnelli, F. et al. (2009). *Responsabilidad Civil Contemporánea*. Lima, Perú: Ara Editores.
- Fernández Martínez, S. (2015). Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 3 (1), 2-17. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5383934>





- Gamonal C., S. (2016). El daño moral en el artículo 489 del código del trabajo. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, (XLVII), 305-327. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=1736/173650537010>
- Gamonal, Sergio. (2012). Evolución del daño moral por término del contrato de trabajo en el derecho chileno. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (39), 161-176. Doi: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512012000200006>
- Gil Botero, E. (2014). *La constitucionalización dl derecho de daños*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Horbath, J. & Gracia, A. (2014). Discriminación laboral y vulnerabilidad de las mujeres frente a la crisis mundial en México. *Economía, sociedad y territorio*,14(45), 465-495. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7390621>
- Irureta Uriarte, P. (2014). La noción jurídica de empleador ante el derecho del trabajo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLII*, 251-282. Recuperado de: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-68512014000100008](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000100008)
- Lorenzetti, R. et al (Dir). (2014). Daño extrapatrimonial Daño Moral Daño a la persona. *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil*, (2), 6-382.
- Mangarelli, C. (2008). El derecho del trabajo y su relación con el derecho civil. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, (7), 105-123. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/article/view/9558/11589>
- Mansueti, H. R. (2009). El daño moral y los ilícitos adicionales del empleador. Recuperado de [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dasf080091-mansueti-dano\\_moral\\_ilicitos\\_adicionales.htm](http://www.saij.gob.ar/doctrina/dasf080091-mansueti-dano_moral_ilicitos_adicionales.htm).
- Manzanares Campos, M. (2008). *Criterios para valuar el quantum indemnizatorio en la Responsabilidad Civil Contractual*. Perú: Grijley.
- Méndez de Andrés, E. (2016). Daño moral en las personas jurídicas y su tratamiento en Colombia. *Cuadernos De La Maestría En Derecho*, (5), 125-170. Recuperado de: <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/Cuadernos/article/view/993>
- Méndez Rozo, D. (2009) El daño moral como límite a la libertad de prensa (Reflexiones desde el Derecho colombiano y el Derecho comparado), 85-110. Recuperado de: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:lam74aA45X0J:https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3154868.pdf+&cd=3&hl=es&ct=clnk&gl=ec>



- Navarro Espigares, J. & Martín Segura J. (2008). Evaluación económica del daño moral en el ámbito de los accidentes de trabajo: un método basado en indicadores estadísticos normalizados, 54 (211). Recuperado de: [http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0465-546X2008000200002](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0465-546X2008000200002)
- Nogueira Guastavino, M. (2011). El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales perspectiva constitucional reciente. Lan harremanak: Revista de relaciones laborales, (25), 19-52. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4258916>
- Organización Internacional de Trabajo. (1958). Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación). Recuperado de: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C111](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C111)
- Otaola, M. (2012). La reparación plena e integral y el daño moral: ¿una utopía?. Revista de la Facultad, 3(2), 97-112. Recuperado de: <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/view/5994/7067>
- Pazmiño Ballesteros, M. (2015). Acción civil de daño moral en accidente laboral. Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Sandoval Garrido, D. (2013). Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas. Revista De Derecho Privado, (25), 237-273. Recuperado de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3602>
- Rojas Quiñones, S. (2015). El daño a la persona y su reparación. Bogotá, Colombia: Ibáñez.
- Toyama Miyagusuku, J. & Neyra Salazar C. (2016). Criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema sobre el despido nulo. Ius Et Veritas: Revista de la Asociación Ius Et Veritas, (52), 232-257. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6082777>
- Varela, L. & Sesín, S. (2013). Despido y discriminación en Argentina. Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, 1 (2), 79-91. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5402024>
- Wagner de Tizón, C. (2011). Limitaciones a la autonomía de la voluntad. (Tesis de aspirante a Doctorado, Universidad Nacional del Litoral). Recuperado de: <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar:8443/bitstream/handle/11185/541/tesis%20final%20-%20Claudia%20Wagner.pdf?sequence=1&isAllowed=y>



Zavala Gamboa, O. (2014). El poder del empleador como elemento distintivo de la relación laboral. *Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, 2(3), 1-20. Recuperado de: [http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde\\_adapt/article/view/225/271](http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/article/view/225/271)

#### **Referencias jurídicas:**

Código Civil del Ecuador. Registro Oficial 526, Segundo Suplemento. Quito, Ecuador, 19 de junio de 2015. Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código del Trabajo del Ecuador. Registro Oficial Suplemento 167. Quito, Ecuador, 16 de diciembre de 2015. Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial 506. Quito, Ecuador, 22 de mayo de 2015. Corporación de Estudios y Publicaciones.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449. Montecristi, Ecuador, 20 de octubre de 2008. Asamblea Constituyente.

Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar [LOJLRTH]. (2015) 1ra ed. Editorial Corporación y Publicaciones Legales

#### **Referencias jurisprudenciales:**

Corte Constitucional, Pleno de la Corte Constitucional. (13 de enero de 2016) Sentencia 2014-12-EP, 2016. [MP Alfredo Ruiz Guzmán]. Recuperado de: <http://www.litigioscomplejos.com/sentencias/ecuador/016-16-SEP-CC.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (16 de noviembre del 2009) Sentencia González y otras Vs. México. [MP Cecilia Medina Quiroga] Recuperado de: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf)

Corte Nacional de Justicia, (2014). Fallos de triple reiteración. Sistema de precedentes jurisprudenciales. Recuperado de: [https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/publicaciones\\_cnj/Fallos%20triple.pdf](https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/publicaciones_cnj/Fallos%20triple.pdf)

Corte Nacional de Justicia, Sala especializada de lo civil y mercantil. (07 de mayo del 2019) Sentencia 01333-2018-00138. [MP María Rosa Merchán Larrea] Recuperado de: <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>

Corte Nacional de Justicia, Sala de lo civil y mercantil. (08 de abril del 2013) Sentencia 714-2011. [MP Juan Luis Pacheco Barros] Recuperado de: <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>



Corte Provincial de Justicia, Sala de lo civil y mercantil. (31 de octubre del 2018) Sentencia 01333-2018-00138. [ MP Paulina Aguirre Suárez] Recuperado de: [https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/sala\\_civil/2013/714-2011.pdf](https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/sala_civil/2013/714-2011.pdf)

Corte Suprema de Justicia, Primera Sala. (4 de abril del 2011). Sentencia 7270-2009. [MP Sergio Muñoz Gajardo]. Recuperado: <http://static.elmercurio.com/Documentos/Legal/2012/03/15/20120315125525.pdf>

### **Bibliografía en general:**

Albuquerque, R. (1988). Despido, Retiro y Justa Causa. THEMIS: Revista de Derecho, (11), 20-29. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5110128>

Arteaga Moreira, A. (2018). El despido ineficaz y su relación con el principio de no discriminación y el derecho a la estabilidad. Revista San Gregorio, 26, 38-45. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6841001>

Barreira Igual, M. (2018). Discapacidad y enfermedad en el despido: Aplicación práctica. Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, 6(4), 197-227. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6721443>

Blancas, C. (2012). Flexiseguridad, derecho al trabajo y estabilidad laboral. Derecho PUCP, (68), 383-402. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=5336/533656142017>

Benavente Torres, M. (2019). Un aspecto jurídico especialmente problemático: la extinción de la relación laboral. Lex social: revista de los derechos sociales, (2), 250-274. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=326103>

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Organización de los Estados Americanos. San José, Costa Rica, en 1969. Recuperado de: <http://www.oas.org>.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral. (25 de enero de 2017) Sentencia SL1525-2017. [MP Fernando Castillo Cadena]. Recuperado de: <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/bext2017/SL1525-2017.pdf>

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. La IX Declaración Universal de Derechos Humanos. Resolución 217 A (III) de la Organización de Naciones Unidas. Paris, Francia, 10 de diciembre de 1948. Recuperado de: <https://www.un.org/es/sections/universal-declaration/history-document/index.html>



- Elorza Guerrero, F. (2003). Extinción del contrato de trabajo: La información facilitada por el trabajador como causa de despido disciplinario. *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, (72), 235-248. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=802112>
- Fernández Martínez, S. (2019). Trabajadores especialmente sensibles, discriminación por discapacidad y despido objetivo. *Iuslabor*, 3, 156-172. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7191284>
- Gajardo Harboe, M. C. (2020). El deber de seguridad del empleador en el ordenamiento jurídico laboral chileno. (Tesis doctoral, Universidad de Sevilla). Recuperado de: <https://idus.us.es/handle/11441/93262>
- García Granara, F. (2002). El derecho al empleo y el despido arbitrario. (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Telefónica). *Derecho & Sociedad*, (19), 247-252. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17268>
- Gasco García, E. (2011). Derecho y trabajo asalariado: significado y tensiones. A propósito del libro de Antonio Baylos y Joaquín Pérez Rey, el despido o la violencia del poder privado. *Revista Castellano-Manchega de Ciencias sociales*, núm. 12, 173-183. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/comocitar.oa?id=322127622012>
- Guidotti Rauch, B. (2010). GAMONAL CONTRERAS, SERGIO, El daño moral en el contrato de trabajo. *Revista de derecho (Valdivia)*, 23(2), 267-268. Recuperado de: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502010000200014>
- Guiguet. V. C. (2008). Fonoaudiología Legal: aspectos jurídicos básicos para el ejercicio profesional. Recuperado de: <https://books.google.com.ec/books?id=4f2jBzSJFVoC&pg=PA119&dq=Equitativa+valuación+del+daño+no+mensurable&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiryZT6gufoAhXPnOAKHYZLDVEQ6AEIJAA#v=onepage&q=Equitativa%20valuación%20del%20daño%20no%20mensurable&f=false>
- Isaza Posse, M. (2008). Jurisprudencia Colombiana. *Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros*, 17(28). Recuperado de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/view/14915>
- Isaza Posse, M. (2019). El amparo de RC patronal bajo las pólizas de seguro de responsabilidad civil. *Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros*, 28(50), 229-238. Recuperado de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/view/27226>



- Lastra Lastra, J. (2003). Paradojas de la autonomía de la voluntad en las relaciones de trabajo. *Revista de derecho privado, nueva época*, II(5), 109-136. Recuperado de: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=17&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiG97zLqY7pAhXmQd8KHQvgBuQQFjAQegQIBxAB&url=https%3A%2F%2Frevistas-colaboracion.juridicas.unam.mx%2Findex.php%2Fderecho-privado-ns%2Farticle%2Fdownload%2F7124%2F6403&usg=AOvVaw2SoZk840a6x6SVGnuS1gom>
- Morejón Casares, S. (2019). Propuesta de buenas prácticas de despido por causas económicas, técnicas, organizativas y de productividad para las organizaciones del sector privado. (Tesis de maestría), Universidad Andina Simón Bolívar). Recuperado de: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6892/1/T2966-MDTH-Morejon-Propuesta.pdf>
- Núñez Rodas, J. (2016). El principio de la estabilidad laboral en la Constitución del 2008 tras la flexibilidad laboral. (Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar). Recuperado de: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5126/1/T2045-MDE-Nu%c3%b1ez-EI%20principio.pdf>
- Pérez Fuente, G. M. (Coord.). (2006). Daño Moral en Iberoamérica. Recuperado de: <https://books.google.com.ec/books?id=Rj-F9ewHN3cC&printsec=frontcover&dq=daño+moral&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwjHqrGGg-foAhUGWN8KHcmXAIEQ6AEIJjAA#v=onepage&q=daño%20moral&f=false>
- Quiñones Tinoco, C. & Rodríguez Lugo, S. (2015). La Reforma Laboral, la precarización del Trabajo y el principio de estabilidad en el empleo. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, (21), 179-201. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=4296/429640697008>
- Ramírez, C. (2017). Apuntes sobre la Prueba en el COGEP. *Corte Nacional de Justicia*, (1), 5-245. Recuperado de: [https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/Produccion\\_CNJ/La%20prueba%20en%20el%20COGEP.pdf](https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/Produccion_CNJ/La%20prueba%20en%20el%20COGEP.pdf)
- Remedios Ramón, D. (2013). Ahorro empresarial vs discriminación de trabajadores: Fogasa y cofinanciación de despidos. *Cuadernos de economía: Spanish Journal of Economics and Finance*, 36 (102), 155-167. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4500986>





- Sánchez Castañeda, A. & Monroy Enríquez A. (2014). Despidos por causas empresariales en México. IUSLabor, (2), 1-12. Recuperado de: <https://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/276861/365986>
- Sarango Alcívar, J. & Vivanco Vargas, G. (2018). El despido intempestivo frente a los derechos constitucionales ecuatorianos. Necesidad de reformulación. Revista Universidad y Sociedad, (10) 2, \_\_\_\_\_. Recuperado de: [http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2218-36202018000200181](http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202018000200181)
- Sarango Alcívar, Juan, & Vivanco Vargas, Germania. (2018). El despido intempestivo frente a los derechos constitucionales ecuatorianos. Necesidad de reformulación. Revista Universidad y Sociedad, 10(2), 181-186. Epub 02 de febrero de 2018. Recuperado de: [http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2218-36202018000200181&lng=es&tlng=es](http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202018000200181&lng=es&tlng=es).
- Varela Fleckensteinn, A. (2005). "Perdón de la causal" y despido indirecto: ¿Solo el empleador es capaz de perdonar?. Revista de derecho y ciencias penales: Ciencias Sociales y Políticas, (7), 113-116. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6455545>
- Vidal Ramírez, F. (2001). La responsabilidad Civil. Revista de la Facultad de Derecho, 54, 389-399. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5084757>
- Vielma Mendoza, Y. (2005). Responsabilidad civil y responsabilidad moral. Hacia una responsabilidad civil más objetiva. Revista Dikaiosyne, (12) 7. Recuperado de: <http://www.saber.ula.ve/handle/123456789/19044>
- Villavicencio Ríos, Alfredo (2013). El derecho al trabajo: en tránsito del despido libre al derecho constitucional garantizado. Derecho PUCP, (71), 309-339. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=5336/533656138013>