El daño moral en las personas incorporales: improcedencia de la prueba *in re ipsa*

María Candelaria Domínguez Guillén*

Sumario

Introducción

1. La naturaleza del ente incorporal 2. Breve referencia al daño moral 3. La procedencia del daño no patrimonial en la persona incorporal 4. La prueba del daño moral en el sujeto ideal *4.1. Especial naturaleza 4.2. Sobre la posibilidad de la prueba contraria al daño moral* **5. Las medidas judiciales contra el ente ideal, ¿abuso de derecho?**

Conclusiones

Introducción

Con las presentes líneas deseamos contribuir con el homenaje al profesor Arturo Torres-Rivero, quien no solo se destacó en el área del Derecho Civil de Familia y Sucesiones, sino también hizo su particular aporte al Derecho de Obligaciones[1]. Precisamente quisiéramos escoger un tópico de este último para colaborar con su tributo, el cual gira en torno a la figura del daño no

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogada, Especialista en Derecho Procesal, Doctora en Ciencias mención "Derecho", Profesora Titular, Jefe del Departamento de Derecho Privado, Jefe de la Cátedra de Derecho Civil I Personas, Investigadora-Docente Instituto de Derecho Privado. mariacandela1970@gmail.com.

1 Véase: Torres-Rivero, Arturo*:* **El derecho venezolano y la gestión de negocios (tesis doctoral)**. La Torre. Caracas, 1971.

patrimonial o daño moral en la persona incorporal. No pretende el presente estudio ni profundizar sobre la compleja figura del daño moral, ni mucho menos ahondar en la todavía más álgida problemática del ente ideal. Sino simplemente pasearse por un tópico que ha tocado circunstancialmente la escasa doctrina y jurisprudencia patria.

Para ello, dividimos nuestro artículo en cinco aspectos o ítems, a saber: una breve referencia a la naturaleza del ente incorporal y de seguidas igualmente una simple alusión al daño moral; en tercer término, la posibilidad de daño moral en el ente incorporal; como cuarto aspecto, a la prueba del daño moral en la persona ideal. Finalmente, como quinto aspecto nos hacemos la pregunta si configura abuso de derecho el ejercicio de una acción o medida procesal, con conexión al ente ideal. A los efectos de nuestro estudio utilizaremos indistintamente la expresión "daño moral" y "daño no patrimonial" o "daño extrapatrimonial". Aunque se acota que las dos últimas expresiones resultan más apropiadas que la primera.

1. La naturaleza del ente incorporal

La persona, desde el punto de vista jurídico, es todo ente susceptible de ser titular de deberes y derechos, más precisamente, es el sujeto de la relación o situación jurídica[2]. Pero la persona o sujeto de derecho puede ser natural o incorporal, a saber, el ser humano así como el ente distinto a éste al que el ordenamiento jurídico le concede "personalidad"[3]. Se presenta así el ente

---

[2] Preferimos aludir a "situación jurídica" porque constituye un espectro más amplio que la "relación jurídica". Véase: Tosta, María Luisa: **Guía de introducción al Derecho**. UCV. Caracas, 2012, pp. 103-108, especialmente la última página en que la autora indica luego de referirse a la relación jurídica que "una situación jurídica es algo más complejo", pues existen un conjunto de deberes y derechos establecidas por las normas para el sujeto; Parra Aranguren, Fernando y Serrano, Alberto: "Elementos para el estudio de la norma jurídica". En: *Actas Procesales del Derecho Vivo*. Vol. XXI, Nos 61-63. Grafiúnica. Caracas, 1977, pp. 69-70.

[3] *Vid*. Spósito Contreras, Emilio: "*Homines*, personas, sujetos de derecho, personas jurídicas. El problema del quién en el Derecho". En: *Revista de Derecho*. Nº 35. T. I. TSJ. Caracas, 2014, pp. 7-19. Véanse también nuestros trabajos: "La persona: ideas

incorporal, como aquel sujeto distinto al ser humano al que el Derecho le concede subjetividad jurídica. Se trata en definitiva de una "creación"[4] del Derecho, la más audaz creación del ordenamiento jurídico, en acertada expresión de Ascarelli[5].

En la realidad jurídica, junto a las personas individuales, físicas o aprehensibles, existen otros sujetos igualmente capaces para realizar actuaciones jurídicas, pero carentes de corporeidad física[6]. Constituye principio incontrovertible del Derecho moderno que todo ser humano es persona[7]. Y mal podría el orden jurídico pretender otra consecuencia distinta pues debe reconocérsele su "personalidad". Pero el Derecho sí tiene el poder de decidir que otros entes distintos al hombre son merecedores de "subjetividad jurídica". Por lo que presenta la ley respecto de la persona ideal, un carácter "constitutivo", porque les concede una personalidad que bien pudo haberles negado, porque ella –a diferencia del ser humano– no es consustancial a su naturaleza[8].

La concesión de personalidad o subjetividad jurídica a entes diferentes al ser humano trae consigo una cantidad de problemas jurídicos, pues, si bien se

---

sobre su noción jurídica". En: *Revista de Derecho*. N° 4. TSJ. Caracas, 2002, pp. 317-355; **Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano (nacimiento y muerte)**. TSJ. Caracas, 2007, pp. 21-29; **Manual de Derecho Civil I Personas**. 1ª, reimp. Paredes Editores, Caracas, 2013, pp. 39-49.

4 *Vid*. Lete del Río, José Manuel: **Derecho de la Persona**. 3ª, Tecnos. Madrid, 1996, p. 25, las personas físicas tienen una individualidad que resulta de su propia naturaleza, mientras que las llamadas jurídicas son creadas artificialmente por el Derecho, que les concede una personalidad que bien podría haberles negado, lo que no quiere decir que sean personas ficticias.

5 Citado en Pose Arboleda, León: "La personificación jurídica de una sociedad". En: **La persona en el sistema jurídico Latinoamericano**. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1995, p. 328.

6 Carrasco Perera, Ángel: **Derecho Civil**. Tecnos. Madrid, 1996, p. 196.

7 Ibíd., p. 22.

8 *Vid*. Domínguez Guillén: ob. cit. ("La persona: ideas sobre su noción jurídica"), pp. 330-339; Domínguez Guillén: ob. cit. (**Manual de Derecho Civil I Personas**), pp. 49-55; Domínguez Guillén: ob. cit. (**Inicio y extinción de la personalidad**…), pp. 25-27.

concibe dicho ente como una persona con todos sus atributos, no es infrecuente la pregunta relativa a la dificultad en la aplicación de ciertas figuras jurídicas en función de su carácter incorporal. Esto es, se sabe que el ente moral tiene una naturaleza particular porque, si bien existe en el mundo jurídico, no existe en el plano corporal sensible[9]. Y ello conlleva a que tales entes no sean susceptibles de figurar como sujeto de algunas relaciones o situaciones jurídicas asociadas inevitablemente al cuerpo o al ser humano, como es el caso de las relaciones familiares y de los derechos personalísimos relativos al cuerpo (vida, integridad física y disposición del cuerpo). Y se afirma que, si bien tales sujetos ideales son titulares de los derechos de la personalidad, lo son de aquellos que sean compatibles con su propia naturaleza, pues no lo serán de algunos derechos relativos a la integridad moral, tales como la voz o la imagen (exclusivos del ser humano), más sí de otros, como el honor objetivo o reputación, la libertad y cierta privacidad e intimidad.

La dificultad de comprender en todo su esplendor las consecuencias de atribuir personalidad jurídica a un ente que por naturaleza no la tiene, se deja sentir en temas como el "abuso de la personalidad jurídica", también denominada "la teoría del levantamiento del velo corporativo" o "teoría de la penetración del ente". Figura que reconoce que detrás de todo ente civil se cobija una persona natural que podría estar utilizando tal "subjetividad" moral para violentar los derechos de terceros o burlar la ley[10]. Tal figura permite desmitificar[11] la forma

---

9 *Vid*. Ferrara, Francesco: ***Le persone giuridiche***. Unione Tipografico-Editrice Torinense. Torino, 1938. Tomado de: **Trattato di Diritto Civile Italiano**. Por Vassalli, Filippo. Vol. II, t. II. p. 31; Domínguez Guillén: ob. cit. (**Manual de Derecho Civil I Personas**), p. 63.

10 *Vid*. Zerpa, Levis Ignacio: "El abuso de la personalidad jurídica en la sociedad anónima". En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N° 116. UCV. Caracas, 1999, pp. 79-109; Muci Borjas: José Antonio: **El abuso de la forma societaria (El "levantamiento del velo corporativo")**. Edit. Sherwood. Caracas, 2005, http://www.muci-abraham.com. Domínguez Guillén: ob. cit. (**Manual de Derecho Civil I Personas**), pp. 76-81 (especialmente la bibliografía allí referida); Carrasco Perera: ob. cit., p. 197, consiste básicamente en prescindir de la separación del ente, y penetrar en el sustrato de la persona jurídica para ver qué se esconde tras ella.

11 Zerpa: ob. cit., p. 86, responde a la necesidad de "desmitificar" la concepción que se ha tenido de la personalidad societaria o moral.

jurídica que cobija al ente ficticio y de la se ha aprovechado el ser humano que se ampara en esa personalidad autónoma y distinta a sus miembros.

Dentro de las innumerables preguntas en torno al sujeto de derecho de naturaleza distinta al hombre, se plantea la relativa a la posibilidad de experimentar daño moral y, en caso afirmativo, a su vez surge la inquietud de si el mismo presentará el mismo matiz o funcionamiento desde el punto de vista probatorio que el daño no patrimonial que padece la persona por excelencia, esto es, el ser humano. A ello nos referiremos de seguida.

2. Breve referencia al daño moral[12]

El daño moral, o más propiamente el daño extrapatrimonial[13], es aquel que recae sobre la esfera no patrimonial del sujeto. De allí su denominación. Suele

[12] *Vid*. **Código Civil de Venezuela. Artículos 1192 al 1196**. UCV, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado. Caracas, 2010, pp. 371-577; Kummerow, Gert; **Balance crítico de la responsabilidad del daño no patrimonial**. Universidad de Carabobo. Valencia, 1960; Pittier Sucre, Emilio: "Reflexiones sobre el daño moral". En: **El Código Civil Venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804**. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2005, pp. 621-698; Domínguez Guillén, María Candelaria: "Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad". En: *Revista de Derecho*. N° 7. TSJ. Caracas, 2002, pp. 250-284; Pinto Oliveros, Sheraldine: "*Taking personal injury seriously*: luces y sombras en la determinación y cuantificación del daño extrapatrimonial". En: **Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélich Orsini**. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2012, pp. 475-499; Ortiz-Ortiz, Rafael: "Algunos aspectos sobre el daño moral y la teoría de la responsabilidad civil". En: ***Studia Iuris Civilis*. Libro Homenaje a Gert F. Kummerow Aigster**. TSJ. Fernando Parra Aranguren, editor. Caracas, 2004, pp. 415-458; Mélich Orsini, José: **La responsabilidad civil por hechos ilícitos**. T. I. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1994, pp. 60-81; Vielma Mendoza, Yoleida: "Discusiones en torno a la reparación del daño moral". En: *Dikaiosyne*. N° 15. ULA. Mérida, 2005, pp. 137-156; Padilla Alfonzo, Adriana: "El daño moral y los elementos que debe seguir el juez para su estimación". En: **Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona**. Vol. II. TSJ. Fernando Parra Aranguren, editor. Caracas, 2002, pp. 21-32; Martín Pérez, José Antonio: "El daño patrimonial y el daño moral: criterios para su resarcimiento". En: **IV Jornadas Aníbal Dominici.**

también definirse como aquel que tiene lugar por la violación de alguno de los derechos de la personalidad, pues éstos vienen dados por la protección

Derecho de daños. Responsabilidad contractual/extracontractual. Homenaje: Enrique Lagrange. T. I. Salaverría, Ramos, Romeros y Asociados. Caracas, 2012, pp. 279-288; Corsi, Luis: "La resarcibilidad del daño moral en materia contractual". En: **Libro Homenaje a las X Jornadas "Dr. José Santiago Núñez Aristimuño" Maturín-Edo. Monagas**. Vadell Hermanos Editores/Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez. Valencia-Caracas, 2000, pp. 17-45; Domínguez Guillén, María Candelaria: "El daño en el Derecho Civil extrapatrimonial. Con especial referencia al Derecho de Familia". En: **IV Jornadas Aníbal Dominici. Derecho de daños. Responsabilidad contractual/extracontractual. Homenaje: Enrique Lagrange**. T. I. Salaverría, Ramos, Romeros y Asociados. Caracas, 2012, pp. 165-169; Maduro Luyando, Eloy: **Curso de obligaciones Derecho Civil III**. 7ª, UCAB. Caracas, 1989, pp. 143-147; Bernad Mainar, Rafael: **Derecho Civil patrimonial obligaciones**. T. I. UCAB. Caracas, 2012, pp. 217-219, Ochoa Gómez, Oscar E.: **Teoría general de las obligaciones. Derecho Civil III**. T. I. UCAB. Caracas, 2009, pp. 147-152; Palacios Herrera, Oscar: **Apuntes de Obligaciones.** Ediciones Nuevo Mundo. Versión taquigráfica de clases dictadas en la UCV. Caracas, 2000, pp. 35-38; Brebbia, Roberto H.: **El daño moral. Doctrina, legislación y jurisprudencia**. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1950; Scognamiglio, Renato: **El daño moral (contribución a la teoría del daño extracontractual)**. Universidad Externado de Colombia. Trad. y notas de Fernando Hinestrosa. Bogotá, 1962; Brebbia, Roberto H.: **Instituciones de Derecho Civil**. T. II. Juris. s/l., 2000, pp. 253 y ss.

13 *Vid*. refiriendo "daño extrapatrimonial" como expresión más apropiada: Restrepo Jaramillo, Mauricio: **Teoría de la indemnización de perjuicios extrapatrimoniales**. Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín, 2014, http://repository.upb.edu.co:8080/jspui/bitstream/123456789/1964/1/Trabajo%20de%20grado-MAURICIO%20RESTREPO-.pdf; Barrientos Zamorano, Marcelo: "Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del *pretium doloris*". En: *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 35, Nº 1. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, 2008, pp. 85-106; Jiménez Vargas-Machuca, Roxana: "Resarcimiento del daño moral o inmaterial". En: *Derecho y Cambio Social*. N° 7. Lima, 2006, http://www.derechoycambiosocial.com; Kummerow: ob. cit., *in totum*; Domínguez Guillén: ob. cit. ("Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad"), pp. 258 y 259; TSJ/SCC, sent. N° 0090 del 13-03-03, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/marzo/rc-0090-130303-01468%20.htm, "Algunos doctrinarios denominan al daño moral como el 'daño no patrimonial' o 'daño inmaterial', o bien 'daño no económico o extrapatrimonial', pero en el fondo todos tienen un denominador común, y es que este excede de la esfera de lo pecuniario, aunque a través del aspecto dinerario pueda tratar de compensarse";

civil de la persona[14]. Constituye un daño a un bien no patrimonial[15]. O más impropiamente se alude al sufrimiento de orden espiritual[16] derivado de la violación de un derecho personalísimo. Y decimos "impropiamente" porque tal definición limita el daño moral al denominado "precio del dolor", lo cual lo distanciaría del ente incorporal por la incapacidad natural de éste de padecer dolor o experimentar sufrimiento. Por lo que se propone un concepto más amplio y objetivo no enfocado únicamente en el dolor, sino el perjuicio extrapatrimonial[17]. Ello aceptando que la ausencia obvia de dolor o sufrimiento

---

Visintini, Giovanna: **Tratado de la responsabilidad civil. El daño. Otros criterios de imputación. Imputabilidad y causas de justificación. Daño reversible y nexo causal. Responsabilidad por hecho ajeno. Daños derivados de las cosas inanimadas, de los animales, de los productos defectuosos y de la actividad peligrosa**. Vol. II. Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Trad. Aída Kemelmajer de Carlucci. Buenos Aires, 1999, p. 224; Mélich Orsini: ob. cit., p. 61, la expresión daño no patrimonial utilizada por la doctrina italiana ofrece una mejor comprensión del concepto; De Trazegnies, Fernando: **La responsabilidad extracontractual (artículos 1969-1988)**. T. II. 5ª, Temis. Bogotá, 2000, p. 74, la denominación daño moral no es feliz y esto ha sido dicho cientos de veces. Preferimos llamarlo daño extrapatrimonial, Palacios Herrera: ob. cit., p. 36, si empleamos el término "daño moral" limitado a la vida afectiva, la persona jurídica no podría jamás demandar su reparación porque no tiene vida afectiva, aunque pueda ser difamada o violada su correspondencia. Por ello hay que ampliar el campo y denominarlo "daño no patrimonial".

14 *Vid*. Domínguez Guillén: ob. cit. ("Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad"), pp. 256-261.

15 Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos *et alter*: **Curso de Derecho CiviI. Derecho de obligaciones**. Vol. II. 3ª, Colex. Madrid, 2011, p. 879; López y López, Ángel *et alter*: **Derecho Civil Derecho de obligaciones y contratos**. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2001, p. 330, el daño moral es el que afecta la persona en cualquier de sus esferas que no sea patrimonial; Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.) *et alter*: **Manual de Derecho Civil obligaciones**. Bercal S.A. Madrid, 2011, p. 199, aluden a daño no patrimonial o extrapatrimonial que, a su vez, dividen en daños corporales y daños morales, según afecten el cuerpo o afecten sentimientos.

16 Maduro Luyando: ob. cit., p. 143, lo define como una afección de tipo psíquico, moral, espiritual o emocional que experimenta la persona. Todo sufrimiento humano que no consiste en una pérdida pecuniaria.

17 Visintini: ob. cit., pp. 229 y 230, señala que, si bien el daño no patrimonial no afecta el patrimonio, sino se asocia con la "injusta perturbación de las condiciones de ánimo del sujeto lesionado", parece más apropiado considerar que el mismo no se limita

del ente ideal pueda proyectar un tratamiento ligeramente distinto en materia probatoria (véase *infra* 4).

La justificación del daño no patrimonial viene dada ante la necesidad de conceder una indemnización a la víctima a falta de otra reparación mejor, toda vez que el dinero sirve en la vida para propiciarse placeres. De tal suerte, que mal se podría pretender dejar inerme la esfera del afectado bajo el alegato que el daño producido es meramente "moral" o "extrapatrimoninal". Porque si bien esta última es su esencia o característica, ello no es óbice para la procedencia de una indemnización en dinero. Se afirma, con razón, que, si bien el modo de reparación sigue siendo insatisfactorio, ha de admitirse que no se ha inventado otro mejor[18]. De allí que se señale que los daños morales no son resarcibles, sino solo en algún modo "compensables"[19]. Ello sin perjuicio de que en algunos supuestos la violación del derecho sea susceptible de reparación específica (por ejemplo, haciendo pública la falsedad de la difamación realizada)[20]. Brebbia encuentra proyección del daño moral en la Constitución por la protección que indiscutiblemente este máximo instrumento jurídico le brinda a la persona[21].

---

a los sufrimientos morales y sensaciones dolorosas, sino que comprende todos los perjuicios no patrimoniales. Tesis inspirada en la tentativa de acordar legitimación a la persona jurídica para interponer la acción por daño no patrimonial.

18 Bustos Pueche, José Enrique: **Manual sobre bienes y derechos de la personalidad**. Dykinson. Madrid, 1997, p. 56.

19 Lasarte, Carlos: **Derecho de obligaciones. Principios de Derecho Civil II**. 16ª, Marcial Pons. Madrid, 2012, p. 269; Bustamante Alsina, Jorge: **Responsabilidad civil y otros estudios. doctrina y comentarios de jurisprudencia**. T. IV. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1997, p. 42, cumple una función de reparación compensatoria y en modo alguno de equivalencia de un daño; Naveira, Maita: "La valoración del daño resarcible". En: *Anuario da Facultade de Dereito*. N° 7. Universidade da Coruña. 2007, p. 613, http://ruc.udc.es/bitstream/2183/2273/1/AD-7-32.pdf "La indemnización pecuniaria del daño moral, por la propia naturaleza de este perjuicio, no puede colocar al perjudicado en la situación en que se encontraría si el hecho dañoso no hubiera tenido lugar. Lo que hace, en cambio, es compensar a la víctima del perjuicio, proporcionándole una cantidad de dinero con la que procurarse, según sus gustos, satisfacciones o placeres que mitiguen, en lo posible, el daño sufrido".

20 Albaladejo, Manuel: **Derecho Civil II Derecho de obligaciones**. 14ª, Edisofer Madrid, 2011, p. 975.

21 Brebbia: ob. cit. (**Instituciones de Derecho Civil**), pp. 260 y 261.

Tal indemnización ha de ser solicitada por el actor, mediante un monto específico, porque de lo contrario violentaría el principio dispositivo en una materia de interés privado y conllevaría a *ultapetita*[22]. Sin embargo, uno de los problemas más álgidos es la estimación del daño moral[23], toda vez que se pretende oponer las dificultades en su cuantificación[24] y que no existe un "dolorímetro" que mida el sufrimiento del afectado[25]. Pero, ciertamente, tal dificultad no implica

---

22 *Vid*. Jiménez Salas, Simón: **Hecho ilícito y daño moral**. http://www.monografias.com/trabajos80/hecho-ilicito-dano-moral/hecho-ilicito-dano-moral12.shtml "La única referencia que tiene el Juez va a depender de la petición de la parte que solicita el resarcimiento por daño moral, de tal manera que tal pedimento es un 'techo' o 'límite' del que no puede excederse el fallador"; Domínguez Guillén: ob. cit. ("Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad"), p. 267, de allí las altas sumas que se solicitan, pues el actor prefiere pecar por exceso que por defecto; TSJ/SCC, sent. 24-04-00, **Jurisprudencia Ramírez & Garay**. T. 164, pp. 614-617, se incurre en *ultrapetita* al conceder más de lo que el demandante pidió por daño moral. Véase en sentido contrario, indicando que el juez puede exceder el monto pedido: CSJ/Cas., sent. 10-06-98, **Jurisprudencia Ramírez & Garay**. T. 147, pp. 601 y 602; CSJ/Cas., sent. 25-10-84, **Jurisprudencia Ramírez & Garay**. T. 88, pp. 582-583; Cárdenas Villareal, Hugo A. y González Vergara, Paulina: "Notas en torno a la prueba del daño moral: un intento de sistematización". En: *Revista de Derecho UNED*. N° 2. Madrid, 2007, pp. 374-375, http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED.

23 *Vid*. Albaladejo: ob. cit., p. 976, la cuantificación es una de las cuestiones más difíciles respecto del daño moral; López y López: ob. cit., p. 331, la valoración del daño moral ofrece gran dificultad, pues la mayoría de las veces no existe una evidencia física del perjuicio, y cuando existe, como en el caso de las lesiones, es difícil conocer cuáles serían las reales consecuencias y, por tanto, las reales repercusiones del daño.

24 Véase acertado comentario: Mazeaud, Henri, León y Tunc André: **Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual**. T. I, Vol. I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1961, p. 441: "es cierto que los jueces deberán conceder algunas sumas más o menos importantes según las circunstancias. La evaluación del perjuicio moral será, desde luego, muy delicada siempre. Pero, a diario, los jueces se encuentran ante las mismas dificultades no solo cuando pronuncian una condena penal, sino cuando ordenan la reparación de un perjuicio material. El perjuicio material suele ser tan enojoso de estimar como el moral; porque el juez no ha de tener solamente en cuenta el valor que representaba para la víctima; el daño se evalúa a través de la víctima. ¿Eso les impide fallar a los jueces? Y, si hay lugar para su arbitrariedad, ¿quién puede quejarse por ello?".

25 Navia Arroyo, Felipe: **Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real?** Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2000, p. 29, ha sido descartado por la jurisprudencia

imposibilidad y, a falta de otra reparación posible, el juzgador debe de estimar y cuantificar el daño moral. Se afirma que éste está generalmente sometido al arbitrio judicial[26] y, por ende, su estimación es discrecional del juez[27]. Pero tal discrecionalidad viene limitada por la motivación y, más precisamente, por los criterios tomados en cuenta, a fin de llegar al monto condenado por daño moral.

De allí que la jurisprudencia venezolana insiste en la imperiosa necesidad que pesa sobre el juzgador de indicar los parámetros a considerar en la estimación del daño moral[28] so pena de inmotivación de la sentencia[29], pues es proyección

---

colombiana la prueba pericial para fijar el *quantum*, pues supondría la existencia de una especie de dolorímetro.

26 Bercovitz Rodríguez-Cano: ob. cit., p. 201.

27 Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio: **Sistema de Derecho Civil**. 9ª, Tecnos. Madrid, 2001, p. 547.

28 Véase entre otras: TSJ/SCS, sent. Nº 144 de 07-03-02; TSJ/SCS, sent. N° 1059 de 01-07-09; TSJ/SCC, sent. N° 00234 del 04-05-09, "1. La importancia del daño. 2. El grado de culpabilidad del autor. 3. La conducta de la víctima, sin cuya acción no se hubiera producido el daño. 4. La llamada escala de los sufrimientos morales, valorándolos, pues no todos tienen la misma intensidad, por las distintas razones que puedan influir en ellos, para llegar a una indemnización razonable, equitativa, humanamente aceptable. 5. El alcance de la indemnización, y 6 los pormenores y circunstancias que influyeron en su ánimo para fijar el monto de la indemnización por daño moral"; TSJ/SCC, sent. N° 00585 de 31-07-07; TSJ/SCC, sent. N° 313 del 12-06-13.

29 *Vid*. TSJ/SCC, sent. N° 114 de 12-03-09, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/marzo/rc.00114-12309-2009-07-819.html "La facultad discrecional del juez de determinar el daño moral, no escapa al deber de expresar fundamentos lógicos para determinarla"; TSJ/SCC, sent. N° 313, citada *supra*, "los jueces al condenar el pago del daño moral deben analizar ciertos aspectos que permitan motivar su fallo (…) ya que de no cumplir tales aspectos incurriría en el vicio de inmotivación"; TSJ/SCC, sent. N° 00585 citada *supra*, el juez "no indicó en el fallo un razonamiento que sustentara la fijación del monto de la indemnización acordada (…) viciando de esta manera el fallo por inmotivación"; TSJ/SCC, sent. Nº 000164 de 07-04-11, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/abril/rc.000164-7411-2011-10-697.html "ninguno de los aspectos exigidos por la doctrina de la Sala, a los efectos de la motivación necesaria para condenar el pago del daño moral, fue reunido por la recurrida, quedando de esta manera inficionada del vicio de inmotivación del fallo"; TSJ/SCC, sent. N° 000105 de 21-04-10; TSJ/SCC, sent. Nº 000462 del 03-07-13, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/julio/rc.000462-30713-2013-13-287.html.

de la tutela judicial efectiva[30]. Debiendo existir correlación entre la cantidad acordada por el juez y la lesión sufrida por la víctima[31]. Por lo que si bien el daño no es mensurable por su naturaleza se recurre a pautas relativas[32]. El daño moral no está sujeto a indexación porque no existe mora, sino en todo caso a partir de que el juez lo fija[33]. Pero, a pesar de la existencia de parámetros referidos por el juzgador, se aprecian casos con indemnizaciones sustancialmente distintas que hacen dudar de la efectividad del sistema[34].

La referencia en el Código Civil venezolano se ubica en el artículo 1196, que señala que la reparación se extiende a todo daño materia y moral. Aunque el daño no patrimonial es perfectamente compatible con el daño material[35].

---

30 TSJ/SCC, sent. N° 000105 de 21-04-10, es "criterio sentado por este Máximo Tribunal, respecto a los requisitos exigidos en la motivación del fallo que analice una demanda por indemnización de daños morales, por cuanto, tal y como, se señaló *ut supra* dicho criterio jurisprudencial es de antigua data, esto con la finalidad de dar cumplimiento a los principios consagrados en nuestra Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como son el debido proceso y la tutela judicial efectiva, garantizando así a los justiciables la obtención de una decisión acorde con lo establecido en nuestra ley adjetiva y a la doctrina sentada por este Alto Tribunal".

31 Acedo Sucre, Carlos Eduardo: **La función de la culpa en la responsabilidad por hecho ilícito en el Derecho venezolano, comparado con los Derechos francés e italiano**. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1993, p. 388.

32 Bustamante Alsina: ob. cit., p. 43.

33 *Vid*. Domínguez Guillén, María Candelaria: "Comentarios a la sentencia del 17-05-2000 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. Especial referencia al daño moral y la indexación (Caso José Tesorero Yánez contra Hilados Flexilón S.A.)". En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N° 119. UCV. Caracas, 2000, pp. 197-232.

34 *Vid*. Gregorio, Carlos *et alter*: "Indemnización por daños a las personas: una comparación entre provincias". En: *Revista de Derecho de Daños*. N° 3 (Determinación judicial del daño, II). Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2005, pp. 7-87, http://www.iijusticia.org/docs/cc/RDD%202005-3.pdf. Véase también dos sentencias que parten del mismo hecho aunque de trabajadoras distintas y conceden una indemnización sustancialmente distinta por daño moral: TSJ/SCS, sent. N° 731 de 13-07-04, (indemnización por daño moral de Bs. 25.000.000,00) y TSJ/SCS, sent. N° 865 de 23-07-04, (Bs. 5.000.000,00 por concepto de daño moral).

35 Díez-Picazo y Gullón: ob. cit., p. 547; Ossorio Serrano: ob. cit., p. 58.

La norma presenta carácter simplemente enunciativo[36], en el sentido, que aplica a cualquier derecho de la personalidad y no únicamente a los enunciados en la norma. Se ha pretendido impropiamente limitar el daño extrapatrimonial a la esfera extracontractual bajo el alegato sistemático de que la disposición se ubica entre las normas relativas a la responsabilidad por hecho ilícito. Sin embargo, debe admitirse que también en la esfera contractual es factible incurrir en la violación de un derecho de contenido no patrimonial, y por tal la tendencia moderna apunta a admitir el daño moral en materia contractual[37]. Tal sería el caso del dolor espiritual propiciado por mala praxis médica.

En fin, se trata de una de las figuras más fascinantes y útiles del Derecho de las obligaciones que representa la indemnización civil por la violación de un derecho de contenido no patrimonial. El daño moral, es de notable incidencia práctica en el foro y en la vida cotidiana.

3. La procedencia del daño moral en la persona incorporal[38]

La persona incorporal como sujeto de derecho, ciertamente puede verse afectada por daño moral. Viendo éste como un concepto más amplio que el dolor

---

[36] *Vid*. Maduro Luyando: ob. cit., p. 146, es enunciativa y no taxativa; Mélich Orsini: ob. cit., p.74, refiere que ésa parece ser la tendencia, según lo indica la "Exposición de motivos del proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones", que al comentar el artículo 85 alude a "ejemplos".

[37] *Vid*. Domínguez Guillén: ob. cit. ("Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad"), pp. 268-271; Maduro Luyando: ob. cit., p. 144, la doctrina y jurisprudencia moderna tiende a aceptar el daño moral en materia contractual; Ossorio Serrano: ob. cit., p. 59; Lagrange, Enrique (quien fuera nuestro profesor de obligaciones en 1991-92). Véase en sentido contrario, reseñando la jurisprudencia por ubicarse "en sede de responsabilidad extracontractual": Bernad Mainar: ob. cit., t. I, p. 219; Ochoa Gómez: ob. cit., pp. 150-151, existe una razón válida contra el daño moral en materia contractual, que el contrato tiene por efecto una relación puramente económica entre las partes, y agrega: "nuestro derecho positivo no establece en ninguna disposición legal el derecho a indemnización de daño moral por responsabilidad contractual"; Brebbia: ob. cit. (**Instituciones de Derecho Civil**), pp. 341-342.

[38] *Vid*. Moisset de Espanés, Luis: **Daño moral y personas jurídicas**. http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artdanomoralperonajuridica; Ríos Erazo, Ignacio y Silva

espiritual, del cual carece por esencia el ente ideal, se admite que dicho sujeto jurídico podría experimentar una afectación en sus derechos personalísimos susceptible de producir no solo un perjuicio extrapatrimonial, sino verse inclusive reflejado en una merma patrimonial.

Ello tuvimos ocasión de referirlo con anterioridad[39], y al efecto indicamos que "esta tutela por daño moral no solo se refiere a las personas físicas, sino también a las personas jurídicas, con las limitaciones derivadas de la especial naturaleza de estas últimas"[40]. Y así lo ha referido la jurisprudencia[41].

Algunos excluyen la indemnización por daño moral respecto de las personas jurídicas alegando que éstas no pueden experimentar dolor o sufrimiento. Razón por la cual, según señalamos, es una impropiedad aludir al "precio del dolor" como sinónimo de daño moral cuando lo referimos a la persona incorporal. Sin embargo, se ha indicado acertadamente que ello no es óbice para que en función de su naturaleza al margen de la obvia imposibilidad de sufrimiento, experimenten un daño extrapatrimonial equivalente.

Goñi, Rodrigo: "Daño moral a las personas jurídicas: ¿Qué ha dicho nuestra jurisprudencia?". En: *Revista de Estudios de Justicia*. N° 18. Universidad de Chile. Santiago, 2013, pp. 111-133, http://www.rej.uchile.cl; Rodríguez Guitián, Alma María: "Daño moral y persona jurídica: ¿Contradicción entre la doctrina de la Sala 1ª y la Sala 2ª del Tribunal Supremo?, Comentario a la STS 2ª 24-2-2005". En: *InDret Revista para el Análisis del Derecho*. N° 2. Universitat Pompeu Fabra. Barcelona, 2006, http://www.indret.com/es/; Pérez Fuentes, Gisela María: Daño moral en las personas jurídicas: una reflexión en el derecho mexicano. En: *Revista de Derecho Privado*. Nueva Serie Nº 12. UNAM. México, D.F., 2005, pp. 53-73, http://www.juridicas. unam.mx/publica/rev/cont.htm?r=derpriv.

39 Domínguez Guillén: ob. cit. ("Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad"), pp. 254-256.

40 Ibíd., p. 254.

41 Véase entre otras sentencias referidas *infra*: AMCSCM2, sent. 12-8-93, **Jurisprudencia Ramírez & Garay**. T. 126, pp. 20 y 22, indica que el juzgado comparte el criterio de la Sala de Casación de fecha 17-03-71, **Jurisprudencia Ramírez & Garay**. T. 29, pp. 430-432, según la cual una persona jurídica puede sufrir daño moral.

Brebbia, quien se muestra partidario del daño moral en la persona incorporal, señala que la polémica en el fondo depende de lo que se entienda por daño moral, debiendo ampliarse el aspecto del sufrimiento y admitiendo que las personas jurídicas tienen derechos extrapatrimoniales[42]. De allí que se sostenga que el ente colectivo puede ser sujeto pasivo del daño moral[43].

Refiere Mélich Orsini que el daño moral puede ser invocado por las personas jurídicas que, si bien no son capaces de experimentar sentimientos, pueden tener, no obstante, intereses no patrimoniales[44]. Se afirma que enfocado así el patrimonio moral del sujeto desde un ángulo netamente "objetivo", resulta indudable que también las personas incorporales son titulares de ese tipo de derechos, y que si en alguna manera se los menoscaba, corresponde una indemnización, aunque la persona jurídica no sea pasible de "dolor"[45].

Considerando que el daño moral incluye, con sentido lato, todos los bienes jurídicamente protegidos por la ley que posee una persona, la jurisprudencia argentina, con titubeo, ha aceptado que las personas jurídicas pueden sufrir daños morales y, por lo mismo, están legitimadas para reclamar un resarcimiento. Si se acepta que se considera daño moral la injuria a la reputación, al prestigio y al crédito comerciales, no puede menos que concluirse que una persona de existencia ideal tiene derecho a reclamar daños por haber sido herida en su patrimonio inmaterial (*verbi gratia*: buen nombre, fama, crédito comercial, etc.)[46].

---

42 Brebbia: ob. cit. (**Instituciones de Derecho Civil**), pp. 334 y 335.

43 Ibíd., pp. 345-359.

44 Mélich Orsini: ob. cit., pp. 60-61.

45 Moisett de Espanes: ob. cit., p. 6, agrega: "Supongamos que se atente contra el buen nombre de un club de fútbol, como Talleres de Córdoba, o Rosario Central; es cierto que esa persona jurídica no se apena, y puede suceder que el ataque no le produzca un menoscabo económico (no le haga perder asociados, ni disminuya sus recaudaciones), sin embargo la difamación ha afectado 'objetivamente' en la consideración de la colectividad un derecho subjetivo de la persona jurídica digno de tutela, y corresponde que el agravio moral sea indemnizado".

46 Riera Escudero, Manuel: **Daño moral**. p. 17, http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/civil/Manuel-Riera-Escudero-Da%C3%B1o-moral.pdf.

Se agrega que no es admisible que la ofensa a los derechos de una persona jurídica no merezca reparación por la simple teoría de que el daño moral solo repara los dolores del espíritu. Por lo que las personas de existencia ideal, como tales, aunque no tengan sentimientos, padecen un deterioro de sus valores principales[47].

Es claro que las personas jurídicas en estricto sentido como entes creados por el ordenamiento jurídico tienen capacidad para adquirir derechos y obligaciones aunque no sufran un daño moral subjetivo por carecer de sentimientos y de una personalidad psicofísica que les permita experimentar dolor. Sin embargo, los ataques a su honor ciertamente generan daño y causan un perjuicio extrapatrimonial, independientemente de los efectos económicos negativos[48]. Aunque éstos indudablemente pueden ser un indicador de la lesión de algunos de los derechos de la personalidad.

Si se parte de un concepto amplio de daño moral que no se limite al sufrimiento, sino a una lesión extrapatrimonial, ciertamente se incluye como legitimado la persona ideal. Refiere la doctrina extranjera que la praxis jurisprudencial admite a la persona jurídica entre los legitimados del daño extrapatrimonial. Lo que supone una ampliación de la noción de daño moral. Pues es sabido que la persona incorporal aun siendo una entidad abstracta es titular del derecho a la reputación e incluso a la intimidad[49].

Así, por ejemplo, se acepta la posibilidad que las personas incorporales pueden verse vulneradas en el honor objetivo o reputación[50], a diferencia del honor subjetivo que es característico del ser humano porque se asocia al sentimiento

---

47 Ibíd., p. 38.

48 Salazar Vallejo, Carolina y González Puyana, María del Pilar: **El daño moral**. Pontificia Universidad Javeriana. Tesis de grado. Bogotá, 1990, p. 153.

49 Visintini: ob. cit., p. 230.

50 *Vid*. Suarez Díaz, Adelaida María: **El derecho al honor de las sociedades anónimas en Venezuela**. UCV. Trabajo especial de grado. Caracas, 2013, http://saber.ucv.ve/jspui/bitstream/123456789/5953/1/T026800009047-0-adelaidasuarez_finalpublicacion-000.pdf; Larrain Páez, Cristian Andrés: "Algunas cuestiones relevantes sobre el derecho al honor y la responsabilidad civil en particular, sobre el daño moral, el artículo 2331 del Código Civil, y la legitimación activa". En: *Revista Chilena de Derecho*

de autoestima o apreciación de la propia dignidad[51]. Pero ciertamente el ente incorporal tiene una reputación que viene dada por la apreciación que los terceros tienen de tal, a saber, la buena fama. Esto sin perjuicio de que puedan verse afectadas respecto otros derechos personalísimos compatibles según su naturaleza[52]. Sin embargo, algunos niegan legitimación a la persona incorporal

Privado. Nº 17. Universidad Diego Portales. Santiago, 2011, pp. 143-189 http://fundacionfueyo.udp.cl/revista-chilena-de-derecho-privado/; Rodríguez Guitian, Alma María: **El derecho al honor de las personas jurídicas**. Edit. Montecorvo S.A. Madrid, 1996, p. 107; Arteaga Sánchez, Alberto: "La persona jurídica como sujeto pasivo en los delitos contra el honor en la ley penal venezolana". En: *Revista de la Fundación de la Procuraduría*. N° 17, Caracas, 1997, p. 25; Torres-Rivero, Arturo Luis: "Sentencia del supremo sobre difamación". En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Nº 119. UCV. Caracas, 2000, p. 285; TSJ/SCP, sent. 29-02-00, exp. N° 97-1771, ubicable en web por fecha 25-02-00, tal decisión igualmente indica que respecto de las personas jurídicas solo es posible considerar la noción objetiva de honor pues las mismas carecen de sentimientos; TSJ/SC, sent. 14-03-01, **Jurisprudencia Ramírez & Garay**. T. 174, pp. 428-431, las personas jurídicas no pueden invocar lesiones a su honor pero sí a su reputación. Véase sin embargo: CSJ/Cas, sent. 14-12-95, **Jurisprudencia Ramírez & Garay**. T. 136, pp. 559-560, solamente las personas naturales y no las personas morales son susceptibles de ser pasibles de violación del derecho al honor, a la reputación y la vida privada.

51 *Vid*. De Freitas De Gouveia, Edilia: "La autonomía de la voluntad en el Derecho de la Persona Natural". En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. Nº 1, Caracas, 2013, p. 152, www.rvlj.com.ve; Domínguez Guillén: ob. cit. ("Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad"), pp. 195-203.

52 *Vid*. Domínguez Guillén: ob. cit. ("Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad"), p. 255, acertadamente la doctrina y la jurisprudencia se pronuncia por la existencia de un derecho al honor en sentido objetivo o reputación de las personas jurídicas en sentido estricto, no obstante la inexistencia del aspecto subjetivo de tal derecho por identificarse éste con la autoestima y carecer los entes incorporales de sentimientos. De allí que acertadamente la doctrina admite la legitimación de las personas jurídicas para demandar daño moral. Por nuestra parte, según indicamos *supra*, pensamos que las personas jurídicas pueden verse afectadas en algunos derechos de la personalidad que por su propia naturaleza sea posible sostener respecto de éstas. La procedencia del daño moral o en todo caso de un daño extrapatrimonial para quienes consideran que este último es el género y el primero es la especie, no debe ser desconocida respecto de las personas jurídicas porque equivaldría a descartar una realidad: los entes morales pueden sufrir un perjuicio extrapatrimonial.

para reclamar el daño moral por su imposibilidad de sufrir[53], señalando que se trata de una noción predicable solo respecto de la persona natural, sin perjuicio de padecer el ente incorporal un perjuicio patrimonial[54].

Se llega afirmar que éste no es "el camino más aconsejable, para aliviar los problemas de dificultad probatoria de ciertos daños patrimoniales fronterizos, otorgar daños morales a personas jurídicas"[55]. Para Visintini el daño sufrido por las personas jurídicas implica que casi siempre se trata de daños patrimoniales indirectos, en consideración de los cuales es posible evaluar el sentido

---

53 Dri, Roxana Sandra: **Daño moral, legitimación activa, daños punitivos y cuantificación**. Universidad Abierta Interamericana. Rosario, 2001, pp. 19-21, y 35, http://imgbiblio.vaneduc.edu.ar/fulltext/files/TC047592.pdf.

54 *Vid*. con relación a España: Salvador Coderch, Pablo y Ramos González, Sonia: "100 casos de derechos de daños (2004-2009)". En: *InDret Revista para el Análisis del Derecho*. N° 4. Universitat Pompeu Fabra. Barcelona, 2010, pp. 107-108, STS, 2ª, 24-02-05: "Las personas jurídicas no pueden sufrir daño moral. El daño moral tiene sentido en el ser humano, no en las personas jurídicas, ontológicamente ajenas a la dimensión espiritual propia del ser humano. La expresión agraviado, con su extensión a familia o a terceros, que emplea el artículo 113 CP, parte, sin duda de esta idea" (F.D. 2). Sin embargo, afirmó: "evidentemente, la fama, el crédito o la reputación de una persona jurídica, como daño material podrá ser reparado, pero no como daño moral" (F.D. 2). El Tribunal Supremo sostiene una postura respecto al daño moral de las personas jurídicas que *InDret* viene defendiendo desde hace algunos años. En este sentido, Gómez Pomar, Fernando: "Comentario a la sentencia del Tribunal supremo, Sala 1ª, 20.2.2002: el daño moral de las personas jurídicas". En: *InDret Revista para el Análisis del Derecho*. N° 4. Universitat Pompeu Fabra. Barcelona, 2002, p. 4, afirma: "económicamente, la existencia de un daño no patrimonial de una empresa es una contradicción en los términos. Las empresas y, en general, las organizaciones, no son entidades capaces de experimentar utilidad o bienestar. Solo los individuos (...) tienen preferencias sobre el mundo que se traducen en funciones de utilidad. Las empresas, desde el punto de vista económico, se analizan como entes que disponen, más modestamente en términos conceptuales, nada más que de funciones de producción y de ingresos".

55 Barrientos Zamorano, Marcelo: "Negación de daños morales a una persona jurídica en materia contractual". En: *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 34, Nº 1. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, 2007, pp. 135-138. En sentido semejante: Gómez Pomar, Fernando: "Daño moral". En: *InDret Revista para el Análisis del Derecho*. N° 1. Universitat Pompeu Fabra. Barcelona, 2000.

pecuniario de los efectos perjudiciales sufridos por el ente[56]. En sentido semejante refiere Lete del Río que, aun cuando algunas sentencias españolas aluden al daño moral de la persona ideal, "por regla general se confunde el daño moral con el daño patrimonial indirecto, pues en la mayoría de los casos lo que se llama daño moral a la persona jurídica no es otra cosa que su crédito o prestigio patrimonial dañado"[57].

Se llega a decir –no pocas veces– que el daño moral juega hoy en día y no en pocas ocasiones un papel de comodín al que el juzgador acude cuando no es fácil precisar con exactitud los daños ocasionados[58]. Sin embargo, debe admitirse que la posibilidad de disfrazar el daño moral por el daño patrimonial no probado[59], no sería exclusiva de la persona incorporal y, en todo caso, debe

---

[56] Visintini: ob. cit., p. 231, por lo que a decir de la autora "es defendible la acepción restringida del daño no patrimonial, en la línea trazada por la tradición italiana del daño, es decir, aquel que no presenta reflejo alguno sobre el patrimonio y que se identifica como una perturbación psíquica de las condiciones del sujeto lesionado". Véase igualmente: Larrain Páez: ob. cit., *passim*, "Hace falta quizá en esta área, normas particulares que resuelvan el problema (y que atiendan los conflictos que presenta el 'descrédito' a un sujeto, en el mercado y en su funcionamiento cotidiano), dado que, si bien las limitaciones probatorias tradicionales que afectan a las reclamaciones por lucro cesante parecen teóricamente razonables, en la práctica suelen conducir a resultados injustos para las víctimas. Compensar esos desequilibrios por la vía de concesiones indiscriminadas de indemnizaciones por daño moral, parece poco aconsejable. El riesgo de esta práctica ya se ha advertido en otras ocasiones: puede implicar sanciones civiles encubiertas, y desplazamientos patrimoniales impropios".

[57] Lete del Río, José M.: **Derecho de obligaciones**. Vol. II. 2ª, Tecnos. Madrid, 1995, p. 175, cita sentencias españolas de 31-03-30 y 04-06-62. Véase también: Mélich Orsini: ob. cit., pp. 61-62, el daño patrimonial indirecto es aquel que produce repercusiones económicas y la doctrina extranjera duda de su resarcibilidad.

[58] Ossorio Serrano: ob. cit., p. 58.

[59] *Vid*. Gómez Pomar: ob. cit. ("Daño moral"), *passim*, "El enmascaramiento de daños patrimoniales bajo la rúbrica de daños morales imposibilita todo control externo de los criterios jurisprudenciales de cuantificación de los daños"; Diez-Picazo, Luis: **Derecho de daños**. Civitas. Madrid, 1999, p. 324, "Hemos visto también las dificultades que la admisibilidad del daño moral suscita sobre todo en punto de arbitrariedad que siempre existe en su cuantificación así como en la utilización que a veces se hace de este concepto para indemnizar daños de difícil prueba o para establecer indebidamente daños

ser combatida mediante la debida motivación de la indemnización del daño moral, que, según indicamos (véase *supra* 2), constituye una garantía o límite a la discrecionalidad del juzgador.

Al efecto, respecto a los citados criterios o parámetros indicados a los fines de la estimación del daño moral por parte del juzgador, la Sala de Casación Civil refirió algunos que han de tomarse en cuenta respecto del ente ideal, dada la imposibilidad de éste de experimentar dolor o una suerte de escala de sufrimientos morales:

> El daño extrapatrimonial en las personas jurídicas que origina el daño moral, ocurre cuando se ha visto afectada su reputación, nombre, imagen, marca y/o fama de sus productos o servicios. Por tal razón, los supuestos establecidos para cuantificar el daño tienen que estar relacionados con los perjuicios causados por el hecho ilícito. En tal sentido, el juez al establecer los parámetros para la cuantificación del monto deberá considerar: 1. La fama del producto, marca, imagen, signo o servicio que tuvo el ente moral o su producto o servicio antes del hecho ilícito y la que tiene después de la ocurrencia del hecho ilícito; 2. La transcendencia que tuvo en el consumidor y/o clientes en el mercado del lugar donde ocurrió o se difundió el hecho ilícito y sus consecuencia actuales; y 3. Cualquier otro señalamiento que considere para establecer la escala de valores que tomó en cuenta para determinar la indemnización del daño, de manera que exista una relación lógica entre daño extrapatrimonial y la indemnización establecida por el juez[60].

Se aprecia que la citada sentencia trata de precisar, o más exactamente diferenciar respecto del ente ideal, los parámetros que ofrece la jurisprudencia tradicional

---

larvadamente punitivos"; Martínez de Aguirre Aldaz: ob. cit., p. 879, el estudio de la jurisprudencia española muestra la tendencia de los tribunales a conceder indemnización por daño moral, cuando en realidad se ha producido un daño patrimonial difícil de probar y cuantificar; Martín Pérez: ob. cit., p. 281, se utiliza como comodín que permite abarcar otros conceptos indemnizatorios, incluyendo el propio daño patrimonial, cuando no se puede acreditar pero se intuye que existe.

[60] TSJ/SCC, sent. Nº 000315 de 12-06-13, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/junio/rc.000315-12613-2013-12-734.html.

a los fines de la estimación del daño moral y que están básicamente referidos a la persona humana. De allí que a tono con la naturaleza de la persona moral se aluda a "escala de valores" (y no de sufrimientos); el impacto o trascendencia que tuvo en el público el hecho ilícito y el deterioro de la marca o "imagen". La palabra "imagen" debe entenderse como sinónimo de reputación, pues la imagen como representación gráfica del ser humano es exclusiva de la persona natural. Vale aclarar que si bien el honor objetivo o reputación es el derecho personalísimo por excelencia que puede ver afectado el ente moral, no es el único[61].

4. La prueba del daño moral en el sujeto ideal

4.1. Especial naturaleza[62]

Existe una confusión en materia de prueba del daño moral, al no distinguirse éste, los hechos que lo originan y la fijación de la indemnización a la víctima. Se pretende aseverar que el daño moral no requiere prueba, sin distinguir entre el daño moral propiamente dicho, la existencia de hechos que lo generan y la determinación de la cuantía del daño moral. El daño moral es el efecto que produce en el ánimo de una persona las violaciones a los derechos de la personalidad, y aunque el dolor supone una cuestión subjetiva, la medición del daño moral debe ser objetiva[63]. Tal definición está dirigida fundamentalmente al ser humano, pero recordemos, cabe referirlo más ampliamente, a la violación de un derecho extrapatrimonial de la persona.

Para un sector doctrinario, el daño moral sí precisa de prueba con base en el debido proceso, al derecho a una sentencia motivada y al derecho a la defensa,

---

61 Pudieran excepcionalmente verse afectados en otros derechos compatibles con su naturaleza, tales como la privacidad, intimidad e inclusive autodeterminación informativa.

62 *Vid*. Moisset de Espanés: ob. cit., p. 3, "la posibilidad de que las personas jurídicas reclamen indemnización por daño moral, afloran marcadas divergencias que tienen su raíz, sin duda, en los distintos puntos de partida que se adoptan para caracterizar al daño moral".

63 Pittier: ob. cit. ("Reflexiones sobre el daño moral"), pp. 665-666.

como garantía contra la arbitrariedad judicial[64]. Otros, por su parte, sostienen que el daño moral no se prueba, sino se desprende *in re ipsa* del hecho generador[65]. Pues el daño extrapatrimonial se concibe como un sufrimiento de orden

---

64 *Vid*. Hunter Ampuero, Iván: **La prueba del daño moral**. Universidad Austral de Chile. Tesis de licenciatura. Valdivia, 2005, http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2005/fjh945p/doc/fjh945p.pdf, pretender exonerar de prueba al "daño moral evidente" infringe las normas reguladoras de la prueba, p. 44. Exigir al demandado la prueba de la inexistencia del daño afecta el principio de la igualdad (ibíd., p. 39); Cárdenas Villareal y González Vergara: ob. cit., pp. 355-375, en sus conclusiones refieren que existen daños morales que pueden ser acreditados mediante presunciones y otros que no. Respecto de los últimos deben configurarse los hechos constitutivos para determinar las pruebas más idóneas para su acreditación. Indican que el daño físico ciertamente se prueba con la acreditación de los hechos antes y después del hecho ilícito, pero ciertamente puede requerirse fotos, informes médicos, inspección, etc.

65 *Vid*. Mélich Orsini: ob. cit., pp. 64-65; Mosset Iturraspe: ob. cit., p. 231, son las circunstancias del caso las que permiten formar convicción sobre la existencia y entidad del daño moral; la demostración no ha menester de una prueba directa del mismo, pues se desprende *in re ipsa*, del mismo hecho que lo causa. Peirano Facio, Jorge: **Responsabilidad extracontractual**. Edit. Temis. Bogotá, 1981, p. 404; Bustamante Alsina: ob. cit., pp. 42-43, para probar el daño moral en su existencia y entidad no es necesario aportar prueba directa. Ello resultaría imposible dada la índole del mismo. Nadie puede indagar en el espíritu de otro, para averiguar la intensidad del dolor; Brebbia: ob. cit. (**Instituciones de Derecho Civil**), pp. 340-341, la prueba del agravio moral surge por sí misma de la violación del derecho extrapatrimonial, con prescindencia del efecto que engendra; TSJ/SCC, sent. N° 340 del 31-10-00, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/octubre/340-311000-rc99-1001..htm "sobre la probanza de los daños morales, esta Sala de Casación Civil ha expresado de manera reiterada, desde sentencia de fecha 10 de octubre de 1991, que lo único que debe demostrarse plenamente en una reclamación por daño moral es el hecho generador o sea (…) el conjunto de circunstancias de hecho que genera la aflicción cuyo *petitum doloris* se reclama…"; TSJ/SC, sent. N° 683 del 11-07-00; TSJ/SCC, sent. N° 00265 del 31-03-04; TSJ/SCC, sent. N° 000052 del 04-02-14, "si está demostrado, como lo afirmó la recurrida, que el demandado utilizó la imagen de la demandante sin su autorización, la responsabilidad por el daño moral causado, por lógica debe recaer en contra del agente causante del hecho ilícito, que no fue otro más que el demandado, quien utilizó la imagen de la demandante sin su autorización (…) y en aplicación a la reiterada doctrina de esta Sala en materia de daño moral, al estar demostrado el hecho generador del daño moral, lo que procedía era su estimación, conforme al prudente arbitrio del juez"; Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Bancario y Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Falcón, sent. 22-05-15, exp. 5750, http://amazonas.tsj.gob.ve/

espiritual que afecta a quien lo padece, toda vez que no es posible medir en cada sujeto el dolor que experimenta por la violación de un derecho personalísimo. Para otros "la verdad es que se deduce de presunciones, que incluso pueden ser subjetivas, pero ello no significa que su entidad se exima de demostración"[66].

No existe, sin embargo, en materia de daño moral, una derogación de la necesaria concurrencia de los citados elementos que conforman la responsabilidad civil (daño, culpa y relación de causalidad), sino que simplemente no se puede pretender una prueba directa propiamente del dolor o perjuicio espiritual, por lo que éste se "presume" una vez acreditado el hecho generador[67] violatorio del derecho de la personalidad de que se trate (de allí la referencia *in re ipsa*). Y así se admite que, ante la violación del derecho a la integridad física derivado de la pérdida de un miembro, no se precisa acreditar el dolor o sufrimiento, al igual que tampoco se precisa pretender la prueba del dolor que sufren los progenitores por la pérdida de un hijo[68]. De tal suerte que tal presunción de dolor es *iuris tantum*, pues excepcionalmente el demandado pudiere probar la inexistencia del daño mediante la prueba en contrario[69].

---

decisiones/2015/mayo/163-22-5750-091-m-22-05-15.html "Doctrinariamente se ha establecido que en cuanto a la determinación de la existencia del daño moral, basta que se produzca el hecho generador del daño, en este caso, la lesión psicológica de la actora, para que exista el daño moral; y que probado el hecho generador del daño, se presume el dolor sufrido".

66 Restrepo Jaramillo: ob. cit., p. 8.

67 *Vid*. Puig I Ferriol, Lluís *et alter*: **Manual de Derecho Civil**. 3ª, Marcial Pons. Madrid, 2000, p. 482, indican que la ley LODHI presume la existencia de una daño moral si se ha producido una intromisión ilegítima.

68 Domínguez Guillén: ob. cit. ("Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad"), pp. 272-273.

69 *Vid*. Pizarro: ob. cit., p. 9; Domínguez Guillén: ob. cit. ("Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad"), pp. 273-277; Mazeaud y Tunc: ob. cit., p. 434, que tal artículo constituye una presunción a favor de la tesis de la reparación; pero no es lo bastante fuerte como para no poderla combatir por la prueba en contrario; DFMSCM10, sent. 16-05-78, **Jurisprudencia Ramírez & Garay**. T. 60, pp. 204-205, "la presunción *iuris tantum* implícita en la parte *in fine* del artículo 1196 del Código Civil no se aplicaría al caso de autos por razones obvias (…) El problema, según la doctrina, asume una faceta especial cuando el actor, por circunstancias especiales, no ha sufrido en realidad un verdadero daño inmaterial...".

Sin embargo, aún bajo esta postura se afirma que el juez podrá presumir el perjuicio moral, pero para que ello ocurra, el que reclama el perjuicio deberá entregarle los antecedentes probatorios que le permitan deducir el daño, no pudiendo buscar datos extra proceso[70]. Es decir, está claro que tanto respecto de la persona jurídica como de la persona natural, el demandante tiene la carga de la prueba que incluye el hecho ilícito generador del daño[71]. Se requiere que haya sido demostrado el hecho causante del daño, para que el juez, discrecionalmente pero con base en ciertos parámetros, establezca el monto del daño moral a ser indemnizado a la víctima, conforme a su criterio[72]. De allí que no obstante la referencia de que el daño moral se desprende *in re ipsa* del propio hecho generador, se afirma que los perjuicios morales han de resultar probados ante el juzgador, correspondiéndole la carga de la prueba a quien reclama su indemnización[73].

No obstante, la falta de exigencia probatoria del daño en el ser humano se deriva de su propia naturaleza, esto es, el carácter espiritual y subjetivo del daño extrapatrimonial, que no solo lo haría innecesario, sino imposible. Ello se fundamenta en la propia naturaleza afectiva del ser humano, y de allí que la jurisprudencia lo identifica con el dolor subjetivo[74]. Pero tales consideraciones, basadas en una suerte de presunción de "sufrimiento" derivada de la imposibilidad de acreditar el pesar o dolor, están concebidas en función de la persona natural o ser humano.

Diverso es el supuesto para la persona jurídica, en sentido estricto, o ente incorporal, que existe en el plano ideal jurídico y no en el ámbito material o físico. De allí que no se pueda hacer una extrapolación absoluta en algunos

---

70 Femenías Salas, Jorge: "Notas sobre la prueba del daño moral en la responsabilidad civil". En: *Derecho y Humanidades*. N° 17. Universidad de Chile. Santiago, 2011, p. 40.

71 *Vid*. TSJ/SCC, sent. N° 184 del 30-03-12, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/marzo/rc.000184-30312-2012-11-627.html.

72 TSJ/SCC, sent. N° 769 del 24-10-07, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/ octubre/rc-00769-241007-06119.htm.

73 Ossorio Serrano, Juan Miguel: **Lecciones de derecho de daños**. La Ley. Madrid, 2011, p. 57.

74 Cárdenas Villareal y González Vergara: ob. cit., p. 216.

derechos y aspectos que no resulten compatibles con la naturaleza del ente social. Como ya se señaló, se admite que tales entes vean afectados derechos de la personalidad que les sean predicables; por ejemplo, el honor en su aspecto objetivo, a saber, la reputación (véase *supra* 2). Pero no pueden ver afectado su honor en sentido subjetivo o autoestima, pues su carencia de corporeidad impide predicar respecto de tales entes abstractos un "sufrimiento" o perjuicio espiritual.

Sin embargo, dado que el daño moral constituye una lesión a un derecho extrapatrimonial, que generalmente se traduce en un sufrimiento de orden espiritual derivado de la violación de un derecho de la personalidad, su procedencia respecto de la persona incorporal exige un criterio superior a la presunción de dolor porque éste es ajeno a su esencia. Vista, pues, la imposibilidad de experimentar aflicción por parte de los entes ideales, no cabe aplicarles una suerte de presunción de sufrimiento que es por definición contraria a su naturaleza, por lo que se indica que se precisa de algún elemento probatorio de la existencia del daño moral.

Ello encuentra sentido en la obvia diferencia entre el ser humano y la persona incorporal, esta última creación del Derecho. De allí que, a fin de no identificar el daño moral con el precio del dolor, en materia de personas jurídicas en estricto sentido, debe necesariamente derivarse el mismo por la violación directa de un derecho de la personalidad y el ente incorporal ha de acreditar algún elemento probatorio que, aun cuando por vía presuntiva, permita derivar el perjuicio en su esfera extrapatrimonial.

Así, por ejemplo, pareciera fácilmente comprensible en lo que respecta al honor, la diferencia entre una afirmación respecto de un ser humano que en torno a un ente incorporal. Sabemos que el honor en la persona natural puede ser objetivo (reputación) y subjetivo (autoestima)[75], y en la persona incorporal solo puede predicarse el honor objetivo por carecer de sentimientos. Trasladando ello a las ideas consideradas, pues no será lo mismo afirmar que "Petra

[75] De allí que siempre tengan derecho al honor, aunque tengan mala "reputación", como sinónimo de "autoestima" o apreciación de su propia dignidad.

González Rodríguez es una basura" que hacer la misma afirmación respecto de un ente ideal. En este último, el comentario pareciera, inclusive, casi inaplicable. No se podrá pretender que se ha afectado su dignidad porque no la tiene por su condición de abstracción y, menos aún, que ha experimentado un sufrimiento o dolor[76]. En todo caso, encuentra sentido la consideración de tener que acreditar al juzgador algún elemento del pretendido daño moral en la persona incorporal, superior a la simple afirmación de la existencia de éste.

Tal distinción se basa en la diferente naturaleza del ente y ello no coloca a la persona natural en ventaja, sino que simplemente se toma en cuenta su esencia. Pues lo contrario sería ubicar en superioridad probatoria a un ente incapaz de experimentar dolor o sufrimiento[77]. Obsérvese que no se pretende plena prueba, prácticamente imposible en materia de daño moral en general, sino algún elemento que a título presuntivo lleve al juzgador la existencia del daño del ente ideal.

De allí que propiamente se aboga por una prueba concreta de parte del ente ideal: "la persona jurídica ha de acreditar de forma suficiente, si bien no el daño moral en sí mismo debido a la dificultad probatoria –aunque aquí la dificultad probatoria del daño moral queda bastante difuminada por el hecho de que no cabe identificarlo con el dolor o el sufrimiento–, sí ha de probar al

[76] No cabe atribuir sentimientos al ente ideal como consecuencia de un daño. Afirmar, por ejemplo, que en una persona incorporal se produce "sufrimiento, dolor, zozobra o angustia" constituye una entera impropiedad siendo que tales "sentimientos" son exclusivos del ser humano y enteramente ajenos a la persona incorporal. Bajo ningún concepto se podría basar un daño moral del ente ideal en la violación de un derecho patrimonial porque este propicie un "sufrimiento" y peor aún que éste se presuma. Porque dicha presunción para acceder al daño moral es exclusiva de la persona por excelencia, a saber, la persona humana.

[77] Por lo que un tratamiento igualitario perjudicaría a la persona por antonomasia, a saber, el ser humano, respecto de quien el sufrimiento sí es inherente a su naturaleza. En tanto mal podría presumirse un dolor, sufrimiento o perjuicio que no es tal en el ente incorporal. Sobre todo bajo la premisa que no hay indemnización sin daño. Sabemos que mal se puede tratar igual a los desiguales y, en todo caso, tal conclusión configura una postura más lógica y menos inflexible que negar el daño moral al ente incorporal bajo el alegato de que éste no es susceptible de padecer dolo o sufrimiento.

menos una circunstancia excepcional que denote la existencia del daño moral. Así, por ejemplo, la sociedad, a la hora de acreditar el perjuicio moral sufrido, debería probar no solo que ha cesado en su actividad comercial, sino que además tal cesación tiene su causa adecuada en el hecho del deudor"[78]. Cabría aludir al hecho de quien causó el daño moral o afectó un derecho personalísimo para incluir también la responsabilidad extracontractual.

Así pues, acertadamente un sector de la doctrina española admite el daño moral de las personas jurídicas, siempre que se exija al demandante que pruebe una circunstancia excepcional indiciaria del mismo[79].

Por ello, algunas decisiones judiciales se inclinan no solo por la prueba del simple ataque a la reputación, sino también por la prueba de cómo éste afectó a la persona incorporal, dada la naturaleza de esta última:

> … en el presente caso se observa, que la demandante no explica y mucho menos prueba la existencia de hechos concretos de los cuales se derive la grave afección que alega padecer en su esfera moral, lo cual dificulta el análisis en torno a si efectivamente podría derivarse de ese hecho un daño real a su reputación. En efecto, tal como se destacó en las líneas que anteceden, cuando la víctima es una persona jurídica es necesario, a los efectos de entender lesionada su reputación, la prueba de ciertos aspectos objetivos, que en este caso no han sido demostrados. De manera que no basta para que proceda una indemnización del correspondiente daño moral, la comprobación de que hubo una declaración de prensa desfavorable, sino que además es indispensable, en el caso de las personas jurídicas, que se demuestre que la difusión de esa noticia realmente afectó su reputación, entendida no como una noción subjetiva, propia de las personas naturales, sino de tipo objetiva, relacionada con la forma como el público en general percibe a la sociedad mercantil. Lo anterior obedece a que en las personas jurídicas el daño moral, aun cuando involucra una pérdida de la reputación, ésta no se relaciona con una percepción interna, individual o personal del

78 Rodríguez Guitián: ob. cit. ("Daño moral y persona jurídica…"), p. 12.

79 Rodríguez Guitián citada en Salvador Coderch y Ramos González: ob. cit., p. 108.

> sujeto, sino que, como se señaló antes, se refiere a la apreciación que de su fama o prestigio tiene el público en general a partir de la ocurrencia del hecho lesivo (…) De manera que conforme al criterio jurisprudencial seguido por esta Sala, si bien resulta posible extender el régimen de indemnización por daño moral a las personas jurídicas, éste debe valorarse con prescindencia del elemento subjetivo y atendiendo al elemento objetivo que atañe a la reputación, que la representa la fama o prestigio de la empresa, esto es, a la apreciación que tienen los demás de una persona, ya que dadas sus características y a diferencia de lo que ocurre con las personas naturales, no puede admitirse en este escenario una afección a la esfera de sentimientos, personal e intrínseca del sujeto. Lo anterior, como se explicará más adelante, genera cambios incluso en el análisis del tema probatorio, por cuanto tratándose de elementos objetivos éstos no se encontrarían totalmente exentos de prueba[80].

En este mismo sentido, afirma acertadamente la doctrina patria que ciertamente el daño moral de la persona jurídica pone en evidencia el carácter inadecuado de identificar el daño extrapatrimonial, moral, o no patrimonial, únicamente con el dolor y, además la necesidad de valorar el daño patrimonial atendiendo a elementos objetivos y no subjetivos, los cuales implican que no todas las hipótesis de daño reconducibles al daño extrapatrimonial o moral, en sentido amplio, están exentas de prueba[81].

De lo que se deduce, según indicamos en el título de nuestro trabajo, que respecto de las personas incorporales no rige la prueba *in re ipsa* derivada del simple hecho generador, esto es, no procede una presunción de dolor, sufrimiento, aflicción que releve enteramente de la prueba del daño no patrimonial, sino que, efectivamente, se precisa algún elemento probatorio objetivo que le permita al juzgador acceder a una estimación del monto del daño moral.

---

80 TSJ/SPA, sent. Nº 00802 del 04-08-10, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/agosto/00802-4810-2010-2004-0266.html. Véase también citada *infra* 5: TSJ/SPA, sent. Nº 01684 de 07-12-11, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/diciembre/01684-71211-2011-2003-0406.html.

81 Pinto Oliveros: ob. cit., pp. 497-498.

No faltará quien pueda conectar lo anterior con la pretendida distinción entre daño moral subjetivo y daño moral objetivo, según la naturaleza del derecho que se trate[82]. Aunque otros pretenden asociar éste al daño patrimonial indirecto[83]. Para algunos el daño moral objetivo, al tener repercusión en el patrimonio, sí debe probarse, mientras que al daño moral subjetivo se valora *in re ipsa*, por lo que basta con demostrar el hecho dañoso para extraer el daño (la prueba *in re ipsa* solo se aplica a los casos de daño moral subjetivo)[84]. Cabría concluir, al margen de compartir tal distinción –por lo demás discutible–, que la prueba *in re ipsa* aplica necesariamente respecto del dolor humano.

De lo que se concluye que la presunción de dolor que releva de la prueba del daño moral solo es predicable de la persona humana. Esto por cuanto ésta es la única capaz de experimentar dolor o sufrimiento. El ente ideal es una creación del derecho, respecto del cual no aplica la posibilidad de dolor espiritual o físico, ajeno por definición a su propia esencia. Pensamos que la diferencia

---

82 *Vid*. Barrantes Ramírez, Mariamarta: "Notas sobre el daño moral en materia laboral a propósito de una sentencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia". En: *Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia*. N° 1. San José de Costa Rica, 2005, http://www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/index.php/revista/revista-1?id=22, "La jurisprudencia de la Sala I de esta Corte, distingue entre daño moral subjetivo y daño moral objetivo. El primero se produce por la lesión de un bien no patrimonial, sin repercusión en éste, suponiendo generalmente una perturbación injusta de las condiciones anímicas de la persona, como disgustos, desánimo, desesperación, agravio contra el honor, dignidad, intimidad. El segundo –objetivo– se refiere a las ofensas al buen nombre, la reputación, prestigio (…) De este modo, cuando se plantee un reclamo de este género, habrá de determinarse a cuál se refiere la parte, pues mientras el daño moral objetivo siempre requiere prueba que lo demuestre, el daño moral subjetivo o puro, puede ser fijado por el propio juzgador, siempre y cuando se prueba su existencia".

83 Fonseca Vargas, Fonseca Vargas, Álvaro: **Indemnización al trabajador por concepto de daño moral, ante despidos injustificados del patrono, reclamable en un proceso laboral**. Universidad de Costa Rica. Trabajo de graduación de licenciatura. San José de Costa Rica, 2012, pp. 39 y ss. (cita a Zannoni), pues el resto de los autores referidos parecen confundir el daño moral objetivo con el daño patrimonial indirecto phttp://iij.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/t12-indemnizacion_al_trabajador_por_concepto_de_dano_moral_ante_despidos_injustificados.pdf.

84 Ibíd., p. 66.

probatoria se justifica más por la particular naturaleza del ente (humano e ideal) que en la distinción entre daño moral objetivo y subjetivo, pues respecto de la persona natural siempre cabe presumir dolor o molestia al violentársele un derecho personalísimo, sea corporal o moral.

Se aprecia entonces, que en el caso de la persona incorporal pareciera resultar insuficiente, a los fines de acceder a la indemnización por daño moral, la simple violación de un derecho personalísimo, toda vez que forma parte fundamental –a los fines de la estimación o cuantificación del daño extrapatrimonial– la prueba de cómo se vio afectado el ente antes y después del hecho ilícito con relación al consumidor o clientes, cómo incidió en su reputación, etc., pues, según ha indicado acertadamente Casación "en el eventual daño moral sufrido por personas jurídicas, el juez no puede motivar la cuantificación de la indemnización con la doctrina establecida para el cálculo de la indemnización del daño moral en personas naturales, pues en el ente moral el perjuicio afecta su reputación y nombre como sociedad civil o mercantil, no puede, por ende, tener un carácter espiritual o sicológico como ocurre en el ser humano"[85].

Lo anterior evidencia que la prueba del perjuicio extrapatrimonial del ente está inevitablemente asociado a la motivación necesaria que precisa el juzgador para conceder la indemnización. De allí que se afirme acertadamente la intima conexión entre motivación y prueba del daño moral[86]. Bien se podrían

[85] TSJ/SCC, sent. Nº 000315 citada *supra*. La presunción relativa a la prueba del daño moral derivada del "hecho generador" no opera respecto del ente ideal porque respecto de tal no aplica, por su naturaleza, una suerte de sufrimiento o dolor. De allí que se suele precisar algún elemento probatorio del daño moral, que inclusive será determinante a los fines de la precisión o determinación del *quantum*, toda vez que –según se indicó *supra* 3 con base en la citada sentencia 000315– uno de los parámetros a considerar por el juzgador en la fijación del daño moral viene dado por la situación del ente ideal antes y después de la ocurrencia del hecho ilícito. Por lo que la acreditación que haga el ente moral demandante sobre el impacto del hecho generador respecto de su clientela o actividad comercial, ciertamente será relevante a los fines de la estimación del daño moral por parte del juzgador, por ser uno de los parámetros a considerar por éste.

[86] Gómez Garrido, Javier: "Derecho al honor y persona jurídico-privada". En: *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, Redur*. N° 8, 2010, p. 217, http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/presentacion.htm, al sostenerse

llevar al expediente algunas referencias probatorias concretas que denoten la lesión del derecho en cuestión, por ejemplo, si se trata de la reputación del ente incorporal[87]. Si no se le acredita al juzgador algún elemento probatorio superior al simple hecho generador, respecto del daño moral del ente ideal, difícilmente podrá acordarse una indemnización con parámetros objetivos que permitan una estimación[88].

De tal suerte, que el perjuicio del ente incorporal tendrá que ser llevado al juzgador con parámetros "objetivos" del propio sujeto ideal, que detenta una personalidad o subjetividad jurídica autónoma y distinta a las personas naturales que la componen o que laboran en aquel.

Por lo que no cabe asimilar el sufrimiento de los seres humanos que integran al ente ideal (representantes o trabajadores) con el perjuicio moral que pueda experimentar una persona abstracta, porque ello contraría la autonomía de la personalidad jurídica en sentido estricto. Se afirma así que "Podrá haber en estos casos de pretendido daño no patrimonial causado a una empresa, tal vez (…) dolor o angustia en socios, directivos, trabajadores, clientes o proveedores, pero este daño moral será de un perjuicio de los individuos, nunca de la empresa como tal"[89]. Por lo que no creemos tampoco que las ofensas a los

---

que debe motivarse la indemnización, se está reconociendo de forma indirecta que la misma no debe operar *de iure*, pues hay que atender a las circunstancias de cada supuesto, y puede darse el caso de que sea imposible cuantificarla por el simple hecho de que no se den los supuestos para establecer la cuantificación.

87 Tales como testimonios, documentales o noticias (inclusive por redes sociales) que acrediten la pérdida de la confianza de los consumidores o del público. Recordemos que, para algunos, la disminución de las ventas constituye un reflejo del perjuicio en la reputación. Si se trata de entes sin ánimo de lucro, igualmente es factible algún elemento probatorio que denote la afectación de su reputación u otro derecho personalísimo que le resulte predicable (como sería el caso de cierta privacidad o intimidad).

88 La imposibilidad de experimentar sufrimiento del ente moral, le impone una ligera carga como demandante; hacerle llegar al juzgador algunos elementos que le permitan "motivar" el daño moral que acuerde. Se trata en definitiva de un claro ejemplo, en que a falta de elementos que acrediten la afectación objetiva del ente ideal, jugará en contra de una efectiva estimación del daño que el ente demandante pretenda.

89 Gómez Pomar: ob. cit. ("Comentario a la sentencia del Tribunal supremo…"), p. 4.

miembros del ente e, inclusive, a personas naturales que lo conforman pueda confundirse con el daño del sujeto incorporal[90]. Vale recordar respecto de los trabajadores, el concepto de "ajenidad" característico del Derecho Laboral, según el cual "el trabajo dependiente deriva del hecho de prestar un servicio por cuenta de otro"[91]. Lo que denota que trabajador y patrono conforman sujetos distintos.

Tampoco cabe confundir el daño moral a la persona ideal con el de sus órganos o representantes. Al efecto afirma una decisión judicial: "… Finalmente, en cuanto a la reclamación por daño moral formulada por la parte actora, esta Sala observa que los apoderados judiciales de la demandante parecen confundir el presunto daño moral experimentado por el presidente de la empresa (…) con el presunto daño moral experimentado por la empresa como persona jurídica, al ver afectado su honor y reputación"[92]. Por lo que el daño moral

[90] Véase en sentido contrario: Riera Escudero: ob. cit., p. 19, "Pero hay también una suerte de daño reflejo, que alcanza a las personas jurídicas y a las personas físicas que con ella se identifican. Es así como, el daño causado a las personas jurídicas afecta inevitablemente a las personas físicas con las que se confunde, porque el interés de la sociedad es, en definitiva y proporcionalmente, el de sus socios y administradores. Son como daños reflejos, que se contagian y se comparten. Nadie puede negar que la mala reputación de un hombre de negocios, cuya trayectoria comercial está averiada desacredite la compañía administrada, y viceversa. El buen nombre del administrador se proyecta y acredita a su empresa. El crédito personal es el de la sociedad y el de ésta enaltece a su administrador (…) Ciertamente los asociados experimentan forzosamente un perjuicio por el hecho de que el grupo lo soporte. Lo cual es evidente tratándose de un perjuicio material ocasionado a una sociedad, porque cada socio ve así disminuido su derecho en el patrimonio social. También es verdad tratándose de un perjuicio moral causado a una persona jurídica cualquiera; el asociado resulta siempre afectado, tanto moral como materialmente, proporcionalmente a su participación en el grupo".

[91] *Vid*. TSJ/SCS, sent. N° 702 de 27-04-06, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/abril/0702-270406-051635.htm; TSJ/SC, sent. N° 1650 de 03-06-14, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/165048-604-3614-2014-13-1112.html.

[92] TSJ/SPA, sent. N° 01573 de 20-06-06, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/01573-200606-1998-15121.htm; TSJ/SPA, sent. Nº 00802 citada *supra*, "Sin embargo, ello no excluye la posibilidad de que los directivos o presidentes de una determinada compañía se sientan afectados en su esfera moral, frente a comentarios adversos o desfavorables dirigidos contra la persona jurídica, solo que en estos

a sujetos naturales no puede ser indemnizado a través del ente ideal, toda vez que se trata de sujetos de derechos diferentes. Por su parte, La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia colombiana afirmó en 1999:

> En relación con la segunda cuestión propuesta por el apelante, es decir, la existencia de perjuicios extrapatrimoniales, es cierto que las personas jurídicas pueden padecerlos, verbigracia, cuando se afecta su buen nombre y reputación, pero tales consecuencias solo son estimables como detrimento resarcible cuando amenazan concretamente su existencia o merman significativamente su capacidad de acción en el concierto de su desenvolvimiento o las ponen en franca inferioridad frente a otras de su género y especie, si es que se mueven en el ámbito de una competencia comercial o de la prestación de servicios apreciables por la demanda de usuarios. Ni pensar en la modalidad del perjuicio moral subjetivo (*pretium doloris*), porque por su naturaleza las personas jurídicas no pueden experimentar el dolor físico o moral, salvo que la acción dañina se refleje en alguno de los socios o miembros o en la persona del representante legal, caso en el cual la propuesta de reparación deberá hacerse individualmente por quien haya sufrido el daño[93].

Valen aquí las palabras de Fernández Sessarego:

> Es importante tener en consideración la naturaleza del ente dañado ya que, como se ha expresado, de ello depende el criterio, la técnica, el tipo

---

supuestos la acción debe ser ejercida por éstos actuando a título personal, lo cual no ocurrió en la presente controversia. De manera que, con base en lo antes expuesto se aprecia que en el caso analizado la actora no cumplió con la carga de probar la afección a su reputación, esto es, la necesaria pérdida de prestigio o fama".

93 Bernal Echeverry, Verónica y Torres Mosquera, Dayana Marcela: **La procedencia de la indemnización del perjuicio moral para las personas jurídicas por vía de reparación directa**. Universidad Militar Nueva Granada. Especialización en Derecho Administrativo. Bogotá, 2014, pp. 23-24, http://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/12127, concluyen: "Por tanto a la luz de las providencias citadas, en el ordenamiento jurídico colombiano no existe duda alguna frente a la posibilidad de reconocer aquellos perjuicios morales causados a personas jurídicas, en cuanto hayan sido probados en el proceso".

o modalidad de protección jurídica que debe otorgársele a un determinado ente así como la manera adecuada de indemnizar el daño sufrido. Alguna vez, en el aula, ante los alumnos, solemos decir que las técnicas de protección de una piedra son distintas de aquellas que se debe brindar a una copa de cristal, a un perro o al ser humano. Así como cada ente exige una determinada vía de conocimiento para acceder a él, así también cada ente exige un criterio y una técnica de protección adecuada a su calidad ontológica y, llegado el caso, una peculiar modalidad de reparación del daño que se le hubiere ocasionado[94].

4.2. Sobre la posibilidad de la prueba contraria al daño moral

Según indicamos, se distingue la tesis que insiste en la prueba del daño moral y, en contrapartida, la que propugna que el daño moral no precisa prueba porque el sufrimiento ha de presumirse del propio hecho generador, en caso de probarse el mismo. Esta última solo predicable respecto del ser humano.

Pero tal presunción es *iuris tantum*, esto es, que admite prueba en contrario y por tal es desvirtuable. Así pues, cabe concluir que tal presunción de perjuicio –para el caso que opere– no es absoluta, por lo que debe aceptarse la posibilidad del demandado de acreditar que la pretendida víctima no sufrió dolor, sufrimiento, afección o perjuicio alguno. Kummerow señala que, según ha interpretado la jurisprudencia, el artículo 1196 del Código Civil establece una presunción favorable al pretensor de la reparación; que se trata de una presunción *iuris tantum*. Coloca el ejemplo –a título de prueba capaz de desvirtuar la presunción– de quien pretende una indemnización por daño moral por la muerte de un hijo, siendo que previamente le fue privada la patria potestad por causales denigrantes[95]. Debe admitirse, pues, como manifestación

---

[94] Fernández Sessarego, Carlos: "Deslinde conceptual entre 'daño a la persona', 'daño al proyecto de vida' y 'daño moral'. En: *Foro Jurídico*. N° 2. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2003, http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF.

[95] Kummerow: ob. cit., pp. 51-52. En el mismo sentido: Juzgado Superior Tercero Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y estado Miranda, sent. 02-12-76, **Jurisprudencia Ramírez & Garay**. T. 54, pp. 151-153.

básica del derecho a la defensa, que el demandado pueda acceder a la posibilidad de desvirtuar la presunción de dolor o perjuicio derivada del daño moral[96]. Igualmente la presunción cede si la mujer se encontraba separada de su marido no obstante la existencia del vínculo conyugal[97].

A su vez, también el demandado ante el alegato del daño moral de un ente incorporal, bien podrá tratar de acceder a desvirtuar la prueba del daño moral de la parte actora. Pues, aun cuando no se trate propiamente de desvirtuar una presunción que ni siquiera les resulta aplicable, se podrá llevar al juzgador aquellos elementos que le haga dudar a éste de la existencia del daño extrapatrimonial. Por lo que mal pudiera en tal caso negarse la admisión de una prueba alegando que el daño moral se desprende del hecho generador cuando, amén de que ello no aplica al ente incorporal, se trata de una presunción *iuris tantum* respecto de la persona natural.

Al efecto, si bien se deslinda entre daño patrimonial y daño moral o extrapatrimonial, para algunos la naturaleza del ente incorporal permite hacer presumir que un daño en un derecho personalísimo seguramente traerá consecuencias de índole patrimonial, susceptibles de ser objeto de prueba.

Por eso, para algunos, ante la imposibilidad de experimentar dolor del ente incorporal, el daño moral derivado de la violación de un derecho extrapatrimonial se traduce generalmente en una pérdida económica. Al efecto, afirma la doctrina: "la mayoría de los ataques que sufren las personas jurídicas los son con frecuencia hacia su prestigio profesional y que a la vez, cuando este prestigio se ve lesionado se producen daños patrimoniales"[98].

---

[96] *Vid*. Domínguez Guillén: ob. cit. ("Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad"), pp. 273-277.

[97] Brebbia: ob. cit. (**Instituciones de Derecho Civil**), p. 342.

[98] Casado Andrés, Blanca: El daño moral en las personas jurídicas. 2012, http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4760-el-dano-moral-en-las-personas-juridicas-/. Véase en el mismo sentido: Rivera, Julio César *et alter*: "La cuantificación del daño moral en los casos de lesión al honor, la intimidad y la imagen". En: *Revista Latinoamericana de Derecho*. Nos 7-8. UNAM - Rubinzal-Culzoni

En efecto, se admite que, aunque se trata de daños diferentes, ciertamente una merma patrimonial de la persona incorporal bien podría ser reflejo de un perjuicio a un derecho de la personalidad como la reputación. Así lo refieren algunas decisiones judiciales que expresamente señalan que "… podría una persona jurídica, al ver afectada su reputación, observar una merma en las ganancias reportadas en virtud de su actividad comercial, llegando a ser éste, un factor determinante en su normal desenvolvimiento"[99].

Por su parte, otros autores, siguiendo la tendencia de requerir mayor rigurosidad en la prueba del ente incorporal, señalan: "Respecto a la atribución o reconocimiento del honor a las personas jurídicas, cabe señalar que en el ámbito teórico, se observa una tendencia mayoritaria (y contundente) en sentido favorable. No obstante, creo que la respuesta merece ser, al menos, matizada. Parece más razonable asumir que su reconocimiento público (y social) no es asimilable al derecho al honor de las personas naturales, las cuales merecen un grado de protección mayor. Ahora, esto no debiera implicar que las entidades personificadas no puedan demandar indemnizaciones por vulneraciones a su prestigio o 'buen nombre', pero sí que se deba controlar con un criterio

---

Editores. México, D.F., 2007, p. 376, http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cont.htm?r=revlad, la afectación de la reputación de una persona jurídica puede propiciarle un daño material que se traduce en pérdida económica por disminución de la clientela.

99 TSJ/SPA, sent. N° 01419 de 06-06-06, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/01419-060606-1994-11240.htm. En el mismo sentido: Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, sent. 13-04-13, exp. AP42-R-2005-001457, http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2013/abril/1478-17-ap42-r-2005-001457-2013-0561.html; Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, sent. 05-03-12, exp. AP42-G-2004-000032, http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/ 2012/marzo/1478-5-ap42-g-2004-000032-2012-0371.html, "debe resaltar esta Corte que una cosa son los daños y perjuicios que una persona alega haber sufrido en su patrimonio (daños materiales) los cuales en el presente caso fueron declarados improcedentes en el capítulo anterior por no haber sido debidamente probados por la parte actora; y otra muy distinta es el daño moral sufrido en la esfera extramatrimonial de quien lo solicita, dado que alude a una afectación y deterioro en la reputación, honor y credibilidad de una persona natural, siendo igualmente aplicable para el caso de personas jurídicas, la cual se traduce en 'una merma en las ganancias reportadas en virtud de su actividad comercial'".

más estricto la concesión de indemnizaciones, las cuales, por lo demás, deberían consistir, en la mayoría de los casos, en daños de naturaleza patrimonial"[100].

En el mismo sentido, se indica que cuando se ataca el buen nombre de una persona ideal, queda deteriorado el crédito, sea comercial o sea social, asunto que repercute en la posibilidad de gananciales. "No hay famas honoríficas, no hay buen nombre al margen de un interés económico". Es más, la razón social es trasferible: "… La fama de estos sujetos dedicados al lucro da idea de mayor o menor clientela. La reputación, por tanto, de las sociedades lucrativas, no se puede separar de ese valor material y tangible, que se calcula monetariamente"[101]:

> Una pérdida de reputación o estima en un individuo puede causar no solo pérdida de ingresos y oportunidades de relación en el futuro (esto es, pérdidas patrimoniales en mercados organizados o informales), sino también dolor, angustia, ansiedad, pena, desesperación, esto es, algo que no se puede compensar en dinero o en bienes que se cambian por dinero. Una pérdida de reputación o estima en una empresa no puede causar más que aumento de costos o pérdida de ingresos en el futuro, todo lo cual es, por definición, compensable por dinero[102].

De tal suerte que la posibilidad de probar que el ente ideal ha experimentado pérdida económica –no obstante que la parte demandada no tiene sobre sí la carga de la contraprueba– constituiría un indicio a su vez de la lesión de un derecho extrapatrimonial de la persona incorporal, para el supuesto de haberse afectado éste, dada su imposibilidad natural de experimentar sufrimiento. De allí que, la pérdida económica del ente incorporal bien podía ser indicativo de un perjuicio extrapatrimonial.

---

100 Larrain Páez: ob. cit., *passim*.

101 Cifuentes, Santos: "*El daño moral y la persona jurídica"*. En: **Derecho de Daños. Primera Parte. Homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe**. Ediciones La Rocca. Felix A. Trigo Represas y Rubén S. Stiglitz, directores. Buenos Aires, 2000, pp. 409-410.

102 Gómez Pomar: ob. cit. ("Comentario a la sentencia del Tribunal supremo…"), p. 4.

Cabe reiterar, en sana lógica, que a los entes incorporales no les aplica la presunción de dolor de daño moral, sino que el actor precisa de elementos probatorios adicionales al simple hecho generador. Considerar una presunción de la prueba del daño extrapatrimonial que es predicable por su naturaleza únicamente respecto de la persona humana y en modo alguno al ente incorporal se configuraría en términos procesales en una inversión de la carga de la prueba que se traduciría en causa de indefensión.

5. Las medidas judiciales contra el ente ideal, ¿abuso de derecho?

El abuso de derecho[103] consagrado a la par del hecho ilícito como una de las fuentes de las obligaciones en el artículo 1185 del Código Civil, constituye, a decir de nuestra jurisprudencia, una fuente autónoma de las obligaciones[104].

[103] *Vid*. Arraiz, Rafael Clemente: "Contribución al estudio del abuso de derecho". En: **Libro Homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza**. T. I. UCV. Caracas, 1970, pp. 153-212; Pittier, Emilio: "El abuso de derecho". En: **Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio**. Academia de Ciencias Políticas y Sociales - Asociación Venezolana de Derecho Privado. Caracas, 2007, pp. 561-604; Urdaneta Sandoval, Carlos Alberto: "Procedencia en el Derecho venezolano del ejercicio abusivo de los derechos humanos o fundamentales en su eficacia horizontal". En: **Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley**. T. II. TSJ. Fernando Parra Aranguren, editor. Caracas, 2004, pp. 639-723; Ochoa, Oscar: "Ausencia de abuso de derecho en el ejercicio de un derecho contractual". En: *Revista de Derecho Mercantil*. N° 7-8. Editorial Livrosca. Caracas, 1989, pp. 315-356; Mélich Orsini, José: "El abuso del derecho en el proceso". En: ***Liber Amicorum*** **Homenaje a la obra científica y docente del profesor José Muci-Abraham**. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1994, pp. 573-599; González Baquero, J.R.: **La recepción del principio del abuso del derecho en el ordenamiento jurídico venezolano**. Universidad de Carabobo. Valencia, 1976; **Código Civil de Venezuela. Artículo 1185**. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado. Caracas, 2001, pp. 480-574.

[104] *Vid*. TSJ/SCC, sent. Nº 0363 del 16-11-01; TSJ/SCC, sent. N° 122 del 26-04-00; TSJ/SCC, sent. N° 240 del 30-04-02; TSJ/SCC, sent. N° 000176 del 20-05-10; TSJ/SCC, sent. N° 554 del 24-09-03, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/septiembre/rc-00554-240903-99921-99053.htm, "Abuso de derecho que, como quedó establecido en la jurisprudencia antes transcrita, se diferencia al hecho ilícito y constituye una acción diferente a aquella". En el mismo sentido: Urdaneta Sandoval: ob. cit., pp. 684-685; Bernad Mainar: ob. cit., t. IV, p. 113. Veáse: en sentido contrario considerándolo una especie del hecho ilícito, Pittier Sucre: ob. cit. ("El abuso de derecho"), pp. 603-604.

Entre sus manifestaciones, la doctrina suele incluir el ejercicio abusivo de las acciones o recursos procesales o judiciales[105]. También, la jurisprudencia presenta algunos pronunciamientos asociados a este aspecto[106].

Se afirma que la instauración de un juicio es un derecho que otorga el ordenamiento jurídico a los justiciables, con la finalidad de determinar la procedencia del derecho y realizar la justicia. Por tanto, no puede establecerse culpa o responsabilidad civil cuando se ejerce este derecho sin abuso, aunque se cause un daño[107].

Cabe observar que el ejercicio de una acción o medida jurisdiccional por sí misma no configura un ataque a un derecho de la personalidad, ni en la persona natural ni en la persona jurídica. Ello, sin perjuicio de la posibilidad de abuso de derecho, aunque algunos admiten la posibilidad de daño moral en caso de sufrimiento derivado de la violación de un perjuicio patrimonial, en tanto que otros, con razón, dudan de tal posibilidad[108]. Ello viene dado porque un mismo hecho ilícito puede generar daño material y daño moral, o uno de los dos, pues no son necesariamente concurrentes. Lo mismo cabe decir el abuso de derecho[109].

---

[105] *Vid*. Arraiz: ob. cit., pp. 169-172; Pittier Sucre: ob. cit. ("El abuso de derecho"), pp. 588-590.

[106] *Vid*. TSJ/SCC, sent. N° 434 del 15-11-02; *Vid*. TSJ/SCC, sent. N° 184 del 30-03-12, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/marzo/rc.000184-30312-2012-11-627.html.

[107] TSJ/SCC, sent N° 101 del 28-02-08; TSJ/SCC, sent. N° 184 del 30-03-12, http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/marzo/rc.000184-30312-2012-11-627.html.

[108] Véase: Diez-Picazo: ob. cit., pp. 328-329, para el autor el daño moral en sentido estricto no tiene lugar cuando la lesión incida sobre bienes económicos, por más que el titular haya experimentado especiales "disgustos", y agrega que dicho daño no debe ser presumido por los tribunales, sino que debería ser objeto de algún tipo de prueba.

[109] El hecho ilícito y el abuso de derecho "podrían" generar daño material y daño moral, pero tales daños no son necesariamente concurrentes. Un hecho ilícito puede generar daño moral en el ser humano porque propicia sufrimiento, y no ocasionarle daño material (una violación a su intimidad) o, contrariamente, un hecho puede generar daño material sin propiciar un sufrimiento o dolor espiritual (un ataque a un derecho patrimonial), y es que "hecho generador" y abuso de derecho "no son términos equivalentes". De tal suerte que no siempre cabe concluir que el hecho ilícito o el abuso de derecho genere daño moral, pues ciertamente "puede" propiciar únicamente daño material o viceversa. Piénsese

No puede apreciarse como daño moral cuando se está simplemente ante comportamientos que, por mucho trastorno o desasosiego que causen a los demás, el causante actuaba dentro del ejercicio de sus derechos[110]. En sentido semejante, precisamente a propósito de la improcedencia de daño moral por el simple ejercicio de acciones judiciales, se indica:

> … la instauración de procedimientos judiciales contra la demandante no implica, por sí sola, la afectación de su imagen. Para que esto sea posible, tendría que haberse establecido en varias de estas causas (e incluso en el presente juicio) que la contratante faltó de tal forma a sus obligaciones frente a Promotora (…) que en razón de dicho incumplimiento esta debió suspender los pagos a sus acreedores. Sin embargo, no cuenta la Sala con esta información; antes bien, en su escrito de demanda la accionante se limitó a mencionar las causas que se iniciaron en su contra por diversas entidades y sociedades mercantiles, sin que conste que tales acciones estén vinculadas a la falta de cumplimiento de las normas contractuales que se imputan a (…) o que en ellas se haya dictado sentencia definitiva[111].

Por su parte, en algún caso excepcional se ha considerado la figura: "teniendo la accionante (aquí demandada) un mismo propósito en todas las acciones intentadas contra una misma persona, incurre en exceso, considerado como abuso de derecho, llevando a la accionada por tantos juicios y acciones, a un descrédito; en este sentido, se debe determinar que sí existe culpabilidad por parte de la demandada debido al uso excesivo de su derecho al accionar en reiteradas oportunidades contra la demandante con un solo propósito"[112].

---

por ejemplo, en que un propietario obstaculice una servidumbre de paso a su vecino reiteradamente, lo cual pueda llevar a considerar un abuso de derecho, pero mal podría derivarse la violación de un derecho de personalidad susceptible de generar daño moral. En sentido contrario, no todo hecho ilícito conlleva necesariamente a la reparación de daño material. Piénsese, por ejemplo, en la violación del derecho personalísimo a la imagen del ser humano por utilizarla sin la debida autorización. Ello derivaría en la indemnización por daño moral por violación de la imagen emanada del simple hecho generador.

110 Martín Pérez: ob. cit., p. 281.

111 TSJ/SPA, sent. N° 01684 de 07-12-11.

112 Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Anzoátegui, sent. 28-07-11, exp. BP02-V-2009-001268, http://anzoategui.tsj.gob.ve/decisiones/2011/julio/1066-28-bp02-v-2009-001268-.html.

La verdad que cualquier conclusión precisará del examen del caso concreto. Pues mal puede concluirse que el simple ejercicio de una acción, recurso o medida judicial configure un supuesto de abuso de derecho, aunque sea declarada "sin" lugar, pues para ello existe en principio la condenatoria en costas. El Máximo Tribunal ha indicado que la simple operatividad del proceso civil ordinario no puede ser considerada *per se* una actividad generadora de daños o representativa de abuso de derecho[113].

Llevando el tema al ámbito de la persona jurídica en estricto sentido, creemos que mal puede pretenderse que el simple ejercicio de una acción judicial o la práctica de una medida preventiva o ejecutiva por sí sola viola un derecho de la personalidad. Podría a todo evento constituir abuso de derecho, pero ello precisa de la configuración de los requisitos de la figura (daño, acto abusivo y relación de causalidad[114]). Inclusive, en tal caso subsiste la prueba del daño tanto material como moral, pues cabe recordar que la persona ideal no es susceptible de padecer dolor. Por lo que resulta cuestionable pretender una indemnización por daño moral basado en un sufrimiento que les resulta imposible.

Es ilógico pretender que el simple ejercicio de una acción judicial que incluye consiguiente presencia en la citación de los medios de prensa o su referencia en la *web* como parte de la publicidad de las sentencias, configuran *per se*, un caso de abuso de derecho. Si ello fuere tan simple, nadie asumiría la defensa judicial de sus intereses porque la posible indemnización de daño moral superaría la condenatoria en costas. Se precisa –reiteramos– los elementos que la doctrina le atribuye a la figura del abuso de derecho, entre los cuales

---

113 TSJ/SCC, sent. N° 0434 del 15-11-02; TSJ/SCC, sent. N° 101 del 28-02-08. En el mismo sentido, pero referido a la posibilidad de que una denuncia penal implique abuso de derecho: TSJ/SCC, sent. N° 01026 de 18-12-06.

114 *Vid*. Urdaneta Sandoval: ob. cit., p. 694; Maduro Luyando: ob. cit., p. 715; Bernad Mainar: ob. cit., t. IV, p. 111; Palacios Herrera: ob. cit., p. 108; Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Anzoátegui, sent. 28-07-11, exp. BP02-V-2009-001268 http://anzoategui.tsj.gob.ve/decisiones/2011/julio/1066-28-bp02-v-2009-001268-.html.

también se citan ciertos criterios que perfilan la figura[115]. Así, por ejemplo, si se pretende alegar la afectación de la reputación de una persona jurídica por el ejercicio de una acción o medida, obviamente se precisa algo más que el simple ejercicio o práctica de la misma. La estimación de terceros es punto a considerar en la "reputación" u honor en sentido objetivo del ente incorporal. De allí que entre los indicativos a considerar por el juzgador a los fines de la estimación del daño moral, sea la situación de la víctima antes y después del hecho ilícito o su impacto en la reputación, de lo cual se deduce que algún elemento probatorio debería cursar en el expediente sobre la afectación del honor objetivo de la persona incorporal, dada su obvia imposibilidad de padecer sufrimiento.

Así pues, la diferencia entre concebir el ejercicio de medidas cautelares o el ejercicio de una acción como manifestación del abuso del derecho o contrariamente como potestad discrecional (que no por ello arbitraria) del juzgador como administrador de justicia, constituye un aspecto que precisará el examen del caso concreto. No se puede pretender una indemnización por daño moral por el simple ejercicio de acciones, recursos o medidas. Ello, al margen de que se trate de una persona natural o de una incorporal. En todo caso, la diferencia entre ambas, a los efectos de la indemnización del daño moral, es la superior rigurosidad probatoria del ente ideal, porque respecto de tales –como hemos insistido– no rige por su propia naturaleza una presunción de dolor o sufrimiento.

Conclusiones

La persona incorporal siempre será fuente de inagotables dudas, entre las que cabe citar la procedencia y prueba del daño moral respecto de tales. Con las

[115] *Vid*. Pittier Sucre: ob. cit. ("El abuso de derecho"), pp. 580-588; Arraiz: ob. cit., p. 172, alude al criterio subjetivo o intencional de dañar o al objetivo de un ejercicio anormal del derecho contrario a los fines; Rodríguez-Arias Bustamante, Lino: **Derecho de obligaciones (según los códigos civiles y jurisprudencia española y panameña)**. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1965, pp. 36-44, aunque el abuso puede existir por la malignidad del autor sin que se pueda probar el deseo de dañar a otro. Es decir, se admite el abuso del derecho fuera del *animus nocendi*. También cuando el derecho no es puesto al servicio de los intereses para los que ha sido concebido. La tesis objetiva apunta a la función de los derechos y la subjetiva a investigar si la conducta del agente ha respondido a un motivo legítimo.

presentes líneas simplemente nos hacemos partícipes de una posición doctrinaria y jurisprudencial venezolana que ha sido tímidamente referida; a saber, si bien el daño extrapatrimonial es predicable respecto del ente incorporal, no cabe presumir el mismo del simple hecho generador, esto es, dada su naturaleza objetiva, la indemnización por daño moral no está enteramente exonerada de prueba. Ciertamente, la discusión no es sencilla, pero creemos, es la sana manera de combinar la concepción del perjuicio derivado *in re ipsa* del simple hecho generador que propicia el daño moral inherente al ser humano, con la compleja naturaleza ideal del ente incorporal.

* * *

Resumen: El asunto aquí tratado es un tema complejo, por cuanto tanto la institución de la "persona jurídica", como la referida al "daño extrapatrimonial", están rodeadas de particular oscuridad que obstaculiza el análisis en conjunto. No obstante, la autora va sorteando las trabas para arribar a una posición ajustada a nuestro ordenamiento jurídico; así, después de precisar rápidamente la naturaleza del ente ideal y la delimitación del daño moral, aclara que en el caso de la persona jurídica es factible la reclamación de la reparación por daño no patrimonial, y por ser éste distinto a la que puede exigir la persona humana, requerirá de unas reglas probatorias diferentes; en sus propias palabras, los "entes incorporales no les aplica la presunción de dolor de daño moral, sino que el actor precisa de elementos probatorios adicionales al simple hecho generador". **Palabras clave**: daño moral, daño no patrimonial, persona jurídica. Recibido: 20-08-2015. Aprobado: 24-09-2015.