



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

La Responsabilidad Integral desde la doctrina civil en el Ecuador en los juicios de Daño Moral: Análisis del proceso judicial Nro. 17230-2018-05996, seguido por F. W. C. A. VS BANCO PICHINCHA C.A

Trabajo de Titulación Previo a la Obtención del Título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales.

Autora:

Yessenia Elizabeth Ullaguari Yuquilima

C.I: 0105866644.

Correo electrónico: eli-u17@hotmail.com

Director:

Juan Cristóbal Piedra Andrade.

C.I: 0103790275.

Cuenca – Ecuador

08-marzo-2022



Resumen

Dentro del presente proyecto analítico se establecerán las aristas del alcance del daño moral, tomando como punto de partida el proceso judicial Nro. 17230-2018-05996, seguido por Francisco Walter Calozuma Armijos VS BANCO PICHINCHA C.A., donde se procuró el resarcimiento del daño provocado por la institución financiera hacia el accionante.

Se verificará una relación entre el daño causado y el daño indemnizado por parte de los operadores de justicia. También se analizarán las fuentes doctrinarias, la legislación que acoge al daño moral y la reparación integral como medio de solventar un perjuicio surgido por la violación de un derecho o el menoscabo de la integridad personal con repercusión en su patrimonio económico.

Se tomarán en cuenta las líneas de pensamiento más adecuadas y sobresalientes que ayudarán al desarrollo del presente trabajo.

Palabras claves: Daño moral. Reparación Integral. Perjuicio. Compensación. Lesión.



Abstract

Within this analytical Project, the edges of the scope of moral damage will be established, taking as a starting point the judicial process No. 17230-2018-05996, followed by Francisco Walter Calozuma Armijos VS BANCO PICHINCHA CA, where compensation was sought for the damage caused by the financial institution to the plaintiff.

A relationship between the damage caused and the damage compensated by the justice operators will be verified. The doctrinal sources will also be analyzed, the legislation that welcomes non-pecuniary damage and comprehensive reparation as a means of solving a damage arising from the violation of a right or the impairment of personal integrity with repercussions on their economic patrimony.

The most appropriate and outstanding lines of thought that will help the development of this work will be taken into account.

Keywords: Compensation. Comprehensive Repair. Damage. Injury. Moral damage.



ÍNDICE

Resumen.....2

Abstract.....3

Indice.....4

Cláusula de derechos de autor.....7

Cláusula de propiedad intelectual.....8

Dedicatoria.....9

Agradecimiento.....10

Introducción.....11

CAPÍTULO 1. “RESPONSABILIDAD CIVIL, EL DAÑO MORAL Y LA REPARACIÓN INTEGRAL: NOCIONES GENERALES”13

1.1 Responsabilidad Civil.....14

1.2 Clases de Responsabilidad Civil..... 14

1.2.1 Responsabilidad Civil Contractual..... 14

1.2.2 Responsabilidad Civil Extracontractual15

1.3 Sistemas de Responsabilidad Civil.....16

1.3.1 Objetivo.....16

1.3.2 Subjetivo16

1.4 Elementos de la Responsabilidad Civil Subjetiva.....16

1.5 Elementos del Daño.....26

1.6 Noción Etimológica del Daño.....27

1.7 Funciones del Derecho de Daños.....28

1.8 Definiciones del Daño Moral.....29



| | |
|---|-----------|
| 1.9 Naturaleza del Daño Moral..... | 31 |
| 1.10 Clases de Daño Moral..... | 32 |
| 1.10.1 De carácter objetivo..... | 32 |
| 1.10.2 De carácter subjetivo | 33 |
| 1.11 El Daño Moral en la legislación ecuatoriana..... | 35 |
| 1.11.1 Reformas del año 1984 hasta la actualidad..... | 36 |
| 1.12 Elementos de la Acción de Daño Moral..... | 36 |
| 1.13 La Reparación del Daño Moral..... | 40 |
| 1.14 Formas de Reparación del Daño Moral..... | 46 |
| 1.14.1 La reparación natural o in natura..... | 46 |
| 1.14.2 La reparación por equivalencia | 47 |
| 1.15 Teorías sobre la Reparación de Daño Moral..... | 48 |
| 1.15.1 Teoría punitoria | 48 |
| 1.15.2 Teoría resarcitoria | 48 |
| 1.15.3 Teoría del enriquecimiento sin causa..... | 49 |
| CAPÍTULO 2. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA EMITIDA POR EL JUEZ DE LA UNIDAD JUDICIAL CIVIL, EL TRIBUNAL DE LA SALA CIVIL Y MERCANTIL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA Y POR EL TRIBUNAL DE LA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA EN EL PROCESO JUDICIAL NRO. 17230-2018-05996..... | 50 |
| 2.1 Antecedentes de hecho del caso sujeto a análisis..... | 51 |
| 2.2 Normas y Derechos en conflicto..... | 56 |
| 2.3 Argumentos y pretensiones de las partes intervinientes..... | 62 |



| | |
|--|------------|
| 2.3.1 Primera instancia..... | 62 |
| 2.3.2 Segunda Instancia..... | 84 |
| 2.3.3 Casación | 95 |
| 2.4 Decisión final adoptada por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia en su sentencia emitida en fecha 10 de septiembre de 2019 en el proceso judicial Nro. 17230-2018-05996..... | 98 |
| 2.4.1 Análisis del Recurso de Casación..... | 104 |
| 2.5 Motivación Jurídica de la decisión emitida a través del VOTO SALVADO dictado por la Dra. Rosa Beatriz Suarez Armijos, Jueza Nacional de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil..... | 105 |
| 2.5.1 Análisis del Voto Salvado..... | 109 |
| 2.6 Análisis normativo del problema jurídico planteado en el presente proceso judicial..... | 111 |
| 2.7 Análisis Jurídico del principio de Reparación Integral garantizado en la sentencia dictada por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia como respuesta al Daño Moral generado por el Banco Pichincha C.A a F.W.C.A..... | 114 |
| Conclusiones Generales..... | 118 |
| Recomendaciones..... | 119 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 120 |



Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio Institucional

Yessenia Elizabeth Ullaguari Yuquilima, en calidad de autor/a y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación "La Responsabilidad Integral desde la doctrina civil en el Ecuador en los juicios de Daño Moral: Análisis del proceso judicial Nro. 17230-2018-05996, seguido por F.W.C.A. VS BANCO PICHINCHA C.A.", de conformidad con el Art. 114 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

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

Cuenca, 08 de marzo de 2022.

Yessenia Elizabeth Ullaguari Yuquilima.
C.I: 0105866644.



Cláusula de Propiedad Intelectual

Yessenia Elizabeth Ullaguari Yuquilima, autor/a del trabajo de titulación "La Responsabilidad Integral desde la doctrina civil en el Ecuador en los juicios de Daño Moral: Análisis del proceso judicial Nro. 17230-2018-05996, seguido por F.W.C.A. VS BANCO PICHINCHA C.A.", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor/a.

Cuenca, 08 de marzo de 2022.

Yessenia Elizabeth Ullaguari Yuquilima.

C.I: 0105866644.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Dedicatoria

A Dios: Todo lo que soy y tengo se lo debo a él, a sus bendiciones.

A mis padres Teresa y Alejandro: Son mi razón de ser y mi motivación.

A mis hermanos Jorge, Sandra y Edisson: Sin imaginarlo, han sido mi apoyo fundamental, el apoyo moral que he necesitado.

A mis amuletos de la suerte, quienes me han enseñado a ser un mejor ser humano.



Agradecimiento

Agradezco a Dios por permitirme cumplir uno de mis sueños más anhelados.

A mi tutor, Dr. Juan Cristóbal Piedra, por haberme dado la oportunidad de realizar este trabajo bajo su guía, experiencia, sabiduría y rectitud que siempre lo ha caracterizado. Por haberme compartido sus valiosos conocimientos para que pueda llegar a culminar el presente trabajo de titulación. Mi mayor admiración para un gran ser humano y un excelente profesional.

A la Universidad de Cuenca, y de manera muy especial a la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales por haberme acogido por años en sus aulas, gracias por haberme permitido formar parte de tan prestigiosa institución.

A mis padres, por haberme apoyado en cada uno de mis propósitos, por procurar que me sienta realizada, por nunca haberme dejado sola y por haberme enseñado que el estudio es una de las herramientas más importantes en la vida. Gracias a mi mami que siempre estuvo conmigo, que reconoció los momentos exactos para acogerme en sus brazos, para darme palabras de aliento y ayudarme a levantarme en momentos de debilidad. A mi papi, quien a pesar de la distancia ha sabido buscar la manera para estar presente en cada momento de mi vida y procurar que sea una persona de bien, leal, agradecida y luchadora. Es un orgullo y privilegio ser su hija.

A mis hermanos, cuñada y sobrinos por apoyarme siempre, por sentir mis logros como los suyos propios y por ser mi inspiración. Gracias a mi hermanita Sandra por ser mi mejor amiga.

A mis amigos incondicionales: Jenny, María Dolores, Claudia, Adriana, José Luis y Patricio, por haberme regalado momentos de plena felicidad y por haber sido la mejor compañía durante nuestra vida universitaria. De manera muy especial agradezco a Felipe por todos sus gestos de amor y paciencia hacia mí, por haber estado a mi lado respaldándome en cada decisión, por alegrarse de mis logros alcanzados por más pequeños que sean, gracias por estar en mi vida y enseñarme el significado de la lealtad.

Gracias a Dios y a la vida.



INTRODUCCIÓN

La responsabilidad Civil constituye el deber de responder frente a aquellos daños que se han ocasionado como consecuencia inmediata de un hecho antijurídico, de la existencia de un daño o perjuicio, de la culpa y de un nexo causal entre el hecho antijurídico y el daño o perjuicio originado.

Dicho daño tendrá que ser directo, actual, cierto y antijurídico para que pueda ser indemnizable pues no todo daño puede ser sujeto a indemnización o reparación, sea este patrimonial o extrapatrimonial.

Si nos referimos a la responsabilidad civil contractual, es necesario que para que se configure la misma, se infrinja una relación jurídica preestablecida pues su origen y razón de ser constituyen un acuerdo de voluntades. Por otro lado, la responsabilidad civil extracontractual o delictual es aquella que se genera por la falta de una obligación o relación jurídica determinada, tiene su fuente en el delito y cuasidelito.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano garantiza la reparación por daños que la víctima ha sufrido pues se pretende responder ante la situación de angustia, perturbación emocional y afectiva que está soportando por un hecho antijurídico. Es así que, la reparación integral actúa para conseguir alcances mucho más profundos pues para llegar a ella no se pretende únicamente una indemnización económica sino una verdadera reparación que abarque diferentes medidas tales como: la restitución, rehabilitación, indemnización por daños materiales o inmateriales, medidas de satisfacción o simbólicas y garantías de no repetición.

Dentro del presente estudio, se analizará el proceso judicial Nro. 17230-2018-05996 seguido por Francisco Walter Calozuma Armijos en contra del Banco Pichincha C.A., por Daños y Perjuicios y Daño Moral en la Unidad Judicial Civil con sede en la parroquia Ñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha. Para ello, el presente trabajo está estructurado de la siguiente manera:



El primero capítulo, bajo el nombre de **“RESPONSABILIDAD CIVIL, EL DAÑO MORAL Y LA REPARACIÓN INTEGRAL”** abarca las generalidades de la responsabilidad civil, misma que puede ser contractual y extracontractual, los sistemas de dicha responsabilidad y los elementos necesarios para estar frente a una responsabilidad civil subjetiva pues como sabemos tendrá que existir un hecho antijurídico, un perjuicio o daño, la culpa y el nexo de causalidad. Además, trataremos sobre los elementos del daño, esto debido a que el mismo tiene que ser actual, directo, cierto y antijurídico.

De igual manera, es de suma importancia que tengamos claro el panorama con respecto al daño, razón por la cual citaremos determinados conceptos sobre el daño moral, mismos que han ido estructurándose de diferente manera a lo largo de la historia, tal como ha sucedido con su naturaleza, entendiendo que el daño moral puede ser de carácter objetivo y subjetivo. Es pertinente y necesario tratar y profundizar sobre la reparación del daño moral, sobre los diferentes mecanismos de una reparación integral a la víctima, mismos que no únicamente conllevan una retribución económica puesto que el daño moral como tal se expresa en el interior de la conciencia y del ser de la víctima alejándola de un verdadero estado compensatorio.

En el segundo capítulo, bajo la denominación **“ANÁLISIS DE LA SENTENCIA EMITIDA POR EL JUEZ DE LA UNIDAD JUDICIAL CIVIL, EL TRIBUNAL DE LA SALA CIVIL Y MERCANTIL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA Y POR EL TRIBUNAL DE LA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA EN EL PROCESO JUDICIAL NRO. 17230-2018-05996”** se analizarán los particularidades del caso en mención, es decir, las argumentaciones que fueron presentadas por las partes procesales, las pruebas que sirvieron de sustento para justificar sus pretensiones y el cumplimiento de los parámetros necesarios para que se configure la existencia del daño moral y la obligación de la institución financiera de responder frente a aquellos daños y la decisión final adoptada en primera, segunda instancia y casación, sin dejar a un lado el análisis emitido dentro del voto salvado.

Finalmente, se procederá a emitir las respectivas conclusiones y recomendaciones, mismas que estarán dirigidas a plantear determinados lineamientos que deberían ser corregidos para estar frente a un debido proceso que conlleve una verdadera reparación a la persona de manera inmediata y eficiente.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

CAPÍTULO 1.

RESPONSABILIDAD CIVIL, EL DAÑO MORAL Y LA REPARACIÓN INTEGRAL: NOCIONES GENERALES.



1.1 Responsabilidad Civil.

La palabra responsabilidad proviene del vocablo responderé, que significa “prometer, pagar. Se dice que sus precedentes en el contexto civil datan de la época de la ley del Talión y de la ley Aquilia.” (Alvarado Moncada, 2018, pág. 11)

Guillermo Cabanellas de Torres define a la responsabilidad como “una deuda, obligación de reparar y satisfacer, por si o por otro, a consecuencia de delito, culpa o de otra causa legal.” (Cabanellas de Torres, 2012, pág. 333) Es decir, la responsabilidad es la forma para reparar los daños ocasionados.

La responsabilidad civil es aquella que proviene de un acto u omisión que causa daño a otra persona, un detrimento, perjuicio o menoscabo que sufre un individuo en su persona, bienes, derecho o intereses. También puede ser entendida como la sujeción a una sanción impuesta por el cometimiento de un ilícito, que puede ser penal o civil.

Un sector de la doctrina llama a la Responsabilidad Civil como “Derecho de Daños”. Se procura la reparación o indemnización que deberá ser integral, con un equilibrio que existía entre el patrimonio del autor del daño y el patrimonio de la víctima antes de sufrir el daño.

La responsabilidad civil posee un aspecto preventivo pues es necesario actuar con prudencia para evitar comprometer su responsabilidad y un aspecto punitivo de pena pecuniaria. Para que se configure la misma es indispensable que se haya causado un daño, definido como un detrimento, perjuicio o menoscabo que sufre un individuo en su persona, bienes, derechos o intereses.

1.2 Clases de Responsabilidad Civil.

La responsabilidad civil puede ser:

1.2.1 Contractual: Es aquella que se deriva de un incumplimiento de una obligación previamente establecida. Constituye una inexecución total o parcial, imperfecta o tardía de la obligación estipulada por las partes contratantes, se trata de una compensación del agravio resultante de la inexecución, en este caso, se infringe una relación jurídica preestablecida, siempre que se generen daños que tendrán que ser probados ya que el mero incumplimiento no da derecho a ser reparado.



En esta clase de responsabilidad, la reparación es entendida como la compensación del agravio resultante de la inejecución.

1.2.2 Extracontractual o Delictual: Tiene su fuente en un delito (dolo) o cuasidelito (culpa) civil, es decir, en un hecho ilícito intencional o inintencional, que ha inferido injuria o daño a la persona o propiedad de otro. Es aquella que se genera a falta de un contrato, de una obligación o relación jurídica determinada, se origina por un hecho cualquiera por el solo deber de no provocar daño a nadie y en el caso de estar frente al mismo, la víctima tendrá que ser indemnizada por aquello.

El Código Civil Ecuatoriano, en su artículo 2214 prescribe lo siguiente: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.” (CC, 2005)

Es decir, el hecho ilícito acarrea inmediatamente la obligación de indemnizar a la víctima por los resultados dañosos que ha soportado.

La ex primera Sala de lo Civil en la sentencia Nro. 79-2003 publicada en el manifestó que es necesario que concurren determinados elementos dentro de la responsabilidad civil extracontractual y el consecuente derecho a la víctima a ser indemnizada, tales como:

“QUE EL HECHO O ACTO SEA CONTRARIO A LAS NORMAS LEGALES O REGLAMENTARIAS: si no se acredita la ilicitud en el actuar de la persona, la misma no puede ser condenada a reparar los daños patrimoniales o morales que pudo haber sufrido la víctima. El deber de reparar el daño moral nace de la comisión de un acto ilícito.

QUE HAYA DOLO, CULPA U OTRO FACTOR DETERMINADO POR LA LEY: al respecto, la primera Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia Nro. 229-2002, publicada en el R.O. Nro. 42, el 19 de marzo de 2003 en su punto Vigésimo indica que: la responsabilidad civil extracontractual, en la legislación ecuatoriana, es en esencia subjetiva, requiere la presencia de la culpabilidad pues este es un elemento indispensable para su configuración ya que presupone la relación existente entre la voluntad del sujeto y su acto. Hablamos de dolo cuando la persona desea el acto y sus consecuencias (normas previsibles) por otro lado, nos referimos a la culpa cuando el agente causa un daño sin el propósito de hacerlo, obrando con prudencia, negligencia o impericia.



QUE EXISTA DAÑO PATRIMONIAL O MORAL: es necesario que se configure un daño o perjuicio para que surja la obligación de ser reparado. Los daños pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales.

QUE MEDIE UN NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE EL HECHO O ACTO ILÍCITO Y EL DAÑO: la relación de causalidad es de vital importancia pues del hecho ilícito que se ha efectuado nace el daño y consecuentemente su reparación.” (Corte Suprema de Justicia, 2003)

1.3 Sistemas de Responsabilidad Civil.

1.3.1 Objetiva: Esta teoría no se basa en la culpa, se elimina este requisito y los únicos requisitos a los que se refiere son el daño y el nexo causal. Dentro de esta teoría no interesa el hecho que produjo el daño, lo que interesa es que exista el daño. La persona que ha provocado el daño tiene la obligación de compensarlo, sin tener en cuenta si es culpable o no.

1.3.2 Subjetiva: Adoptada por nuestra legislación. Requiere la presencia de la culpa para que se configure la responsabilidad civil. Los daños ocasionados han sido derivados de la acción humana.

1.4 Elementos de la Responsabilidad Civil Subjetiva.

Hecho: Se refiere a su categoría, es decir, este hecho debe ser antijurídico, contrario a las normas, al orden público o a las buenas costumbres.

Cuando nos referimos a los hechos pueden existir dos actos tales como acciones u omisiones. El hecho deberá ser imputable al ser humano, el acto u omisión deberá ser con consentimiento mismo que no tiene que estar viciado además de ser ilícito. En la legislación ecuatoriana, se requiere de la voluntad como elemento indispensable para que exista un acto, es necesario que el acto tenga consentimiento y que el mismo no este viciado.

Perjuicio o Daño: Está concentrado en la autonomía del daño (a través de ella podremos tener clara la pretensión, los medios probatorios y la determinación de la cuantía), es decir, se tiene que analizar qué tipo de derecho ha sido vulnerado y lo que le permite exigir al responsable, para saber que puede pretender como medios de reparación. Tendrá que existir daño a los intereses de una persona. Este es uno de los elementos centrales de la



responsabilidad civil, deberá existir un daño a los intereses de una persona, tanto a sus intereses patrimoniales como extrapatrimoniales.

Aquí hablamos de dos tipos de daños susceptibles de ser reparados, tales como:

DAÑOS PATRIMONIALES: Son aquellos que afectan los intereses de naturaleza económica, esta afección puede presentarse de manera total o parcial en el patrimonio.

Los derechos patrimoniales ostentan un contenido de índole económico, mismos que otorgan una utilidad para su titular que puede ser apreciado en dinero, razón por la cual son transferibles, prescriptibles y renunciables. Una vulneración a un derecho patrimonial sería producida por una lesión, menoscabo que afecte de manera directa el bien objeto del derecho, afectándolo de manera total o parcial y se esta manera, afectar el patrimonio del sujeto titular del bien.

Se pueden configurar dos tipos de perjuicios que son: daño emergente y el lucro cesante.

El **daño emergente** hace referencia a la afectación directa al patrimonio, provocando que este se vea reducido como consecuencia inmediata del daño producido. Se da un empobrecimiento del contenido económico del sujeto titular del bien.

El **lucro cesante** se refiere a la utilidad que la víctima dejó de percibir como consecuencia del hecho antijurídico. Hay una privación, cadencia de un enriquecimiento patrimonial impedido de obtener las ganancias por haber sufrido la situación dañosa; se genera una privación de utilidad económica que genera el bien o derecho vulnerado, es un valor que no ingresa al patrimonio de la víctima, afecta el beneficio pecuniario recibido y altera el patrimonio de su titular. Es necesario que exista una cierta probabilidad objetiva que resulte del decurso normal de las cosas y circunstancias especiales del caso concreto.

Dentro de una acción judicial, los componentes del daño patrimonial son los siguientes:

1. La existencia de los daños.
2. Que el demandado es el causante de los daños.
3. El monto al que ascienden los perjuicios (daño emergente, lucro cesante).



En cuanto al daño emergente y el lucro cesante, el Código Civil ecuatoriano, en su artículo 1572 prescribe lo siguiente:

“La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.” (CC, 2005)

DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES: Son los bienes jurídicos carentes de apreciación económica, afecta los rangos personales, el sufrimiento. Los daños recaen sobre intereses inmateriales del sujeto.

Los derechos extrapatrimoniales, por su parte, son un conjunto de bienes jurídicos que se caracterizan por ser carentes de apreciación económica, son valores de naturaleza subjetiva, con ausencia de valoración pecuniaria, sin embargo, poseen una gran trascendencia social (vitales para la organización del hombre: libertad, integridad, honra y reputación), cultural y moral. Estos derechos son inalienables, no pueden ser enajenados, imprescriptibles, no pueden ser objeto de renuncia ni transferencia.

Una transgresión a un derecho extrapatrimonial afecta a la víctima principalmente en el campo de sus sentimientos personales, produciendo un sufrimiento que resulta casi imposible de determinar.

Cuando hablamos de esta clase de daños estamos frente al daño a la persona, daño moral y otros, que hacen referencia a la vulneración a un daño extrapatrimonial, que son:

1. El **daño a la persona** se refiere al daño a la integridad física de la persona, es la conjugación mixta del perjuicio material y moral puesto que todo daño corporal afecta al patrimonio y a los sentimientos de la víctima.

“Implica la afectación a las funciones vitales del ser humano, es el daño en el bienestar psíquico, físico, social y familiar de la persona, es decir contiene las alteraciones que se pueden provocar en la integridad psicofísica del ser humano.” (Consejo de Estado - Colombia, 2012)

Tiene componentes objetivo y subjetivo; el primero busca implantar la proporcionalidad entre reparación y gravedad de la violación, o, en otras palabras, con un certificado otorgado por un médico que contenga el porcentaje de daño.



De esta manera, el daño a la salud pretende asignar un resarcimiento proporcional con el monto de daño.

Tiene su fundamento en los principios constitucionales de igualdad y dignidad humana, por tanto, su compensación no puede ser considerado como un valor monetario en sí misma, sino que su reparación va más allá.

2. El **daño moral** es la vulneración a un derecho extrapatrimonial, de índole subjetivo cuando la vulneración ha sido a un derecho extrapatrimonial *per se* y de índole objetivo cuando la vulneración de un derecho extrapatrimonial recae en el patrimonio, tiene repercusión económica. Vulnera los derechos de personalidad tales como: integridad, imagen, estética, pudor, creencias, honor, libertades individuales, derechos a la familia, cívicos, políticos.

El daño moral es un perjuicio o alteración a la psiquis, modifica su capacidad de entender, querer o sentir, llega a alterar sus facultades mentales, espirituales o su inteligencia emocional cambiando su modo de ser.

Es así que, el Código Civil, en su artículo 2232 establece que:

“(...) se podrá demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta. Están obligados a reparar a la víctima quienes manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes. La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias ya mencionadas.” (CC, 2005)

3. Otros: También dentro de aquella división y tomándola como guía nos aventuramos a hacer distinciones necesarias que van de la de la mano con la categorización anterior, tales como:

Daño al proyecto de vida.



Anteriormente mencionado, la jurisprudencia del sistema interamericano ha hallado maneras de dar pleno perfeccionamiento al principio de “reparación integral”, siendo así, surge el daño al proyecto de vida que como lo identifica la Corte IDH, se trata de una generalidad distinta del “daño emergente” y el “lucro cesante”.

En otros términos, el “daño al proyecto de vida”, entendido como una expectativa accesible y razonable, implica el grave menoscabo o la pérdida de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o escasamente reparable”.

Dignidad Humana.

Este principio se constituye como un fundamento jurídico de la responsabilidad que tiene como finalidad conseguir que la normativa vigente busque proteger la dignidad humana en todas sus formas. Se reformula el derecho a la responsabilidad para orientarlo como un instrumento de reparación a la víctima, a través de la restitución de su lesión sufrida.

Daños a colectivos sociales.

Estos tipos de daños son reconocidos por la Corte en relación con las vulneraciones derivadas de violaciones y que tienen su repercusión de manera personal en una población determinada o grupo social. Se trata principalmente de casos de “violación de derechos de pueblos indígenas y tribales, masacres u otras, pero en masa.” (Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs Nicaragua, 2001)

Interés protegido

La realidad jurisprudencial reinante, es un derecho extrapatrimonial protegido, la víctima del ilícito no tiene mayores inconvenientes al solicitar una compensación monetaria cuando han sido vulnerados, como consecuencia de la extensión del concepto y la estructura abierta con que los tribunales encierran el perjuicio.

En ese sentido, la jurisprudencia chilena define, aunque en el plano del derecho del consumo, lo que entiende por daño moral es:

“(...) todo menoscabo o detrimento no patrimonial que afecta la integridad psíquica del individuo, como la alteración en la tranquilidad de espíritu, *molestias personales*,



inversión de tiempo en la solución de un problema, no cumpliendo de expectativas ofrecidas, impotencia, frustración o enojo a causa de un mal servicio. Denota un concepto amplio, cuya expresión es una idea general de afectación del individuo sin limitar las condiciones en donde opera, ni los requisitos para considerarlo un daño indemnizatorio.” (Corte de Apelaciones de Concepción, 1965)

A nivel colectivo, cuando se trata de determinados derechos o intereses, la sociedad entiende que siempre existe un sesgo moral jurídicamente reparable. Por ejemplo, cuando el bien afectado es la integridad psíquica y física, la vida, la salud u otros de similar naturaleza.

Estos bienes legales no tienen valor económico real, pero las víctimas creen que es necesario ceder los bienes para poder entablar una demanda por daños y perjuicios haciéndolo de manera subjetiva, dependiendo de factores; entre económicos, sociales, laborales, etc.

Frente a estas infracciones, y debido a la expansión del concepto de perjuicio moral, existen otro tipo de intereses o derechos que no han producido el mismo impacto social, y la subjetividad es considerada como el mayor brillo. Se trata por ejemplo de lo que la jurisprudencia denomina como “pesar”, “molestias”, “disgusto” u otros términos de similar concepción examinados desde dos bordes: derecho de contratos y derecho de daños, tales como:

Derecho de contratos

La problemática ha sido desarrollada mayormente en el ámbito de la responsabilidad contractual, donde juegan un rol importante las nociones de previsibilidad, causalidad y el daño moral. Esto se debe a discusiones inquietantes sobre si se pueden generar contratos con contenido completamente monetario (una vez ocurrido su inobservancia) un daño moral de carácter jurídico y que sea resarcible y, como categoría específica, la aceptación de las molestias por el incumplimiento.

Luego de una larga disputa según que suscitó en nuestro país durante la segunda mitad del siglo XX, “(...) la jurisprudencia se encuentra conforme a la procedencia de esta partida indemnizatoria en el derecho de contratos. Empero, el problema subsiste no desde la



óptica de “procedencia” sino de la conceptualización de la delimitación del perjuicio y su reparación.” (Tavolari, 2009, pág. 146)

En la actualidad y luego de varios fallos, “(...) la jurisprudencia (aceptando de forma general la indemnización por daños extrapatrimoniales en los contratos) ha ejecutado un ensayo de conceptualización de carácter extensivo y poco trabajado en límites.” (Corte de Apelaciones de Concepción - Chile, 2006)

Muchos refieren las molestias por incumplimiento como fuente de indemnización, el término molestias, puede no ser el causante de la distorsión, sino la falta de especificación de circunstancias sobre las cuales recae el incumplimiento, es decir, cómo afecta y en qué grado a la víctima. Estas circunstancias carecen de una calificación judicial que impide demarcar lo que es daño moral.

Los tribunales de justicia pretenden dar absoluta aplicación al principio de reparación integral del daño a favor de la víctima.

Empero, consideramos que está sujeta a contextos que la hacen viable en la práctica, y dependen de circunstancias concretas sobre las que se ha desarrollado el contrato, el incumplimiento y el daño, a modo que estos sean factores de ayuda al razonamiento judicial, adjudicación de derechos y obligaciones entre las partes litigantes.

Derecho de daños

En cuanto a la responsabilidad extracontractual, los daños se refieren generalmente al interior de la persona, siendo el problema medular, el abuso de la discrecional del juzgador para fijar la compensación que, por argumentos distintos a la equidad en algunos casos no se otorga.

Más adelante, cuando el perjuicio concibe a zozobras, disgusto, frustración, molestias, etc., es difícil confirmar si se está en presencia de un daño moral resarcible jurídicamente, no por su tenor, sino por su uso desmedidamente discrecional por los tribunales de justicia, sin fundamentos y limitaciones.



“Este escenario se produce a causa de la no delimitación de figura jurídica del daño moral, sino sólo un concepto amplio, abierto, que concibe en ciertos casos al lucro sobre el reclamo de una injusticia, lo cual es completamente distinto a su espíritu.” (Linacero de la Fuente, 2010, pág. 1560)

Por consiguiente, consideramos que los intereses, bienes de la víctima y su posterior daño pueden ser limitados si la interacción dañosa es estructurada de acuerdo con el estándar de justicia de distribución, donde se pueda determinar el contenido a reclamar y, una vez determinado, se puede realizar la correspondiente indemnización.

- **Delimitación del daño moral contractual**

Respecto del daño moral contractual, debemos destacar las enumeraciones de las anotaciones realizadas por la Corte Suprema de Chile donde se analizó los argumentos articulados normalmente con base en dos elementos: “previsibilidad y la entidad del daño” (Rodríguez Guitán, 2008, págs. 156-157)

Una sentencia de la Excma: Corte Suprema de Chile, topa el incumplimiento de contrato de custodia de vehículo (estacionamiento), despliega “la procedencia de la indemnización del daño moral contractual, restringiendo el tema a la demarcación, es decir los casos procedentes y cuando no frente a un contrato.” (Corte Suprema de Chile, 2012)

El considerando 10º de este fallo señala lo siguiente:

“DÉCIMO: Que estima este tribunal de casación que para analizar la procedencia del daño moral por la infracción de un contrato, no es suficiente, para descartar, la mera constatación de que la convención, por su naturaleza, no protege intereses extra patrimoniales o comprende intereses que claramente pueden afectar a la personalidad del sujeto, sino que es menester detenerse en las particulares circunstancias y características en que se celebró el que vincula a las partes, pues de ellas fluirá la posibilidad de que la mencionada infracción provoque un daño extra patrimonial.” (Corte Suprema de Chile, 2012)



Inferimos que el contenido de un contrato no determina anticipadamente los daños extrapatrimoniales resarcibles, sino a atender las características, en virtud de las cuales se podrá colegir si el incumplimiento contractual genera un daño moral.

A su vez, señala en el considerando undécimo, lo siguiente:

“Tampoco cabe desconocer que para la contraparte de quien contrata la custodia del vehículo es plenamente previsible suponer que el deterioro o robo en éste, que configura el incumplimiento de obligación, va a causar la molestia o aflicción que antes se mencionaba.” (Corte Suprema de Chile, 2012)

Últimamente, en el considerando duodécimo, señala:

“DUODÉCIMO: Que por las consideraciones que anteceden, estima esta Corte Suprema que en el contrato específico a que se ha hecho referencia, el incumplimiento de la obligación contraída por la sociedad concesionaria era idóneo para provocar daños patrimoniales y extra patrimoniales, siendo menester concluir, en relación con estos últimos, que procede su indemnización toda vez que el incumplimiento era imputable a culpa de dicha concesionaria, que el deudor se encuentra en mora, que la ocurrencia de los mismos era previsible al tiempo de contratar y que surgen como consecuencia inmediata y directa de tal infracción, lo que permite atribuirle las calidades de daños previstos y directos, respectivamente.” (Corte Suprema de Chile, 2012)

El análisis de la Corte Suprema en este aspecto resulta importante, toda vez que la acción indemnizatoria que abarca el daño moral no dependerá de la naturaleza o contenido de la prestación contractual. Es decir, la acción de indemnización de perjuicios por daños extrapatrimoniales no está subordinada al contenido prestacional del contrato, por lo que, al margen de si este protege intereses de carácter patrimonial o extrapatrimonial, pero resultan previsibles para el deudor aplicando un criterio de razonabilidad, deberán ser indemnizados.

No obstante existir un razonamiento pro víctima que permite a la Corte Suprema concluir que:

“prácticamente todos los incumplimientos generan daño moral (dada la amplia conceptualización de este y que además en todos los contratos sería medianamente



previsible la ocurrencia de un perjuicio extrapatrimonial, igualmente) esta solución no está lejos generar serios cuestionamientos a nivel de la función del contrato y la protección de los intereses de las partes.” (Corte Suprema de Justicia, 2003)

Una parte procesal y la jueza de la sala coincidieron que la procedencia de la indemnización del daño moral por incumplimiento contractual es un tema que no se discute, este no procede de forma absoluta:

“(…) pues la naturaleza y el tipo específico de contrato serán relevantes a la hora de determinar si el menoscabo moral que se pretende derivado del incumplimiento de una obligación determinada resultaba o no previsible para los contratantes, es decir, si el acreedor de la indemnización que se demanda tomó a su cargo el riesgo de lesionar intereses extrapatrimoniales de su contraparte” (Corte Nacional de Justicia, 2012)

Atañen que la previsibilidad en daño moral contractual contiene dos fuentes, “la primera la naturaleza de la obligación contraída, en la medida que se refiera a intereses extrapatrimoniales; y la segunda, las condiciones que encierran la celebración del contrato¹” (Corte Nacional de Justicia, 2012)

Culpa: Es necesario evaluar las circunstancias y la gravedad porque en función de estas se tendrá que ordenar la obligación de dar, hacer y no hacer puesto que no se puede concebir responsabilidad sin culpa.

El Código Civil en su artículo 29 distingue tres especies de culpa o descuido:

“culpa grave (es aquella que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios, esta culpa, en materia civil equivale a dolo) , culpa leve (hace referencia a la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios) y la culpa o descuido levísimo (es la falta de aquella esmerada diligencia

¹ La previsibilidad del daño podrá provenir de la propia naturaleza de la obligación contraída, si ella está directamente vinculada con intereses extra pecuniarios, o de las circunstancias que rodean la celebración del contrato si estas conducen natural y razonablemente a suponer que el incumplimiento contractual acarrearán consecuencias de orden extrapatrimonial (Considerando 4º).



que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes).” (CC, 2005)

Nexo causal: Es la relación entre el hecho y el daño o perjuicio. El daño llega a ser la consecuencia del hecho antijurídico, deberá existir una causa directa y necesaria del daño, independientemente si el daño pueda ser atribuible a una pluralidad de causas, de tal forma que, si una de ellas hubiere faltado, no se hubiera llegado a producir el daño.

1.5 Elementos del Daño.

Para que el daño sea indemnizable, es necesario que concurren determinados elementos tales como:

1. **Directo:** Necesariamente deberá ser una consecuencia inmediata de la inejecución de la obligación, situación que tiene relación directa con el nexo causal.

Para que nazca la obligación de indemnizar es necesaria la existencia de un daño cierto, jurídico e indemnizable, sea este patrimonial o moral.

Para Gil Barragán Romero:

“La causa eficiente del daño moral es un delito o cuasidelito y que le son aplicables los principios sobre la responsabilidad delictual y cuasidelictual, con las diferencias propias de su naturaleza. El daño es jurídico y será reparable cuando sea cierto, la certeza de su existencia es un presupuesto indispensable, su existencia debe ser probada ya que aquellos daños que son hipotéticos o eventuales no son resarcibles, es necesaria la prueba del perjuicio real y efectivamente sufrido.” (Barragán Romero, 1995)

2. **Actual:** El daño debe existir al momento de que se formule una demanda, debe constar cuando el mismo vaya a ser resarcido, aunque existe la posibilidad de que un perjuicio o daño sea futuro siempre y cuando éste llegue a suscitarse.

3. **Cierto:** El daño o perjuicio tendrá que ser real, que se haya provocado un detrimento o menoscabo y que una vez generado, se le otorgue a la persona que lo sufrió su facultar de repararlo.



4. **Antijurídico:** Es indispensable que se produzca una lesión o un interés de tutela jurídicamente protegido que la víctima no haya tenido la obligación de soportarlo. La antijuridicidad se refiere también al daño a un interés legítimo.

1.6 Noción etimológica del daño.

La palabra “daño” tiene amplios significados. Como primer concepto revisaremos lo que nos indica el Diccionario de la Real Academia Española, señalando la etimología de la palabra *daño* “proveniente del latín *damnum*, que significa “efecto de dañar, perjuicio, menoscabo. Delito consistente en causar daños de manera deliberada a la propiedad ajena”. Refiriéndose a la afectación a una persona, y sobre todo el daño a su patrimonio.” (RAE, 2021)

El daño moral o *pretium doloris*, es importante ya que ciñe las relaciones que tuvieron las diversas doctrinas de finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, mismas que fijaron rumbos distintos al tema del daño moral.

Las doctrinas fueron de diferente orden; algunas aludían al carácter material de los derechos que componían el patrimonio, en cambio otras le aplicaron a la noción de daño moral un matiz moralista e incluso el carácter de invaluable.

Es un prodigio que ha desencadenado institucionalmente codificaciones o regulaciones, algunos dirigidos hacia una idea de daño moral, en otros confundiendo con distintos tipos de daños y, en algunos casos, concretando una autonomía a su noción y a su valor pecuniario.

En los comienzos del siglo XX se dividió el daño: en patrimonial y extrapatrimonial, incluyendo al daño moral o *pretium doloris* en la última categoría sin hacer mayor distinción.

Tomando el daño moral en cualquier evento que esté fuera de la categoría patrimonial o material.

El Cuerpo Legislativo Francés, en su artículo 1382²: decía Mazeaud:

² El artículo 1382 del Código Civil prescribe lo siguiente: “Todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a repararlo a aquel por culpa del cual ha sucedido”.



“Esta disposición abraza en su vasta amplitud, todos los géneros de daños (...), incluyendo el daño moral. De otro lado, planteaba Bertrand De Greuille, para enfatizar que no se admitía el perjuicio moral dentro de la categoría de daño del artículo 1382 del Código Civil francés, señalando que: todo individuo es garante de su hecho; ...de donde se sigue que, si ese hecho le causa a otro cualquier daño, es preciso que esté obligado a repararlo aquél por cuya culpa ha sucedido” (Mazeaud & Mazeaud, 2005, pág. 294)

Se puede concluir que los autores Mazeaud y Greuille, igualan la concepción de daño moral con la de daño extrapatrimonial. No obstante, dejaron plasmado un principio de diferenciación, cuando distinguieron o subclasificaron el patrimonio moral, según su afectación, en dos categorías: el que mira a la parte social del patrimonio moral (de contenido material) y el que mira a la parte afectiva del patrimonio moral (que se relaciona con el pesar experimentado con la muerte de una persona).

1.7 Funciones del derecho de daños.

| | |
|---|--|
| FUNCIÓN DEMARCATORIA | <ul style="list-style-type: none">● Traza las fronteras o líneas divisorias entre los ámbitos de libertad de las personas.● La regla de la responsabilidad además de imponer la consecuencia de que una persona debe pagar una indemnización a otra, señala hasta dónde llega el ámbito de libertad de la víctima del daño sufrido. |
| FUNCIÓN COMPENSATORIA | <ul style="list-style-type: none">● Pretende ofrecer una compensación o reparación a las víctimas de los daños, condenando al causante del daño a pagar a su víctima.● Su función es determinar en qué condiciones las víctimas serán compensadas. |
| FUNCIÓN PREVENTIVA | <ul style="list-style-type: none">● Es un instrumento para inducir al comportamiento adecuado a los individuos para reducir la probabilidad y gravedad de las infracciones o delitos.● Las decisiones tomadas deberán ser las socialmente deseadas y que se sitúan en un punto de equilibrio entre lo que cuesta reducir el riesgo y el beneficio que se obtiene con la precaución. |
| FUNCIÓN SANCIONATORIA DISTRIBUTIVA | Y <ul style="list-style-type: none">● La función sancionatoria constituye una sanción por no haber observado el tipo de conducta.● Por su parte, la función distributiva se refiere a que el riesgo producido no solo deberá ser pagado por una |



| | | |
|--------------------------------|-----------|--|
| | | persona, sino que existe una distribución de cómo se podría asumir el riesgo. Traspaso de responsabilidad de la víctima a quien provocó el daño. |
| FUNCIÓN DE SATISFACCIÓN | DE | <ul style="list-style-type: none">• La víctima se siente resarcida por el daño sufrido. |

1.8. Definiciones de daño moral.

Se expondrán varios conceptos o definiciones de autores que se ajustan a nuestro estudio:

El daño moral es una especie de daño que recoge un “ataque o lesión a los derechos extrapatrimoniales” o “la violación de uno o varios de los derechos inherentes a la personalidad de un sujeto de derecho.” (Brebbia, 1967)

El concepto de daño moral “no está sujeto a interferencia de orden económico, por lo que se excluyen las repercusiones patrimoniales y por ello son de contenido patrimonial indirecto.” (García López, 1990)

Adriano De Cupis manifiesta que el daño “no es nada más que el perjuicio, es decir, la aminoración o alteración de una situación favorable. (De Cupis, 2020)”³

El concepto daño moral “(...) no tiene un significado concreto y particular puesto que se integra de un conjunto muy heterogéneo de supuestos o hipótesis de daños, que además tienen la característica de irse renovando constantemente tanto a nivel jurisprudencial como dogmático.” (Barrientos Zamorano, 2008)

³ Cabe distinguir el daño como hecho jurídico, del daño entendido simplemente como fenómeno del orden físico. Literalmente en su definición manifestó: «*La vita quotidiana offre all'osservatore anche il piú distratto lo spettacolo di una serie molteplice e varia di danni. Danno null'altro significa che «nocumento o pregiudizio», vale a dire annientamento o alterazione di una condizione favorevole»* (pág. 5); LLAMAS POMBO, E., Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor, Trivium, Madrid, 1999, pág. 143, manifiesta que «toda pérdida actual o futura, toda diferencia introducida en el patrimonio del acreedor (o de la víctima, si se trata de responsabilidad extracontractual), constituye daño, y debe ser indemnizada, con tal de que exista un nexo causal entre el daño producido y el hecho que obliga a indemnizar».



Eduardo Zannoni define al daño en razón de su efecto o sea resarcir todo aquello que se haya producido y define un presupuesto o componente indispensable para la responsabilidad civil; así, recoge al daño es “uno de los presupuestos de la obligación de resarcir” (Zannoni, 2005)

Para Zannoni la concepción de daño es “apto para designar todo menoscabo patrimonial y no patrimonial.⁴ El primero vincula la noción de menoscabo, lesión o agravio al concepto de patrimonio,⁵ entendido este como una universalidad constituida por el conjunto de bienes, derechos y obligaciones de una persona.” (Zannoni, 2005)

Así mismo el autor Volochinsky lo define al daño como:

“Todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y sus bienes, la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial. No implica, necesariamente, la pérdida de un derecho, sino que basta que la víctima haya sido privada de una legítima ventaja.” (Volochinsky, 2002, pág. 177)

El doctor José García enseña un concepto más amplio del daño moral:

“Es aquella especie de agravio implicado con la violación de alguno de los derechos personalísimos sea de sus derechos subjetivos que protegen como bien jurídico las “facultades” o “presupuestos” de la personalidad, la paz, la tranquilidad de espíritu, la vida íntima o derecho de privacidad, la libertad individual, la integridad física, el honor, la honra de la persona etc. (...).” (García Falconí, 2008)

1.9. Naturaleza del daño moral.

El daño moral es el resultado del desconocimiento de su dignidad humana⁶, de la humillación que se somete a la víctima, dolor y sufrimiento que se le provoca como consecuencia de una violación de sus derechos.

⁴ Ibídem, p. 23

⁵ Ibídem, p. 59

⁶ La dignidad humana es entendida como el fundamento jurídico, político y filosófico de la responsabilidad. La persona es el fin en sí mismo, es decir, no puede ser utilizado como medio para los fines de otros. En virtud de este principio, la responsabilidad es entendida como un instrumento de reparación a favor de la víctima.



Diego Piedra advierte que:

“La dignidad humana adquiere una preponderancia que va más allá de una prescripción moral o deontológica, alcanza categorías de principios que persiguen un fin de mejoramiento de condiciones de las personas en término de igualdad y de libre desarrollo de la personalidad, así como también se erige como un derecho en estricto en estricto sentido, que en el caso ecuatoriano y hablando de la Convención Americana de Derechos Humanos, forma parte del bloque de constitucionalidad.” (Piedra, 2020, pág. 36)

La Corte IDH⁷ considera que:

Resulta evidente cuando la víctima es sometida a agresiones y vejámenes de magnitud considerable lo que conlleva un sufrimiento moral” y por estima que no se solicitan pruebas para mostrarse conforme a este daño, puesto que basta probar las agresiones, ataques y ofensas sobrellevadas por la víctima (S/N). Este tipo de quebranto admite a la Corte hacer uso de presunciones de sufrimiento o dolor de las víctimas directas como indirectas, respetando las conductas a través de las que se trasgredieron los derechos: “el daño inmaterial infligido a la víctima resulta evidente, pues es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a agresiones, como los que se cometieron contra Myrna Mack Chang, experimente un profundo sufrimiento moral”. (Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, 2003)

Es cierto que el daño moral es un daño extrapatrimonial, pero no deja de ser un daño en sentido amplio y, por ende, tampoco deja de ser una figura jurídica que debe cumplir con los elementos generales del daño en el régimen de la responsabilidad civil extracontractual.

1.10 Clases de daño moral.

Comúnmente se los ha categorizado como aquellos que afectan al ser en ciertos ámbitos, en cuanto al ser y al patrimonio, dando así la concepción de “carácter objetivo” y de “carácter subjetivo”, a continuación, una breve explicación de que comprende aquella distinción.

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos en adelante solo será “Corte IDH”



1.10.1 De carácter objetivo:

El daño moral de carácter objetivo atenta de manera directa el patrimonio material de la víctima, surge como resultado de violentar uno o más de sus derechos extrapatrimoniales llegando a afectar el patrimonio económico como resultado de las angustias padecidas por la víctima a consecuencia del acto dañoso.

Es el daño moral con repercusión económica, es la suma de daños morales que causan una perturbación de carácter económico. Al poseer esta cualidad de “objetivo” es posible apreciar el perjuicio económico padecido por el agraviado, el daño puede ser reparado por ser tangible, aunque el daño moral no puede ser susceptible de apreciación pecuniaria, si lo son las consecuencias económicas devengadas.

Para el Dr. Luis Huberto Abarca, en su concepción:

“El daño moral de efectos objetivos es aquel caracterizado por atentar de manera directa al patrimonio de la persona ofendida con la conducta antisocial, vulnerando uno o más de sus derechos extrapatrimoniales; el daño moral en sí no es susceptible de ser apreciado por nuestros sentidos, sí podemos apreciar objetivamente los efectos que ocasiona sobre el patrimonio del ofendido, por lo que admite una indemnización de carácter resarcitoria o equivalente al perjuicio económico ocasionado.” (Abarca Galeas, 2013, pág. 24)

Conforme a esa línea de pensamiento, según el tratadista Alessandri Rodríguez afirma:

“El daño moral de efectos objetivos es el daño moral con repercusión económica es decir que comporta a la vez un daño material, así ocurre cuando un mismo hecho produce un perjuicio pecuniario y un dolor o sufrimiento moral: tal es el caso de las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de un comerciante que le acarrearán un perjuicio pecuniario en sus negocios.” (Alessandri Rodríguez, 1983, pág. 224)

Abarca nos consigna un ejemplo referente al daño moral objetivo:

“Un ingeniero civil se encuentra a punto de ser adjudicatario de la construcción de una obra en la que obtendrá un honorario de cinco mil dólares líquido, pero no es adjudicado porque cierta persona lo difama calificándolo de incompetente y de irresponsable ante la persona que se encontraba a punto de contratar sus servicios, lo cual determina que no



se le adjudique la obra, lo que le ocasiona perjuicio económico consistente en la pérdida de los honorarios que iba a percibir.” (Abarca Galeas, 2013, pág. 25)

Podemos percibir que el daño moral de carácter objetivo advierte la afectación de un derecho de naturaleza extrapatrimonial, pues trasgrede el patrimonio, forjando un deterioro económico.

Es aquel que atenta de manera directa el patrimonio material del ofendido pues es la consecuencia de la violación de un derecho extrapatrimonial. Es el daño moral con repercusión económica, mismo que puede ser reparado por ser tangible ante el deterioro económico.

Como lo establece el artículo 2231 del Código Civil concibiendo al daño moral de carácter objetivo, da lugar cuando se afecta concisamente al patrimonio del ofendido con imputaciones injuriosas contra su honra o crédito, ocasionándole perjuicios que deben ser indemnizados pecuniariamente.

En conclusión, el daño moral de carácter objetivo es el que repercute directamente sobre el patrimonio del perjudicado, pues por su carácter objetivo son idóneos de ser probados y asienten un precio económico, por lo que su reparación monetaria.

1.10.2 De carácter subjetivo:

Conforme al citado tratadista Luis Humberto Abarca señala, también recoge en contra posición el daño moral con carácter subjetivo, indica que:

“El daño moral de efectos subjetivos se produce cuando la conducta antisocial vulnera uno o más derechos de naturaleza extra patrimonial del ofendido, ocasionándole un daño moral que afecta indirectamente a su patrimonio, aunque no puede ser evaluado por falta de objetividad, lo podemos apreciar mediante operaciones mentales de análisis lógico crítico inductivo; su reparación pecuniaria se efectuará en un valor económico determinado prudentemente por el juez de la causa, esto en consideración a la gravedad particular del perjuicio sufrido por el ofendido y de la naturaleza de la falta o conducta antisocial.” (Abarca Galeas, 2013, pág. 25)

En otros casos el daño moral:



“(…) puede no tener ningún efecto patrimonial es decir no trascender a la esfera patrimonial del ofendido y ser meramente moral como cuando se ofende a una persona causándole humillaciones, difamaciones de índole personal o familiar, produciendo únicamente una sensación de angustia en el individuo.” (Alessandri Rodríguez, 1983, pág. 225)

El daño moral de efectos subjetivos se encuentra contemplado en la última parte del artículo 2231 del Código Civil, cuando dice que:

“(…) hay lugar a la indemnización pecuniaria, por las imputaciones injuriosas cuando también existe perjuicio moral. Finalmente debemos anotar que el daño moral de efectos subjetivos y que no trasciende a la esfera patrimonial, puede producirse en conexidad con la lesión de un derecho patrimonial como el sufrimiento moral que experimenta el propietario de las cosas robadas, que sube de intensidad cuando la sustracción es cuantiosa.” (Abarca Galeas, 2013, pág. 26)

No alejado de la línea de pensamiento de Abarca podemos apreciar que el daño moral subjetivo buscará el menoscabo de la integridad de la persona como tal, causando sufrimiento o hasta enfermedad mentales o trastorno al percibir algún tipo de humillación, insultos etc., siendo así que este buscará determinar que el daño ira más en cuanto a la moral de la persona y no contra sus bienes patrimoniales.

La conducta antijurídica violenta derechos extrapatrimoniales y de esta manera incide indirectamente en el patrimonio material de la víctima, pero su apreciación económica no se puede cuantificar de una manera precisa originándose una reparación de carácter compensatorio.

Por otra parte, se conoce que los daños morales no tienen un valor económico, sin embargo, pueden ser indemnizables en algunos casos, “la indemnización en que se valoren va a actuar como medio de compensación, en lo posible, de los trastornos y sufrimientos del equilibrio emocional que padece la víctima” (Macía Gómez, 2010, págs. 21-23)

En consideración con lo anterior, cuando se compensa a la persona en cuestión, no se tiene como finalidad compensar de todo el aspecto económico, ni que esa persona se valga de la situación, más bien se busca aportar en su entorno emocional para que de alguna



manera se ponga en una balanza su posición en ese momento, con la finalidad de reparar un poco el daño causado.

En un juicio realizado en la sala de lo civil mercantil, se argumentó que para que el daño sea indemnizable:

“(...) es importante que concurren los siguientes presupuestos: que el daño sea cierto y no meramente eventual; que se lesione un derecho subjetivo o un interés legitimado por el ordenamiento jurídico; que el daño sea directo; que el daño sea causado por obra de un tercero distinto de la víctima, y; que el daño no se encuentre reparado.” (Rodríguez Grez, 2014, pág. 269)

1.10 El daño moral en la legislación ecuatoriana.

El Código Civil del año 1950, respecto al daño moral, establecía en su artículo 2231 como requisito esencial para otorgar la reparación “debía demostrarse la existencia de un daño emergente y un lucro cesante que debía ser apreciado monetariamente.” (CC, 2005)

Ese concepto sufre de un error básico, consistía en que el daño moral era un daño de bienes pero que van más allá de lo patrimonial, es decir, tratándose de cuestiones pertenecientes a las cualidades subjetivas del individuo (la tranquilidad, el honor, la paz,) éstas no pueden ser valoradas en dinero. Posteriormente se llevó a efecto una reforma a dicho texto legal, en el que se establecía que ya no era necesario demostrar el daño emergente y lucro cesante, reforma acertada.

En relación con lo anterior, en nuestra jurisprudencia ya se había señalado, ha señalado que:

“La prueba del daño moral deberá ser la del hecho ilícito que lo ha provocado, el delito o un cuasidelito que han afectado a bienes jurídicamente protegidos, y el de la atribución de este al que causó el daño y los fundamentos para declararlo responsable.” (Corte Nacional de Justicia, 2015)

1.10.1 Reforma del año 1984 hasta la actualidad

En 1984 se estableció “una Ley Reformatoria al Código Civil, con exclusividad encaminada a buscar la reparación por un daño moral.” (Ley 171 de Daño Moral, 1984)



Con esta Ley Reformatoria se busca enmarcar una regulación respecto de aquellos daños producidos sobre bienes no patrimoniales (el buen nombre, la honra, el crédito personal), ya que las legislaciones antiguas hacían referencia de los daños causados sobre bienes patrimoniales.

Se incorporaron artículos al Código Civil (actualmente reflejado en el Artículo 2232), siendo el de mayor importancia los casos que se constituyen en daño moral, cito a continuación:

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

La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias (...)” (CC, 2005)

Tal como se expresa “cuando se produce un daño por acción u omisión ilícita, la reparación por daños morales puede ser demandada quedando a prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias” (CC, 2005)

1.11 Elementos de la acción de Daño Moral.

Para Pallares Rivera, el daño moral goza de las siguientes características:

- a) Es la disminución o privación de bienes fundamentales del ser humano, especialmente la tranquilidad, la libertad y la honra y buena fama;
- b) Genera angustia y aflicción al sujeto pasivo del acto injurioso;
- c) Afecta al proceso de pensamiento de la víctima;
- d) Genera seria perturbación emocional y afectiva;
- e) Produce daño psíquico y material; f) Atrae sobre sí un concepto social degradante y sus consecuencias concomitantes;



g) Generalmente violan derechos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y las Cartas Constitucionales” (Pallares Rivera, 2009, págs. 65-66)

Por cuerda separada y de acuerdo con nuestra jurisprudencia dictada, los elementos con los que consta el daño moral son:

- “1) El daño moral es el que proviene de toda acción u omisión que lesiona los sentimientos, afecciones, las facultades espirituales o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana.
- 2) La acción de indemnización por daño moral es independiente y no está supeditada al previo ejercicio de la acción penal; es decir no existe pre judicialidad.
- 3) El daño moral no tiene una manifestación externa y por ello no se requiere una prueba directa de la existencia del daño moral, sino que es suficiente la valoración objetiva de la acción u omisión antijurídica que lo provoca.
- 4) El daño moral se ubica en el campo de la responsabilidad civil.
- 5) La acción civil por daño moral es contenciosa y declarativa; se debe sustanciar por la vía ordinaria.
- 6) La acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal. Más, en caso de imposibilidad física de aquella podrán ejercitarla su representante legal cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad.” (Ex Corte Suprema de Justicia, 2007, pág. 1802)

Para que la acción por daño moral sea procedente, se necesita que el perjuicio ocasionado se haya causado en contra del ofendido cumpliendo con elementos específicos.

Barragán Romero concibe que “no son raros los fallos provenientes sobre la necesidad de ponderar el daño y de que en él se den los presupuestos de resarcibilidad de todo perjuicio a fin de impedir el abuso del derecho al que pueden someterse el accionar.” (Barragán Romero, 1995, pág. 63) En las líneas posteriores se los puntualizará:

- “El daño moral no es el que se traduce sólo en sentimientos de contrariedad, si esa contrariedad no afecta a intereses jurídicos extrapatrimoniales.
- La simple o pasajera incomodidad, no es el daño al que se refiere la ley.



- Una inquietud o perturbación del ánimo originada en pasajeras molestias, no puede ser invocada como un agravio resarcible.
- Deben tenerse en cuenta que la naturaleza del hecho ilícito, la gravedad de la culpa del autor y demás circunstancias” (Barragán Romero, 1995, pág. 64)

Tal como define este autor, que para realizar la correcta distinción se debe reunir los elementos que surgirán para la perfecta configuración del daño moral, o a también dependiente de la reunión de las circunstancias y de la naturaleza del hecho ilícito.

El autor Pizarro indica que:

“Un hecho ilícito no deja de ser tal, no modifica su naturaleza, por la mera circunstancia de producirse dentro de una obligación preexistente que resulta incumplida, o fuera de ella. En uno u otro supuesto, el menoscabo espiritual derivado de la lesión a un interés no patrimonial puede ocasionarse y merecer la misma reacción del ordenamiento jurídico, orientada a restablecer el equilibrio alterado mediante el pertinente resarcimiento.” (Pizarro, 2004, pág. 47)

Conforme a Abarca, la conducta incumplidora del objeto del contrato generadora de derechos y obligaciones configurará estos elementos:

“Primero, La existencia de una relación contractual con contenido económico generadora de derechos y obligaciones hacia las partes.

Segundo, ilicitud en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, vulnerando el derecho patrimonial del acreedor, mismo que sufrirá en conexidad la vulneración de sus derechos extrapatrimoniales

Tercero, el daño material obtenido de la vulneración al derecho patrimonial objeto del contrato y a su vez, el daño ocasionado al acreedor cuando se vulneran sus derechos extrapatrimoniales en relación conexas con el derecho patrimonial.

La causalidad objetiva entre la conducta desleal con el efecto dañino o injurioso.

Relación accesoria proveniente del contrato que se estableció en aquel obligando al deudor ser responsable del incumplimiento ilícito y al acreedor perjudicado, a través del



cual el primero se obliga a la reparación pecuniaria por la injuria y el segundo a la exigibilidad de la reparación.” (Abarca Galeas, 2013, pág. 62)

Consecuentemente debe coexistir la relación entre acto y daño, pues no es suficiente la existencia del acto doloso o culposo y un daño común sino también que este debe referir un resultado del primero. Es más, la palabra inferir se desprende del artículo 2314 del código civil donde se refiere a “dar un resultado”, “inducir una conclusión” demostrando la existencia de la causalidad.

En nuestra jurisprudencia podemos encontrar manifestación de estos pequeños detalles, como en la resolución tomada por la segunda sala de lo civil y mercantil de la corte suprema, señalando que:

“Cuarto. - sostiene también el recurrente que en la sentencia impugnada se ha violado el artículo innumerado, agregado a continuación del artículo 2258 del código civil” (Ex Corte Suprema de Justicia, 2002), por la ley 151, dice lo siguiente:

“En cualquier caso, no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halla justificada por la gravedad particular del perjurio sufrido y de la falta. Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales y arbitrarios, o procesamientos injustificados, y; en general, sufrimientos físicos o psíquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes.

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

Como se ve, esta norma establece el derecho de quien ha sufrido daños meramente morales a demandar una indemnización pecuniaria a título de reparación; pero hacen falta sin duda que para ejercer tal derecho se cumplan algunos requisitos: a) la falta y el



perjuicio sufrido deben tener particular gravedad; b) la falta cometida puede ser de muy variada naturaleza: cualquier forma de difamación, actos de violencia física, incluso delitos; procedimientos arbitrarios o injustificados; y, en general actos que causen sufrimientos físicos, incluso delitos; procedimientos arbitrarios o injustificados; y en general actos que causen sufrimientos físico o psíquicos; c) la reparación puede ser demandada a quien ha causado los daños por acción u omisión próxima, es decir debe comprobarse una relación de causalidad que permita identificar al responsable de los daños; d) esta acción u omisión debe ser ilícita, es decir contraria a la ley, a la justicia, a la equidad o a la moral; y, e) queda a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización, atendiendo la particular gravedad de la falta y del daño. (Ex Corte Suprema de Justicia, 2002)

1.12 La reparación del daño moral.

Reparar es volver las cosas al estado anterior, es decir:

“ubicar al perjudicado en la situación anterior o más próxima de la que se encontraba antes de sufrir el daño; se refiere al deber de resarcir impuesto al responsable de un daño causado contra derecho, el cual se encamina a la reintegración del interés lesionado. La reparación surge de un vínculo obligacional que se origina del acaecimiento de un daño que le es imputable a quien es encontrado responsable.” (Nanclares Márquez & Gómez Gómez, 2016)

La reparación pretende restablecer las cosas al estado en que estaban antes de ocurrido el hecho antijurídico que produjo el daño.

Gil Barragán Romero, afirma que, “(...) aunque el daño puede llegar a ser resultante del patrimonio o puede tener consecuencias patrimoniales, también puede generarse como independiente del patrimonio, como un ente sustantivo de la valoración jurídica, tratando de evitar una confusión del daño moral per se con el patrimonio. Para Barragán, el daño moral es indemnizable por el hecho mismo que lo provoca y debe recaer, indiscutiblemente sobre aquel que ejecutó el acto o hecho ilícito, correspondiendo al demandado demostrar su culpabilidad.” (Barragán Romero, 1995, pág. 64)

En base a lo citado, para el autor Barragán



“(…) es primordial que el Estado responda a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la víctima, no es concebido que después de sufrir las consecuencias de alguien ajeno a su persona tenga que recaer sobre el mismo la carga de la prueba porque el daño moral es algo que se sufre. (Barragán Romero, 1995, pág. 65)

Por su parte, Abarca, analiza la prueba misma del daño moral y concluye que “la razón de ser del daño moral se expresa en el interior de la conciencia de la víctima, no admiten prueba directa, sino que son considerados como una consecuencia necesaria del hecho generador del sufrimiento.” (Abarca Galeas, 2013, págs. 140-141)

La reparación integral abarca alcances más profundos respecto:

“(…) al proyecto de vida de las víctimas que han sufrido un daño, en razón de que la afectación de derechos implica consecuencias de mayor magnitud en los ámbitos intangibles del ser humano, que no se limitan a una compensación únicamente económica. Esto debido a que el daño debe ser entendido como todo menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un derecho constitucional.” (Aguirre Castro & Alarcón Peña, 2018, págs. 121-143)

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, el COIP, en su apartado 78 se refiere a los mecanismos de la reparación integral, siendo estos:

1. **“la restitución:** aplicado a casos relacionados con el restablecimiento de la libertad, vida familiar, ciudadanía o nacionalidad, retorno al país de residencia anterior, recuperación del empleo o propiedad, restablecimiento de los derechos políticos.
2. **la rehabilitación:** recuperación de las personas mediante la atención médica y psicológica y garantizar la prestación de servicios jurídicos y sociales.
3. **la indemnización de daños materiales e inmateriales:** compensación de todo perjuicio que resulte como consecuencia de una infracción penal y que sea evaluable económicamente.
4. **las medidas de satisfacción o simbólicas:** declaración de la decisión judicial de reparar la dignidad, reputación, disculpa y el reconocimiento público de hechos y responsabilidades, conmemoraciones y homenajes a las víctimas, enseñanza y difusión de la verdad histórica.



5. **las garantías de no repetición:** prevención de infracciones penales y creación de condiciones suficientes para evitar la concurrencia de estos. Se refiere a la adopción de medidas necesarias para evitar que las víctimas vuelvan a sufrir por la comisión de nuevos delitos del mismo género.” (COIP, 2014)

Para el derecho penal, en el COIP, la reparación integral se ha establecido como un auténtico derecho de las víctimas, ha incorporado mecanismos que logren garantizar la misma, aclarando que la elección de uno de ellos no le limita a que coexistan otros mecanismos a su favor, pensando siempre en el bienestar de la víctima y tratar de colocar a la misma en su posición anterior al daño sufrido. En virtud de aquello, el apartado 77 del COIP prescribe lo siguiente:

“Art. 77.- Reparación integral de los daños. - La reparación integral radicaré en la solución que objetiva y simbólicamente restituya, en la medida de lo posible, al estado anterior de la comisión del hecho y satisfaga a la víctima, cesando los efectos de las infracciones perpetradas. Su naturaleza y monto dependen de las características del delito, bien jurídico afectado y el daño ocasionado.

La restitución integral constituye un derecho y una garantía para interponer los recursos y las acciones dirigidas a recibir las restauraciones y compensaciones en proporción con el daño sufrido.

Las personas condenadas con sentencia ejecutoriada por la comisión de delitos de peculado, enriquecimiento ilícito, concusión, cohecho, tráfico de influencias, oferta de realizar tráfico de influencias y testaferrismo; así como, lavado de activos, asociación ilícita y delincuencia organizada relacionados con actos de corrupción, responderán con sus bienes hasta el monto de la reparación integral del Estado y la sociedad.” (COIP, 2014)

Para la Corte Constitucional, la reparación integral deberá ser eficaz, eficiente y rápida, proporcional y suficiente, deberá estar relacionada con la gravedad el acto y del daño que ha sufrido la víctima, con el fin de volver las cosas al estado anterior a la comisión del daño.

Por su parte, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que la reparación integral se ordenará cuando se declare la vulneración de derechos puesto que



se procura que la víctima goce y disfrute del derecho de la manera más adecuada posible y que se logre el restablecimiento a la situación anterior a la violación.

La reparación integral podrá incluir, entre otras formas:

- **“Restitución del derecho:** comprende el intento de que la víctima pueda ser restablecida a su situación anterior a la vulneración del derecho.
- **Compensación económica o patrimonial:** que se otorgue a la víctima o a sus familiares por las afectaciones tanto materiales como inmateriales.
- **Rehabilitación:** conformada por medidas proporcionales e idóneas que buscan atender las aflicciones tanto físicas como psicológicas de las víctimas que han sufrido la vulneración de sus derechos.
- **Medidas satisfacción y reconocimiento:** referida a la verificación de los hechos, el conocimiento público de la verdad y la ejecución de actos de desagravio, el establecimiento de sanciones contra los perpetradores de la vulneración de derechos y conmemoración y tributo a las víctimas o perjudicados. La medida de carácter simbólico busca la preservación y honra de la memoria de las víctimas, tales como: actos de homenaje y dignificación, construcción de lugares o monumentos de memoria, disculpas públicas, entre otros.
- **Garantías de que el hecho no se repita:** su finalidad es asegurar que, ante la vulneración de derechos constitucionales por un determinado acto u omisión, estos hechos no vuelvan a generarse en un futuro.
- **Prestación de servicios públicos y atención de salud:** estas podrían incluirse como garantías de no repetición o medidas de rehabilitación.” (Corte Constitucional del Ecuador, 2018, págs. 190-191)

La reparación se realizará en función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida. En la sentencia o acuerdo reparatorio deberá constar expresa mención de las obligaciones individualizadas, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben cumplirse, salvo la reparación económica que debe tramitarse de conformidad con el artículo siguiente. La persona titular o titulares del derecho violado deberán ser necesariamente escuchadas para determinar la reparación, de ser posible en la misma



audiencia. Si la jueza o juez considera pertinente podrá convocar a nueva audiencia para tratar exclusivamente sobre la reparación, que deberá realizarse dentro del término de ocho días.

El Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional define al principio de reparación integral como “un conjunto de medidas tendientes a hacer desaparecer o remediar los daños de las vulneraciones a derechos constitucionales o derechos humanos, considerando que este es el medio más idóneo para reparar la vulneración de un derecho.” (Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, 2015)

El daño moral forja una obligación respecto de los sujetos procesales, vamos a plantearlo de la siguiente forma: la víctima o afectado tiene un “crédito” a favor del perpetrador o causante, y éste último posee una “obligación” respecto de la víctima o afectado; esta “obligación o crédito” se refleja en la compensación del menoscabo moral que se “debe” a la víctima o afectado.

Conforme a lo planteado debo referir lo dispuesto en el apartado 1453 del Código Civil:

“Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.” (CC, 2005)

Manuel Bejarano explica que el término “indemnizar sería el género y como tal la reparación la especie, comenta: indemnizar es dejar sin daño” (Bejarano Sanchez, 1999) lo que incumbe que un daño debe repararse.

La Corte Nacional, mediante resolución (0007-13), señala que:

” El deber de reparar nace al verificarse tres elementos: por un lado, de manera fundamental, la existencia del daño, material o inmaterial; por otro, el nexo causal entre el hecho dañino, esto es, determinar que causó el daño y el resultado; y, finalmente, el título de imputación o imputabilidad del daño, que no es otra cosa que establecer jurídicamente quien debe responder por el daño”. Después de cumplirse con los elementos ya descritos, nace la obligación de reparar el daño que ha sufrido la víctima ya



que estos elementos corroboran la existencia del perjuicio sufrido.” (Corte Nacional de Justicia, 2013)

La constitucionalización del derecho de daños establece que un proceso no termine mientras no se perfeccione una reparación a la víctima. Nuestro legislador, teniendo como antecedente el contenido de las nuevas normas constitucionales vigentes desde el 2008, ha incorporado sendas disposiciones que nos permiten sostener que, en la actualidad, en materia constitucional, la reparación de daños y perjuicios está mejor regulada para beneficio de quienes sufren gravámenes. Es así como, para nuestra Constitución su finalidad es una reparación íntegra de los derechos que resulten vulnerados con la producción del daño antijurídico, como consecuencia, en su apartado 86, numeral tercero prescribe lo siguiente:

“Art. 86.- Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones:

3. Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse. Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución.” (Constitución de la República, 2008)

La responsabilidad entra en una relación íntima con el texto constitucional puesto que se parte de un derecho de daños, encontrando su base no únicamente en las leyes civiles sino también en nuestra Carta Marga y en sus garantías constitucionales.

De esta manera se afirma que el derecho de daños se ha constitucionalizado en el Ecuador por cuanto la norma antes citada está debidamente incorporada en nuestra constitución y se refiere claramente a la Reparación Integral hacia la víctima por el daño que ha sufrido analizando también los mecanismos que se aplicarán para reparar tanto al daño material como



el inmaterial padecido pues se privilegia la posición de la víctima para que la misma no se someta a procedimientos largos cuando acuda a la administración de justicia.

1.13 Formas de reparación del Daño Moral.

1.13.1 La reparación natural o in natura

La reparación in natura consiste en acercar al damnificado a la situación en la que se encontraría si no hubiera existido el evento dañoso, es decir, va en sentido del arreglo de la cosa dañada o mediante su “restitución” por otra igual.

“Esta forma de reparación tiene su campo de aplicación más frecuente en los daños patrimoniales, siendo escaso para los casos de índole extrapatrimonial, concretamente daño moral, el cual resulta imposible repararlo de manera natural esto debido a que es imposible regresarlo al estado anterior. Es entendida como la forma primaria de reparar el daño causado, la forma más perfecta puesto que a través de ella se procura obtener el equilibrio perdido en el patrimonio de la víctima, implica restaurar la situación de la víctima a la que tendría de no haber existido el hecho dañoso además de compensarle los otros perjuicios que se le hayan ocasionado. Es así que, la reparación es un término genérico y que la restitución es una de las formas de reparar in natura.” (Solarte Rodríguez, 2005, págs. 187-238)

Bejarano, recoge su concepción: “consiste en borrar los efectos del acto dañoso restableciendo las cosas a la situación que tenían antes de él; posesiona a la víctima en el pleno disfrute de los derechos o intereses que le fueron lesionados” (Bejarano Sanchez, 1999)

Existen determinados tipos de daño que no se pueden reparar in natura o en especie, dado que ello no es física o humanamente posible.

1.13.2 La reparación por equivalente

Siguiendo la línea de pensamiento: “cuando no se puedan restablecer las cosas a la situación antes del daño, será preciso otorgar a la víctima un equivalente de los derechos o bienes afectados”. (Bejarano Sanchez, 1999)



El autor Borja, presta una total aceptación la reparación por equivalente, comentando que “por medio de esta reparación la víctima se provee de satisfacciones equivalentes a las pérdidas para aminorar su pena.” (Borja Soriano, 2004)

Esta forma de reparación, que también se denomina indemnización, tiende a que se compense o resarza el menoscabo patrimonial sufrido por la víctima, a través de la entrega de una suma de dinero que se considera

“(…) equivalente al detrimento que éste ha sufrido, con lo cual, desde el punto de vista del valor del interés que el sujeto tenía en ese activo patrimonial, estará en una situación económica igual a la que tendría si el daño no hubiera acaecido. La reparación por equivalente produce una subrogación en el patrimonio del afectado, reemplazando el interés lesionado por el valor económico del mismo, representado en una suma de dinero.” (Solarte Rodríguez, 2005)

Esta reparación busca crear una situación compensatoria o satisfactoria que no únicamente consiste en una compensación económica, esto debido a que el monto económico no puede establecer el equilibrio a favor de la víctima, procede para aquellos casos en que resulta imposible dejar a la víctima en la posición inicial en la que se encontraba antes de producirse el acto dañoso pues su finalidad es compensar y satisfacer a la misma, no se encuentra estrictamente limitada al campo de lo económico, ya que se acepta cualquier otro medio que busque como finalidad compensar y satisfacer al agraviado.

1.14 Teorías sobre la reparación del Daño Moral.

1.14.1 Teoría Punitoria

Propia del sistema anglosajón. Se establece por finalidad la imposición de una sanción al perpetrador, es decir, proporcionarle un castigo.

Aquí la indemnización no es resarcitoria a la víctima, pues, no se podría cuantificar pecuniariamente los bienes jurídicos y derechos trasgredidos, es decir, tienen una naturaleza simbólica - ideal.

El problema surge cuando la acción por daño moral está encaminada únicamente contra el perpetrador y se extingue con su muerte, es decir, que la responsabilidad no puede alcanzar a



sus familiares porque es de carácter personal del perpetrador, razón por la cual esta teoría no tiene cabida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

1.14.2 Teoría Resarcitoria

La naturaleza del resarcimiento no consiste en infringir una sanción al perpetrador, sino que se busca una verdadera reparación a la víctima. Esta teoría es aplicada en la legislación ecuatoriana.

Siendo así, no consiste en imponer un coste al malestar de la víctima, lo que se pretende es suministrarle medios para que pueda soportar o disipar de una manera adecuada el dolor provocado.

Aunque no se pueda eliminar los efectos producidos del daño, se le puede otorgar a la víctima un contentamiento por la injuria u ofensa que recibió.

Conforme a aquello, la cuantía de la indemnización guarda proporcionalidad con la magnitud de la afectación, como resultado corresponde directamente en la víctima y no en el perpetrador, esto es, lo medular no es la sanción al perpetrador, sino más bien buscar una adecuada reparación a la víctima respecto del daño causado.

Aquí, la muerte del perpetrador no extingue la acción indemnizatoria, pues ésta se puede repetir contra los herederos legítimos del causante.

1.14.3 Teoría del enriquecimiento sin causa

Dentro del derecho de daños, se analizan las circunstancias y la gravedad, pero se plantea una limitante en la reparación, no se da paso al incremento patrimonial.

Se constituye a raíz del rechazo hacia cualquier enriquecimiento sin justificación jurídica; ya que, en caso de existir dicha causa, el enriquecimiento es aceptado.

Tal como señala Juan Larrea Holguín percibiendo la existencia de “un daño patrimonial, resultante del desplazamiento ilegítimo, injusto, perjuicio o desmedro de otra” (Larrea Holguín, 2004, pág. 239)



Además, adiciona que la fabricación del principio de que “por derecho natural es equitativo que nadie se enriquezca ni obtenga provecho con detrimento ajeno y sin derecho, se lo atribuyen al autor Pothier.” (Larrea Holguín, 2004, pág. 239)

La teoría del enriquecimiento sin causa:

“(…) tiene fundamento en los valores equidad y justicia; los elementos esenciales generalmente aceptados para el enriquecimiento sin causa, son: el incremento del patrimonio de una persona a costa de la disminución inversamente proporcional del patrimonio de otra, y la ausencia de una causa que justifique su desplazamiento. (Corte Nacional de Justicia, 2015)



CAPÍTULO 2.

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA EMITIDA POR EL JUEZ DE LA UNIDAD JUDICIAL CIVIL, EL TRIBUNAL DE LA SALA CIVIL Y MERCANTIL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA Y POR EL TRIBUNAL DE LA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA EN EL PROCESO JUDICIAL NRO. 17230-2018-05996.



2.1 Antecedentes de hecho del caso sujeto a análisis.

En fecha 02 de diciembre de 2009 el Banco Pichincha C.A a través de su procurador judicial, el Dr. Gomer Calixto Regalado López, presentó una demanda en vía ejecutiva signada con el Nro. 17304-2009-1605 en contra de Francisco Walter Calozuma Armijos, demanda que es calificada y admitida a trámite. En consecuencia, el Ex Juzgado Cuarto Civil de Pichincha ordenó a Francisco Walter Calozuma Armijos el pago de la cantidad de 8.704,87 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica a favor de la institución financiera. Posteriormente, y sin que se haya cumplido con la obligación por el Juez dentro del proceso ejecutivo Nro. 17304-2009-1605, en fecha 09 de septiembre de 2010 el Banco Pichincha C.A presenta la demanda de insolvencia en contra de Walter Francisco Calozuma Armijos.

Es necesario entender que insolvencia es la:

“incapacidad para pagar una deuda, hace referencia a una situación en la que se encuentra una persona que no puede hacer frente a sus obligaciones pecuniarias, generándose diversas consecuencias jurídicas, siendo dos las más importantes, tales como el concurso civil de acreedores y la quiebra.” (Cabanellas de Torres, 2012)

Es así que la demanda de insolvencia es calificada y admitida a trámite por el ex Juzgado Vigésimo Primero Civil de Pichincha con Nro. 17321-2010-1259 donde se dispuso que “... la demanda que antecede es clara, precisa y reúne los demás requisitos de ley, por lo que se acepta a trámite especial”. (Unidad Judicial Civil de Pichincha, 2010)

Consecuentemente de conformidad con el artículo 519 del CPC presumiéndose la insolvencia del señor Francisco Walter Calozuma Armijos se manda a formar concurso de acreedores.

El concurso de acreedores es “un juicio universal seguido en contra del deudor que no cuenta con medios suficientes para pagar todas sus deudas. Puede ser solicitado por el deudor o por los propios acreedores.” (Cabanellas de Torres, 2012)

Consecuentemente se dispuso lo siguiente:



“1.- que se ocupen sus libros, correspondencia y demás documentos y se entreguen mediante inventario al síndico del concurso, Dr. Arnaldo Fiallos, quien estará en ese cargo.

2- que se publique en uno de los periódicos de mayor circulación la declaratoria.

3- que se acumulen todos los juicios seguidos contra el deudor por las obligaciones de dar o hacer, así como quienes tengan créditos hipotecarios.

4-que se remita a uno de los jueces de garantías penales de Pichincha, las copias necesarias para que la califique la insolvencia.

5- que se prohíba al deudor que se ausente del país y se ordene que presente el balance de sus bienes dentro de 8 días.

6- que se notifique con esta providencia a los señores Notarios, Registradores de la Propiedad y Mercantil del cantón Quito, al director general del Registro Civil, Gerentes de los Bancos de esta ciudad, Superintendencia de Bancos y Compañías, Director Nacional de Personal, Presidente del Consejo Supremo Electoral, Director Nacional de Migración y Extranjería y Ministerio de Economía y Finanzas.” (Unidad Judicial Civil de Pichincha, 2010)

Posteriormente, en fecha 17 de febrero de 2012, el Banco Pichincha C.A., procedió al cobro del monto adeudado a través de siete débitos de la cuenta bancaria personal Nro. 3064145804 del señor Francisco Walter Calozuma Armijos, por la cantidad de 10.217,32 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica sin que medie una orden o liquidación judiciales en donde se determine que el monto retenido era el monto total de la deuda, ya que el monto original que se adeudaba era la suma de 6.078,30 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica. Luego de que el Banco Pichincha C.A., se haya auto pagado el accionante señor Francisco Walter Calozuma Armijos comprendió que la deuda estaba saldada en su totalidad y que no mantenía obligación alguna con la mencionada institución.



El 18 de octubre de 2016, Francisco Walter Calozuma Armijos presentó una demanda por acciones colusorias⁸ signada con el Nro. 17230-2016-16473, ante la Unidad Judicial Civil de Ñaquito, Pichincha, en contra de la empresa Melinachangó, Santa Bárbara Cía. Ltda., Robert Erazo Andrade y Carlos Alfredo Trujillo Montalvo, considerando que estas personas de manera fraudulenta procedieron a apoderarse de las concesiones mineras metálicas (oro y plata) de propiedad del accionante Francisco Walter Calozuma Armijos. Esta demanda fue calificada y admitida a trámite, donde una vez citados los demandados, expusieron las excepciones previas por las que se creían asistidos y una de ellas fue la siguiente:

“...1) incapacidad por ilegitimidad de personería de la parte actora para proponer esta acción, conforme lo determina el art. 153 numeral 2 por cuanto si nos referimos a FRANCISCO WALTER CALOZUMA ARMIJOS, mantiene en su contra un juicio de insolvencia, proceso signado con el número 17321-2010-1259, en donde el señor juez Vigésimo Primero Civil de Pichincha, en su calificación y primera providencia declara la insolvencia de FRANCISCO WALTER CALOZUMA ARMIJOS y consecuentemente dispone se conforme el concurso de acreedores, la ocupación judicial de sus bienes, libros de correspondencia y documentos, los que se entregaron a un síndico de quiebras y demás medidas relacionadas con esta entidad y quien debía representarlo es el síndico, conforme lo indicado en el art. 35 del COGEP...” al proceso se adjuntó como prueba documental la “copia certificada de la causa signada con el Nro. 17321-2010-1259 por insolvencia, seguido por el Banco Pichincha C.A., en contra de Francisco Walter Calozuma Armijos, documento con el cual se demuestra la incapacidad legal para proponer la acción.” (Unidad Judicial Civil de Ñaquito, 2016)

Luego de la notificación con la contestación a la demanda al accionante Francisco Walter Calozuma Armijos, este tuvo conocimiento de la existencia del proceso de insolvencia

⁸ Es necesario tratar sobre las Acciones Colusorias y en virtud de aquello Cabanellas define a la colusión como un convenio fraudulento entre dos o más personas referentes a un asunto o negocio para perjudicar a una tercera persona convirtiéndose en un acuerdo delictuoso (Juela, 2018). El Código Civil, en su artículo 290 prescribe que las acciones colusorias, se tramitarán en procedimiento ordinario. Su efecto es anular el o los actos, convenciones o contratos que estén afectados la conducta colusoria y se repararán los daños y perjuicios ocasionados, restituyendo al perjudicado la posesión o tenencia de los bienes de que se trate o el goce del derecho respectivo y reponiendo las cosas al estado anterior de la conducta colusoria.



seguido en su contra por el Banco Pichincha C.A., del cual nunca se cumplió con la diligencia de citación de la demanda respectiva. Inmediatamente, el accionante Francisco Walter Calozuma Armijos se acercó al Banco Pichincha C.A., para solicitar el archivo del proceso referido ya que con los débitos realizados en el año 2012 se había saldado la deuda que mantenía pendiente en ese entonces, siendo así que Francisco Walter Calozuma Armijos solicitó se le extienda un certificado con fecha 08 de mayo de 2010 con el cual compareció al proceso de insolvencia Nro. 17321-2010-1259.

Dentro del proceso por acciones colusorias Nro. 17230-2016-16473 se concedió a Francisco Walter Calozuma Armijos el término de 10 días para que subsane la excepción previa en la que había incurrido por encontrarse en estado de insolvencia pero pasados los 10 días concedidos por el Juez condecorador de la causa, se convocó a las partes a audiencia preliminar que se desarrolló el día 18 de abril de 2017, sin que el Banco haya desistido de los procesos de insolvencia y ejecutivo seguidos en su contra hasta esa fecha a pesar de las insistencias por el actor Francisco Walter Calozuma Armijos. El juez de esa causa dispuso el archivo motivando por lo siguiente:

“... en el caso concreto la parte demandada Francisco Walter Calozuma Armijos no tiene capacidad para comparecer ya que existe un juicio de insolvencia signado con el número. 17321-2010-1259 en el que se le ha declarado la presunción de insolvencia, al efecto se establece que el demandado ha anunciado y adjuntado impresiones del sistema eSATJE, mismas que certificadas podrán ser utilizados como medios de prueba de un proceso a otro, se dispuso la incorporación de las actuaciones judiciales del referido juicio de insolvencia, misma donde se denota la aceptación a trámite especial la demanda de insolvencia seguida por el Banco Pichincha C.A., en contra de Francisco Walter Calozuma Armijos y con la insolvencia presumida se formula el concurso de acreedores(...) ...por tanto el proceso no ha sido archivado y por su naturaleza es público por lo que frente a la certificación del Banco que de paso es de carácter informativo y confidencial, tiene plena validez ya que no desvirtúa la naturaleza procesal del juicio de insolvencia (...)” (Unidad Judicial Civil de Ñaquito, 2016)

En el término de 10 días el señor Francisco Walter Calozuma Armijos debía subsanar la excepción previa en la que se encontraba inmerso y justificar en forma documentada que



judicialmente no se encontraba en estado de insolvencia conforme lo establece el art. 35 del COGEP según las reglas de la insolvencia, siendo así que el accionante Francisco Walter Calozuma Armijos formula un proceso judicial por acciones colusorias respecto de los derechos de concesión minera de las que era titular referente a sus derechos patrimoniales por su estado judicial (presunción de insolvencia), pero debió comparecer a juicio el síndico de quiebra conforme al art. 35 de COGEP como su representante, en este caso el Dr. Arnaldo Fiallos.

Los accionados alegaron error en la forma de proponer la demanda e inadecuación del procedimiento ordinario para la pretensión del actor indicando que no se puede demandar por esa vía ya que la correcta era la vía ordinaria de acuerdo con los contratos existentes entre las partes. Según los artículos 290 y 289 del COGEP; esto es, para este tipo de pretensiones el procedimiento es el juicio ordinario conforme lo indica en su demanda. Por ello, al no haber subsanado la excepción en la que había incurrido en el término de 10 días se tiene a la demanda por no interpuesta y se dispone su archivo.

El 13 de junio de 2017, el Banco Pichincha C.A., dentro de la causa judicial de insolvencia Nro. 17231-2010-1259 indica que "... la obligación demandada ha sido solucionada por el demandado Francisco Walter Calozuma Armijos, consecuentemente se solicita:

"1. Se declare extinta la obligación demandada por solución o pago. B) ..., c) (...) se sirva ordenar el archivo de la presente causa..." esto es, el Banco Pichincha C.A., comparece al juicio de insolvencia que instauró en contra de Francisco Walter Calozuma Armijos y solicita el archivo de este, a más de un mes de que fue archivado el proceso judicial de acciones colusorias Nro. 17230-2016-16473 en el que el señor Francisco Walter Calozuma Armijos era actor y que presentó con la finalidad de recuperar la propiedad de sus concesiones mineras. La petición de archivo por parte del Banco en el proceso de insolvencia fue el 16 de junio de 2017, es decir **cinco años después** de que Francisco Walter Calozuma Armijos solucionó el crédito que mantuvo con dicha institución." (Unidad Judicial Civil de Pichincha, 2010)

Francisco Walter Calozuma Armijos alega que el accionar del Banco Pichincha C.A., le ocasionó un perjuicio económico sumamente oneroso, ya que como consecuencia de su negligencia al no haber comparecido a solicitar el archivo de los procesos judiciales que



tenían en su contra para el cobro de los valores adeudados y no hacerlo sino hasta cinco años después, le causó sufrimiento, dolor y daño moral en su persona pues Francisco Walter Calozuma Armijos continuaba sufriendo las consecuencias como resultado de la tardanza injustificada de la institución bancaria en mención.

Luego del archivo de la causa por acciones colusorias, el 08 de junio de 2017, los demandados empresa Melinachangó, Santa Bárbara Cía. Ltda., Robert Erazo Andrade y Carlos Alfredo Trujillo Montalvo, firmaron un contrato de operación minera con la empresa GREEN OIL S.A., para la realización de actividades mineras, objeto de la demanda de Francisco Walter Calozuma Armijos y que por la irresponsabilidad del Banco Pichincha C.A., se produjo el archivo de la demanda por acciones colusorias Nro. 17230-2016-16473 que presentó en contra de Melinachangó, Santa Barbara Cía. Ltda., además luego el accionista mayoritario Robert Erazo Andrade procedió a vender el 49% de sus acciones de la empresa a Eguiguren Orska José Mateo, con lo que aumentaron los perjuicios provocados a causa de la negligencia del Banco Pichincha C.A.

Como consecuencia de aquello, Francisco Walter Calozuma Armijos comparece a demandar en vía ordinaria al Banco Pichincha C.A por daños y perjuicios y daño moral para que en sentencia motivada se le condene al pago de la cantidad de 3 millones de dólares, costas procesales más honorarios de su abogado patrocinador.

2.2 Normas y Derechos en conflicto.

“Art. 35.- Representación de la o del insolvente. La o el insolvente será representado por la o el síndico en todo lo que concierne a sus bienes, pero tendrá capacidad para comparecer por sí mismo en lo que se refiere exclusivamente a derechos extrapatrimoniales o en las diligencias permitidas en la ley.” (COGEP, 2016)

La norma es clara, al indicar que cuando se presente un juicio de insolvencia quien va a representar a la persona que se ha declarado judicialmente con el carácter de insolvente o mientras dure el proceso será representada por un síndico mismo que será el responsable de comparecer ante los procesos judiciales que se presenten en contra del accionado en todo



lo concerniente a sus bienes patrimoniales, en este caso, debió haber comparecido el Dr. Arnaldo Fiallos en representación del señor Francisco Walter Calozuma Armijos.

“Art. 295.- Resolución de excepciones. Se resolverán conforme con las siguientes reglas:

3. Si se aceptan las excepciones de falta de capacidad, de falta de personería o de incompleta conformación del litis consorcio se concederá un término de diez días para subsanar el defecto, bajo apercibimiento de tener por no presentada la demanda y de aplicarse las sanciones pertinentes.” (COGEP, 2016)

En el primer supuesto de **falta de capacidad**, sin duda estamos frente a la excepción previa prevista en el numeral 2 del artículo 153 del COGEP: incapacidad de la parte actora o de su representante. Esta excepción previa abarca todas las cuestiones referentes a la incapacidad de la parte actora:

“(…) ya sea referentes a la posibilidad de una persona de adquirir derechos y contraer obligaciones, denominada capacidad legal; ya sea respecto de realizar actos procesales válidos, que se conoce como capacidad procesal. Cuando el legislador se refiere a la **falta de personería, o incompleta conformación del litisconsorcio** se refiere a la excepción previa prevista en el numeral 3 del artículo 153 del COGEP: falta de legitimación en la causa de la parte actora o la parte demandada, cuando surja manifiestamente de los propios términos de la demanda.” (Corte Nacional de Justicia, 2017)

De acuerdo con la sentencia en análisis, cabe resaltar que el síndico designado era el Dr. Arnaldo Fiallos el cual no compareció al proceso judicial de acciones colusorias Nro. 17230-2016-16473 en representación del señor Francisco Walter Calozuma Armijos como debió haber sucedido, sino que, ante el juicio ejecutivo seguido en su contra, este compareció por sus propios y personales derechos pero aquella actuación causó la ilegitimidad de personería provocando el archivo de la causa.

Recordemos que a Francisco Walter Calozuma Armijos se le otorgó el término de 10 días para subsanar la falta de personería en el proceso de acciones colusorias Nro. 17230-2016-



16473, sin embargo, el accionante no pudo introducir al proceso lo solicitado en el término establecido por la norma y por el Juez que conocía la causa.

Siendo así que, durante este proceso, sin que se haya dispuesto el archivo de la causa ejecutiva y de insolvencia, y, a raíz de su declaratoria de insolvencia, el accionado Francisco Walter Calozuma Armijos, aquí con calidad de accionante, inicia un proceso ordinario solicitando la nulidad del contrato de cesión minera ya que constituye acciones colusorias.

“Art. 289.- Procedencia. Se tramitarán por el procedimiento ordinario todas aquellas pretensiones que no tengan previsto un trámite especial para su sustanciación.” (COGEP, 2016)

Conforme al caso de daños y perjuicios y daño moral, se procedió al pago de la deuda a través de débitos automáticos autorizados internamente por la institución bancaria como motivo de cobro de la deuda contraída, razón suficiente para que la institución dé a conocer al juzgador del proceso ejecutivo y de insolvencia que se ha cumplido con la obligación pendiente y de esta manera solicitar el archivo de los procesos instaurados en contra de Francisco Calozuma.

Código civil

“El TÍTULO XIV habla de los modos de extinguir las obligaciones, y primeramente de la solución o pago efectivo.

Art. 1583.- Las obligaciones se extinguen, en todo o en parte:

2. Por la solución o pago efectivo;

Art. 1584.- Pago efectivo es la prestación de lo que se debe.” (CC, 2005)

Aquellos débitos no fueron autorizados por el accionante Francisco Walter Calozuma Armijos ni tampoco estuvieron amparados en una orden judicial, sin embargo, con aquellos montos se cubrió el total de la deuda más los intereses generados, porque la deuda que manda a pagar el juez del proceso ejecutivo Nro. 17304-2009-1605 es la cantidad de 8.704,87 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica calculados hasta el año 2011 y los 7 débitos generados sumaron la totalidad de 10.217,32 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica. Es decir, no se solicitó una nueva liquidación al Juez del proceso ejecutivo Nro. 17304-2009-1605 sobre los



valores que Francisco Walter Calozuma Armijos adeudaba hasta aquella fecha al Banco Pichincha C.A.

2.2.1 Derechos en conflicto.

Conforme al análisis de la sentencia, debemos enumerar los derechos que le fueron vulnerados al señor Francisco Walter Calozuma Armijos:

Derecho Constitucional a la Defensa.

Que se encuentra amparado en las siguientes disposiciones:

Convención Americana Sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica":

“Art. 25.- Protección Judicial. – Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969)

Constitución de la República del Ecuador:

“Art. 76, 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento., b) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.” (Constitución de la República, 2008)

El derecho a la defensa fue vulnerado por cuanto en la calificación a la demanda del proceso de insolvencia Nro. 17321-2010-1259 se ordenó la citación mediante comisión al teniente político de la parroquia Pacto, de la ciudad de Quito, comisión dirigida al señor Francisco Walter Calozuma Armijos con el fin de que el demandado tenga conocimiento del proceso de insolvencia que se seguía en su contra por parte del Banco Pichincha C.A. Esta diligencia no fue cumplida pues después de que se calificara dicha causa en fecha 17 de febrero de 2011 el Banco



Pichincha C.A., como actor, no realizó las gestiones necesarias para que se dé cumplimiento con lo ordenado en la calificación de la demanda en la que se ordenó la presunción de insolvencia de Francisco Walter Calozuma Armijos, situación que acarreó el desconocimiento total por parte del demandado sobre la existencia del proceso de insolvencia que se había iniciado en su contra del cual llegó a enterarse después de 5 años dentro de la contestación a un proceso de acciones colusorias Nro. 17230-2016-16473 que él había iniciado como actor. El no cumplimiento a la diligencia de citación al demandado Francisco Walter Calozuma Armijos en el proceso de insolvencia impidió que el demandado pueda valerse del derecho y defenderse como correspondía.

Derecho Constitucional al Debido Proceso.

Que se encuentra amparado en las siguientes disposiciones:

Declaración Universal de Derechos Humanos:

Art. 8.- “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.” (ONU, 1948)

Convención Americana Sobre Derechos Humanos en el apartado 8, numeral 1, dice:

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal, o de cualquier otro carácter.” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969)

Constitución de la República del Ecuador:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o



judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.
(Constitución de la República, 2008)

El especialista Arturo Hoyos se refiere al debido proceso como:

“(...) una institución instrumental en virtud de la cual se debe asegurar a las partes en todo proceso, la oportunidad razonable de ser oídas por un Tribunal Competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos.” (Hoyos, 1996, pág. 74)

El Código Orgánico General de Procesos, dentro de su normativa nos dice:

“Art. 8.- Transparencia y publicidad de los procesos judiciales. - La información de los procesos sometidos a la justicia es pública, así como las audiencias, las resoluciones judiciales y las decisiones administrativas. Únicamente se admitirán aquellas excepciones estrictamente necesarias para proteger la intimidad, el honor, el buen nombre o la seguridad de cualquier persona.” (COGEP, 2016)

Disposiciones generales en la cuarta disposición transitoria, dice:

“Art. 257.- Garantías del debido proceso. - En todo procedimiento judicial que se sustancie con arreglo al COGEP, las personas tendrán asegurada la inviolabilidad de la defensa, la contradicción, la impugnación, la inmediación, el derecho a ser oído y las demás garantías del debido proceso.” (COGEP, 2016)

Conforme a las normativas citadas y lo alegado por el accionante Francisco Walter Calozuma Armijos en el presente proceso judicial sujeto a análisis, debemos destacar que Francisco Walter Calozuma Armijos sufrió un menoscabo en sus derechos constitucionales como al debido proceso y el derecho a la defensa ya que no fue debidamente citado con la demanda para que formule sus excepciones y conteste a las pretensiones del accionante dentro del proceso de insolvencia. Esto debido a que cuando Francisco Walter Calozuma Armijos interpuso



la demanda vía ordinaria por acciones colusorias, en el momento de la notificación con la contestación de la demanda tuvo conocimiento de que el juicio ejecutivo no estaba archivado y de la existencia del proceso de insolvencia que el Banco Pichincha C.A. había iniciado en su contra, más sin embargo ya la deuda había sido cobrada por la institución financiera, no obstante, el cumplimiento de la obligación de Francisco Walter Calozuma Armijos no constaba dentro de los procesos judiciales en mención.

2.3 Argumentos y Pretensiones de las partes intervinientes:

2.3.1 Primera Instancia

ACCIONANTE: FRANCISCO WALTER CALOZUMA ARMIJOS.

Francisco Walter Calozuma Armijos, representado por el Dr. Jaime Lara, plantea una demanda de Daños y Perjuicios y Daño Moral, en contra del Banco Pichincha C.A. En su demanda, una vez expuestos los fundamentos de hecho ya descritos con anterioridad, anuncia como medios de prueba los siguientes documentos:

Prueba Documental:

1. Copia del proceso judicial Nro. 17321-2010-1259 de la Unidad Judicial Civil del Distrito Metropolitano de Quito, refiriéndose específicamente al proceso de Insolvencia seguido por el Banco Pichincha C.A., en contra de Francisco Walter Calozuma Armijos.

Con este medio de prueba se llega a justificar que efectivamente el señor Francisco Walter Calozuma Armijos estuvo en estado de insolvencia por más de cinco años, prueba que también fue utilizada en su contra en su proceso seguido por acciones colusorias Nro. 17230-2016-16473, siendo la prueba directa de su falta de legitimidad de personería para comparecer como actor dentro de dicha causa por ser insolvente.

2. Libreta de ahorros del Banco Pichincha C.A., con la cual demuestra que dicha institución procedió a realizar los denominados DÉBITOS OPERACIONES GAP y solventó por sí misma la cantidad de dinero que consideraban que el accionante le debía hasta ese entonces, acto que fue realizado sin previo aviso, orden judicial o consentimiento del señor Francisco Walter Calozuma Armijos en su calidad de titular de la cuenta.



3. Certificado emitido por el Banco Pichincha C.A en el que manifiestan que el señor Walter Francisco Calozuma Armijos no mantiene obligaciones directas o indirectas que se encuentren pendientes hasta el año 2017 y que sus obligaciones en el Banco se encuentran al día.

Este certificado fue emitido en fecha 08 de mayo de 2017, documento con el cual el accionante Francisco Walter Calozuma Armijos compareció al proceso seguido en su contra por Insolvencia Nro. 17321-2010-1259 para que, en conocimiento de su contenido, se declare extinguida la obligación y se ordene el archivo de este, sin que aquello sea suficiente pues era necesario el pronunciamiento del Banco Pichincha C.A., antes de declararse el archivo del proceso de insolvencia.

4. Impreso de Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros del Ecuador (Registro de Sociedades) denominado "SOCIOS O ACCIONISTAS DE LA COMPAÑÍA" en la cual el señor EGUIGUREN JOSÉ consta como nuevo accionista de la empresa Melinachangó Santa Bárbara Cía. Ltda., perteneciéndole el 49% del paquete accionario.

Con este documento, el accionante Francisco Walter Calozuma Armijos pretende demostrar los daños y perjuicios sufridos a consecuencia del accionar del Banco Pichincha C.A., por cuanto la transferencia del 49% del paquete accionario de la empresa Melinachangó Santa Bárbara fue realizada después de que se haya declarado el archivo del proceso de acciones colusorias Nro. 17230-2016-16473 que se seguía con el fin de conseguir la nulidad de algunos contratos referentes a las concesiones mineras del área LA CONQUISTA, LA DELICIA y LA MELIDA.

5. Copias certificadas del contrato de operación minera con la empresa GREEN OIL S.A para la realización de actividades mineras dentro de la concesión minera La Melina, objeto de la demanda de acciones colusorias Nro. 17230-2016-16473 misma que fue archivada.

De igual manera, con este medio de prueba el actor Francisco Walter Calozuma Armijos trata de justificar el monto de los daños y perjuicios que le ha causado el irrogar del Banco Pichincha C.A., por mantenerlo en estado de insolvencia por más de cinco años.



6. Demanda por acciones colusorias Nro. 17230-2017-14061 seguida por Francisco Walter Calozuma Armijos en contra de la empresa Melinachangó Santa Bárbara Cía. Ltda., y otros.

La defensa del accionante presenta como prueba la demanda signada con el Nro. 17230-2017-14061. Esta demanda por acciones colusorias se presentó por segunda ocasión por Francisco Walter Calozuma Armijos después de que su primera demanda, de igual manera, por acciones colusorias Nro. 17230-2016-16473 fuera archivada ya que Francisco Walter Calozuma Armijos se encontraba incurso en la excepción de ilegitimidad de personería para comparecer dentro de aquella causa siendo necesaria la comparecencia de su síndico, el Dr. Arnaldo Fiallos quien fue nombrado dentro del proceso de insolvencia Nro. 17321-2010-1259.

Esta segunda demanda de acciones colusorias Nro. 17230-2017-14061, de igual manera, fue archivada, pero por una razón diferente pues su archivo se debió a que dentro de la demanda se hizo constar el apellido del accionado como CALUZUMA siendo lo correcto CALOZUMA, de esta manera se generó una contradicción con la identidad del actor ya que en su cédula de identidad constaba con su apellido como CALOZUMA, sin determinarse su identidad de forma clara. Para subsanar aquel error, el juez le otorgó el término de 3 días para que aclare o complete el particular ya señalado, pero sin que cumpla con lo ordenado se ordena el archivo de este. Es decir, el archivo de la segunda demanda presentada por acciones colusorias Nro. 17230-2017-14061 seguida por el señor Francisco Walter Calozuma Armijos se debió a su propia responsabilidad.

7. Copia de resolución judicial, dentro del proceso Nro. 17230-2017-14061.

El señor Francisco Walter Calozuma Armijos nuevamente adjunta constancias de la segunda demanda de acciones colusorias que se archivó, pero por cuestiones ajenas al accionar del Banco.

8. Poder de procuración judicial otorgada por Francisco Calozuma a favor del Dr. Fernando Lara Portilla.

Prueba Testimonial:



1. Dos testigos que rendirán su testimonio acerca de la afección psicológica, física y patrimonial, que causó que tuvieran al señor Francisco Walter Calozuma Armijos por más de cinco años en calidad de insolvente y por culpa y responsabilidad del Banco Pichincha C.A., fue archivada su demanda de Acciones Colusorias Nro. 17230-2016-16473.
2. Declaración de parte del actor Francisco Walter Calozuma Armijos.

Prueba Pericial:

El accionante Francisco Walter Calozuma Armijos no anuncia como prueba ninguna valoración psicológica sobre su persona ni tampoco solicita acceso judicial a la misma. Una valoración psicológica dentro de un proceso de daño moral es una prueba fundamental y de mucha importancia pues a través de ella se puede llegar a probar la existencia del daño y el grado de afección en la víctima. Sin embargo, la Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, en el proceso Nro. 946-2009-SR determina que:

“(...) la doctrina y jurisprudencia permiten establecer elementos del daño moral y la acción y en su numeral 3 prescribe que el daño moral no tiene una manifestación externa y es por esa razón que no se requiere una prueba directa de la existencia del daño, sino que es suficiente la valoración objetiva de la acción u omisión antijurídica que lo provoca, es decir, se presenta una situación interna y su afectación es una consecuencia. La prueba de la lesión a bienes, derechos o intereses extrapatrimoniales, incluido los personalísimos, es por su naturaleza innecesaria, en algunas ocasiones es difícil o incluso imposible de probar esto debido a que el daño moral y la intensidad de sus consecuencias puede no tener una manifestación externa, pueden quedarse en el fondo del alma. El daño resarcible no se evidencia, razón por la cual tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se ha concluido en que no se requiere de una prueba directa de su existencia. El padecimiento se tiene por el hecho antijurídico que lo provoca y es suficiente la valoración objetiva de la acción antijurídica. Para las lesiones del espíritu rige el principio *in re ipsa*⁹. (Ex Corte Suprema de Justicia, 2002, pág. 2295)

⁹ Significa “en la cosa misma”. Esta figura aplicada en la óptica jurídica del daño moral ha sido vista como un principio, relacionándose con el hecho antijurídico y la titularidad del accionante para probar el daño moral.



En conclusión, la prueba del daño moral deberá ser la del hecho ilícito que lo ha provocado, el delito o cuasidelitos que ha afectado a bienes jurídicamente protegidos, y el de la atribución del mismo a aquel que causó el daño y los fundamentos necesarios para declararlo responsable.

En virtud de aquello, resulta necesario preguntarnos si los medios de prueba alegados por la parte actora son suficientes para probar la ilicitud del acto o hecho, el daño ocasionado y la relación de causalidad. Con los medios de prueba anunciados por el actor Francisco Walter Calozuma Armijos se determina que efectivamente se archivó un proceso seguido por acciones colusorias, pero las copias certificadas adjuntas solo se refieren a aquel proceso que fue archivado por negligencia del propio actor al no haber incorporado correctamente su identidad, circunstancia que es muy ajena a la participación y voluntad del Banco Pichincha C.A. Es cierto que no es exigible la práctica de una prueba física que ayude a determinar la existencia y el alcance del daño sufrido, pero no podemos negar que adjuntar un informe psicológico con ese fin le hubiera dado mayor credibilidad a la teoría del caso que se trataba de defender.

Lucía Mendoza enuncia los elementos de la responsabilidad proveniente del daño moral, los cuales deberán haberse cumplido previo a ejercitar la acción de reparación. Estos elementos, según interpretación judicial, son:

“1. La existencia de un hecho u omisión ilícita o negligente.

Este particular puede demostrarse con la libreta de ahorros y con el certificado emitido por la entidad financiera pues con aquellos documentos se corrobora el actuar del Banco Pichincha C.A. Consta la realización de los DÉBITOS OPERACIONES GAF a través de los cuales la institución financiera se auto pago los valores que el señor Francisco Walter Calozuma Armijos adeudaba a dicha institución y con el certificado el Banco Pichincha C.A., da a conocer que el señor Francisco Walter Calozuma Armijos no registra obligaciones directas o indirectas pendientes de cobro a esa fecha.

Con estos medios de prueba se determina que efectivamente el señor Francisco Walter Calozuma Armijos solventó la deuda que mantenía en un inicio con el Banco Pichincha C.A., por el accionar de la propia institución que no procedió a solicitar el archivo de los procesos ejecutivo e insolvencia que seguía en contra de Francisco Walter



Calozuma Armijos como correspondía, hecho que se demuestra con la prueba documental incorporada en la demanda como son las copias certificadas del proceso judicial Nro. 17321-2010-1259, proceso de insolvencia con el que se pudo demostrar la insistencia de Francisco Walter Calozuma Armijos a través de la presentación de los últimos escritos para que se archive la causa y el desinterés del Banco Pichincha C.A. en el mismo; dicho proceso terminó siendo archivado 5 años después de haberse solventado la deuda monetaria pendiente a nombre de Francisco Walter Calozuma Armijos.

2. La producción del daño a alguno de los bienes de la personalidad.

Dentro de este punto podría haber cabido una valoración psicología o se podría haber solicitado que el juez concedor de la causa de daño moral designe un perito para que realice aquella diligencia y así determinar el grado de afección que tuvo en Francisco Walter Calozuma Armijos el accionar del Banco Pichincha C.A al haberlo mantenido en estado de insolvencia por más de 5 años y mostrar poco interés una vez ellos cobraron sin orden judicial los valores adeudados, sin importarles el estado en el que estaba el señor Francisco Walter Calozuma Armijos.

La producción de un daño se llegó a producir en el señor Francisco Walter Calozuma Armijos, mismo que responde a la omisión frente a la cual se mantuvo el Banco Pichincha C.A., por más de cinco años, justificando que no existe sustento legal que lo obligaba a actuar tal y como, según el actor, tenía que haberlo hecho. Este daño moral es de carácter objetivo ya que la insolvencia en la que se mantenía el señor Francisco Walter Calozuma Armijos ocasionó el archivo del proceso que se seguía por acciones colusorias y de esta manera se atentó directamente al patrimonio material de la víctima. La repercusión económica se efectuó cuando la empresa Melinachangó, Santa Bárbara Cía. Ltda., Robert Erazo Andrade y Carlos Alfredo Trujillo (demandados dentro del proceso archivado de acciones colusorias), procedieron a firmar un contrato de operación minera con la empresa GREEN OIL S.A., para la realización de actividades mineras que fueron objeto de la demanda de Francisco Walter Calozuma Armijos quien se vio impedido de recuperar las mismas como fue su propósito, perjudicando de sobremanera su patrimonio además de la depresión, preocupación y angustias que padeció después de haber perdido el proceso judicial citado.



Los daños patrimoniales que el accionante Francisco Walter Calozuma Armijos sufrió, reflejan la afección en su patrimonio y como consecuencia de aquello se configuran perjuicios tales como el daño emergente que fue generado por el archivo de la demanda de acciones colusorias y el impedimento de recuperar parte de su patrimonio a consecuencia de actos posteriores de terceras personas.

3. La relación causa-efecto entre el hecho y el daño.

Esta relación entre el acto ilícito (no cerrar los dos procesos: ejecutivo y de insolvencia) y el daño ocasionado (daño moral sufrido por haber perdido el proceso de Acciones Colusorias) es la causa efecto de un acto ilícito y del resultado que terminó expresándose en sufrimiento, angustia, menoscabo por el accionante Francisco Walter Calozuma Armijos ante la pérdida de altas cantidades de dinero que pretendía recuperar a través del proceso de acciones colusorias Nro. 17230-2016-16473 que fue archivado por ser insolvente.” (Mendoza Martínez, 2014, págs. 89-93)

Por otra parte, se adjuntan copias simples, pero si hacemos referencia al art. 194 del COGEP, esta tendría que ser una documentación original, original o desmaterializada ante notario público (art. 202 COGEP) para que tengan plena validez y se pueda tomar en cuenta su contenido. De igual manera, adjunta como prueba documental la demanda de acciones colusorias Nro. 17230-2017-14061 siendo esta la segunda demanda presentada por acciones colusorias, pero con la práctica y anuncio de la misma resulta perjudicial para su defensa por cuanto no se justifica participación alguna del Banco Pichincha C.A.

Después de anunciar sus medios de prueba, Francisco Walter Calozuma Armijos, en el numeral SEXTO de la demanda de daño moral plantea como **pretensión** el pago de indemnización a título de reparación de daños y perjuicios y daño moral la cantidad de 3 millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica. La pretensión del accionante únicamente refleja una compensación monetaria como medida de reparación por el daño que alega haber sufrido por los actos del Banco Pichincha C.A. Su pretensión no va más allá del planteamiento de determinada cantidad de dinero, muy lejos de estar sujeto a una reparación eficaz, eficiente, proporcional y suficiente siendo este un efecto jurídico de la producción de un daño antijurídico



generando así la responsabilidad directa de quien incurrió directamente en la existencia de este daño, con relación a la naturaleza del derecho violado.

En su numeral SÉPTIMO se plantea la **cuantía** en la cantidad de 3 millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, cantidad que según el accionante Francisco Walter Calozuma Armijos es la que refleja el daño moral sufrido. Para el actor, el juez repararía satisfactoriamente su derecho vulnerado con el solo hecho de ordenar el pago de la cantidad constante en su pretensión, no menciona ninguna otra forma de reparación a través de la cual su derecho vulnerado podría ser resarcido en lo posible.

La demanda presentada por Francisco Walter Calozuma Armijos es calificada y admitida a trámite Ordinario en fecha 09 de mayo de 2018. En dicho auto, se ordena la citación al Banco Pichincha C.A., y se concede a la parte demandada el término de 30 días para demanda de Daños y Perjuicios y Daño Moral.

ACCIONADO: BANCO PICHINCHA C.A.

El 26 de julio de 2018 comparece el Banco Pichincha C.A, representado por el Dr. Edgar Fabricio Ulloa Balladares dentro del proceso seguido en su contra por Daños y Perjuicios y Daño Moral negando y rechazando de manera absoluta y categórica los fundamentos de hecho y las pretensiones expuestas por el actor en su demanda. El Banco Pichincha C.A., niega la existencia de algún daño que pueda ser imputado al mismo, considera que la pretensión planteada por el señor Francisco Walter Calozuma Armijos es exorbitante, exagerada y carece de causa justificativa, que su demanda no tiene un soporte probatorio que llegue a justificar la existencia de su teoría del caso que pueda ser imputable por acción u omisión al Banco Pichincha C.A., afirma que el actor confunde el tipo de acción planteada y la persona o personas a quienes debía demandar por Daño Moral.

A criterio del Banco Pichincha C.A., el accionante pretende relacionar a dicha institución por actos u hechos de terceros y del propio actor al intentar hacerlo responsable del archivo de su demanda por acciones colusorias seguida en contra de terceras personas que no tienen relación alguna con la institución financiera.



Hace referencia al proceso ejecutivo Nro. 17304-2009-1605, en el que el juez ordena al señor Francisco Walter Calozuma Armijos el pago inmediato del valor adeudado más los intereses que se generarán hasta que dicha deuda sea cancelada en su totalidad. Sin que el señor Francisco Walter Calozuma Armijos cumpla con su obligación, en fecha 09 de septiembre de 2010 el Banco Pichincha C.A., presentó la demanda de insolvencia en contra del accionante, proceso signado con el Nro. 17321-2010-1259. En la calificación de la demanda de insolvencia, de conformidad al artículo 519 del Código de Procedimiento Civil, se presume la insolvencia de FRANCISCO WALTER CALOZUMA ARMIJOS y se mandó a formar el respectivo concurso de acreedores. Esta declaratoria de insolvencia se generó de acuerdo con la ley vigente al momento de presentar dicha demanda, siendo catalogada como una presunción legal de la falta de cumplimiento de una orden judicial de pago, sin que se constituya como una manifestación de voluntad del Banco Pichincha C.A.

La defensa técnica del Banco Pichincha C.A., sostiene que no es posible que se haga responsable a la institución financiera por cuanto desde el inicio de los procesos instaurados en contra del señor Francisco Walter Calozuma Armijos lo hicieron apegados a derecho y en base a lo que determinaba el contenido de la norma legal que corresponde. Además, resalta que después de los 5 años transcurridos, cuando el señor Francisco Walter Calozuma Armijos se acercó a las oficinas del Banco en mención, sus funcionarios no se negaron a su petición con respecto al proceso ejecutivo y de insolvencia, es por eso que en fecha 18 de abril de 2017 mediante escrito suscrito por su abogado defensor y CONJUNTAMENTE con el señor Francisco Walter Calozuma Armijos solicitaron se declare el abandono del proceso ejecutivo y de insolvencia. Para el Banco Pichincha C.A., una vez que el señor Francisco Walter Calozuma Armijos se dio cuenta que se debitó de su cuenta el monto adeudado tenía que comparecer a los procesos en los que fue demandado para demostrar que su obligación pendiente ya no existía a pesar de que el mismo no fue citado y se presumía que no sabía de la existencia de un proceso de insolvencia en el que él era el demandado ya que, a diferencia del proceso de insolvencia, el accionante fue legalmente citado con el contenido de la demanda referente al proceso ejecutivo, es decir, después de haber incumplido una orden judicial de pago inmediato debía presumir que el Banco iniciaría un proceso de insolvencia en su contra.

En el anuncio probatorio realizado por la parte actora, el Banco Pichincha C.A., plantea una observación muy importante pues, dentro de los hechos alegados por el actor, este



manifiesta que por culpa y responsabilidad del mismo Banco se archivó su proceso judicial de acciones colusorias seguido por Francisco Walter Calozuma Armijos en contra de Carlos Alfredo Trujillo y Robert Eduardo Erazo y la compañía Melinachango Cía. Ltda. ya que al momento de conocer la contestación de la parte demandada el accionante tuvo también conocimiento de un proceso de insolvencia seguido por el Banco en su contra en el año 2010 incurriendo de esa forma en la excepción de ilegitimidad de personería por la parte actora y sin que pueda subsanar dicho particular en el término de 10 días que fue señalado por el juez conocedor del proceso pero, en su anuncio probatorio adjunta copias del proceso Nro. 17230-2017-14061, siendo que, este proceso por acciones colusorias fue archivado porque existió una contradicción con respecto a la identidad del señor Francisco Walter Calozuma Armijos ya que en la demanda constaba como CALUZUMA, dicho proceso fue archivado sin que se aclare o complete en el término señalado. El archivo del proceso anunciado como prueba fue claramente una consecuencia directa del accionar del propio actor, sin que nada tenga que ver el Banco ya que cuando Francisco Walter Calozuma Armijos presentó esta segunda demanda por acciones colusorias, ya estaba archivado el proceso de insolvencia, es decir, podía comparecer sin necesidad del síndico de quiebras y por sus propios derechos. La prueba que se anuncia en la demanda de daño moral se contradice con los hechos alegados en la misma y no llega a justificar lo que en un inicio se pretendía pues lo correcto era que se adjunten las copias certificadas del proceso Nro. 17230-2016-16473 en el que, si se reflejaban actos del Banco, constituyéndose en una prueba inconducente e inútil.

En su conjunto, el Banco Pichincha C.A., solicita que se inadmita la prueba del actor por ser impertinente, inconducente e inútil por no poseer un contenido intrínseco y particular para demostrar los hechos que alega en su demanda. De igual manera, impugna y objeta la prueba testimonial anunciada debido a que la misma no puede ser usada para absolver una supuesta afectación psicológica, física o patrimonial, esto debido a que los testigos carecen de criterio experto sobre los hechos controvertidos.

En los fundamentos de derecho, cita y analiza a los presupuestos del daño moral, tales como:

1. Existencia del Daño.

Para que se genere la responsabilidad civil es indispensable y necesario que se haya causado un daño que consecuentemente genera el detrimento, perjuicio o menoscabo que llega



a sufrir la persona. En base a la jurisprudencia y el artículo 2214 del Código Civil citados dentro de su análisis, el Banco Pichincha C.A., alega no ser responsable civilmente por cuando su accionar no ha incurrido en los elementos necesarios para que exista dicha responsabilidad civil extracontractual por un hecho o acto ilícito, de tal manera que tampoco se ha generado la existencia del derecho de la víctima a ser debidamente indemnizada.

2. Que el hecho o acto sea contrario a las normas legales o reglamentarias.

Es procedente que para que se genere la obligación de indemnizar exista un hecho o acto ilícito. El Banco Pichincha C.A., asegura haber actuado lícitamente, en cumplimiento de las normas legales y reglamentarias, es por ello que sería incoherente y arbitrario que se trate de responsabilizar civilmente por algún daño generado. En base a ello, no es aceptable que el actor Francisco Walter Calozuma Armijos alegue que el hecho ilícito que responsabiliza al Banco es el no haber desistido en determinado momento el proceso de insolvencia planteado en su contra.

La prueba documental del propio actor sirve para constatar que el archivo del proceso de insolvencia se produjo en fecha 16 de junio de 2017 y su segunda demanda presentada por acciones colusorias se presentó el 16 de octubre de 2017, es decir, el actor no tenía, a la fecha de presentación de la segunda demanda colusoria, impedimento alguno para perseguir su acción, existiendo así la ausencia del hecho ilícito necesario para que se genere un daño indemnizable.

3. Que haya dolo, culpa u otro factor determinado por la ley.

La negligencia o el dolo surgen de la falta de cuidado razonable o de la intención dañosa respectivamente. Es imposible exigir al Banco que ajuste sus conductas en gestiones judiciales de cobranza en consideración de los negocios mineros del actor, no es una razón suficiente para adjudicar negligencia o dolo, una vez tuvieron conocimiento de la comparecencia del actor a la institución para solicitar la diligencia pronta e inmediata del Banco Pichincha C.A., con el fin de conseguir el archivo del proceso de insolvencia, el Banco lo hizo demostrando así que no tenía otra intención distinta a cobrar los valores adeudados, alejado de la noción de causarle daño al actor. El desistimiento judicial es siempre potestativo y, el Banco ejerció esa potestad cuando le fue requerido hacerlo de forma plena y en manifiesto beneficio del actor.



4. Que medie un nexo de causalidad entre el hecho o acto ilícito y el daño.

Los negocios mineros y los contratos realizados por el actor no tienen conexión alguna con actos generados por el Banco, existe una causa extraña¹⁰ mas no un nexo de causalidad para que exista el daño al actor, incluso si se determina un daño existente, el mismo sería el resultado de: actos de los supuestos involucrados en actos colusorios y, actos propios del actor al ceder las concesiones mineras y equivocarse en la redacción de su propia demanda colusoria; ningún acto del Banco podría considerarse relevante para determinar el destino de los negocios mineros del actor.

La ausencia del nexo causal, por la inexistencia de un hecho próximo y determinante de los daños causados que puedan imputarse al Banco determina que la demanda carece de este requisito de causalidad como elemento necesario para que se determine la responsabilidad.

Hecho de un tercero: para el Banco es totalmente claro que incluso si existiera un daño al actor, este sería como resultado de un hecho de tercero o directamente del actor ya que existe un acuerdo ilícito pero celebrado entre el propio apoderado del actor, el Dr. Carlos Trujillo, el señor Robert Erazo y el actor en el año 2011. La causa sería un acuerdo viciado por acuerdo colusorio entre personas distintas al Banco, las únicas consecuencias de la cesión de concesiones mineras son de carácter patrimonial, no hay la presencia de un daño moral, es así que la intención del actor es responsabilizar directamente al Banco Pichincha C.A., por hechos de terceros, buscando que se premie al actor por su propia negligencia convirtiéndose así en un ejercicio abusivo del derecho de acción.

Culpa de la víctima: en el contrato de cesión de derechos mineros consta agregado un poder especial otorgado por el actor Francisco Walter Calozuma Armijos y su esposa al Dr. Carlos Trujillo, un poder que le facultaba para poder suscribir el contrato de cesión, un acto realizado sin vicios, con consentimiento en el que el Banco nada tuvo que ver. Posteriormente, el actor adjunta copias certificadas del proceso de acciones colusorias Nro. 17230-2017-14061 en el que se puede verificar que el actor cometió un error en la determinación apropiada de su identidad, siendo la causa de inadmisión de dicha demanda, su prueba es contraria a los hechos alegados dentro de su demanda esto debido a que Francisco Walter Calozuma Armijos, en sus

¹⁰ Acto de un tercero extraño o de la propia víctima por quien no se debe responder.



fundamentos de hecho se refiere al proceso de acciones colusorias Nro. 17230-2016-16473 y en su anuncio de pruebas adjunta constancias procesales de la segunda demanda de acciones colusorias con Nro. 17230-2017-14061.

5. Daño o perjuicio moral indemnizable: exigencia de un daño real y directo.

Para que nazca la obligación de indemnizar es necesaria la existencia de un daño cierto, jurídico e indemnizable, sea este patrimonial o extrapatrimonial; en el proceso de daño moral seguido en contra del Banco Pichincha C.A., no existe prueba alguna del daño patrimonial o extrapatrimonial del actor. La única referencia a daños sufridos consta meramente enunciada en la cuantía de la demanda, pretensión de 3 millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, sin que se distingan entre supuestos daños extrapatrimoniales o patrimoniales, demostrando que el actor ha señalado dicha cuantía de una manera arbitraria tratando de enriquecerse a costa del Banco. En el Ecuador, las indemnizaciones por responsabilidad civil extracontractual son puramente reparatorias, no tienen carácter punitivo ni una función de mejorar la situación de la persona accionante de manera injustificada.

El actor no ha especificado cuáles serían los daños morales sufridos, aparentemente por la pérdida de las concesiones mineras por la cesión de derechos, la única referencia a un daño aparentemente sufrido es su expresión a través de su demanda en la que manifiesta tener una afección tanto psicológica, física como patrimonial. Los daños hipotéticos no pueden generar una obligación de resarcimiento, por cuanto la función reparatoria de la indemnización de daños es indiscutible en el sistema legal ecuatoriano. En la demanda, no hay mención de que bienes jurídicos protegidos habrían sido afectados por hechos generados por terceros y por el mismo actor; el sistema jurídico de responsabilidad civil extracontractual está constituido para establecer mecanismos eficaces de reparación, no como un medio de reducción de estándares probatorios de reclamación o pretensiones indeterminadas sin sustento.

La defensa técnica del Banco Pichincha C.A., anuncia los siguientes medios de prueba:

Prueba documental:

1. Copias certificadas de proceso ejecutivo Nro. 17304-2009-1605. Con este medio de prueba se demuestra que el señor Francisco Walter Calozuma Armijos tenía una deuda



insoluta con el Banco y no cumplió con el mandamiento de pago dictado por el juez competente, alegan que el actuar del Banco estuvo apegada a derecho, así demuestran la ausencia del hecho ilícito, inexistencia de los elementos constitutivos del daño alegados por el actor.

2. Copias certificadas del proceso de insolvencia Nro. 17321-2010-1259 seguido por el Banco Pichincha C.A., contra el señor Francisco Walter Calozuma Armijos. La utilidad, pertinencia y conducencia se verifica por el hecho de que el actor ha fijado como sujetos responsables de cualquier daño sufrido a terceras personas distintas al Banco; los ilícitos cometidos en su contra tienen origen diverso a cualquier hecho de la institución; el propio actor fue el causante de un rechazo inhibitorio de su demanda por fallar en completar los requisitos determinados en el Código Orgánico General de Procesos y; pudo demandar por los actos colusorios alegados luego que se archivara el proceso de insolvencia.

El Banco Pichincha C.A., propuso las siguientes excepciones:

Excepciones Previas

1. Falta de legitimación en la causa de la parte demandada tal como surge manifiestamente de los propios términos de la demanda.

El actor se contradice notoriamente por cuanto manifiesta que responsabiliza a terceras personas por la pérdida de altos montos de dinero al momento de perder sus concesiones mineras.

Excepciones de fondo

1. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y derecho de la demanda;
2. Falta de derecho del actor para proponer la demanda;
Para el Banco, su actuar no ha incurrido en un acto o hecho ilícito, todos aquellos procesos que plantearon en contra del señor Francisco Walter Calozuma Armijos estuvieron apegados a derecho y a las normas vigentes al momento de proponer cada una de las demandas existentes.
3. Falta de derecho del actor para demandar;



El Banco alega que es totalmente imposible que prospere esta acción de daño moral por cuanto no existe un nexo de causalidad, no existe relación alguna entre los perjuicios sufridos por el señor Francisco Walter Calozuma Armijos y los procesos instaurados por el Banco como actor.

4. Falta de derecho del actor por inexistencia de daño real, cierto, permanente, determinante e indemnizable;

No es posible que se le pueda atribuir al Banco la responsabilidad de responder por perjuicios generados al actor por hechos generados por terceros, el daño no es atribuible al Banco.

5. Falta de derecho por cuanto la indemnización pretendida por el actor no tiene ningún sustento fáctico ni jurídico;

La única noción de la existencia de daño moral es la referencia que hace el actor en su pretensión pues pretende recibir una cantidad de dinero extremadamente elevada.

Gil Barragán habla sobre el abuso del derecho y lo entiende de la siguiente manera:

“Cuando se trata de perjuicios provocados por un obrar ajeno, el hecho que los causa puede hallarse formalmente autorizado por la ley. Esta situación da como resultado la consecuencia injusta de un acto aparentemente legítimo.” (Barragán Romero, 1995, pág. 52)

Puede existir una duda con respecto a la responsabilidad cuando los hechos no se expresan con claridad, de tal manera que son tergiversados para lograr aprovecharse de sus propios actos erróneamente ejecutados con el fin de originar la obligación de resarcimiento a otra persona que nada tiene que ver con el origen de los perjuicios, es menester analizar cada uno de los elementos indispensables que acrediten la existencia del daño para evitar que se trate de accionar abusando de las normas legales.

En fecha 15 de agosto de 2018 se califica la contestación a la demanda y se admite a trámite la misma. En el mismo auto, el juez de primer nivel a-quo, convocó a las partes a la audiencia preliminar a celebrarse el día 19 de septiembre de 2018, a las 08h30 a.m.

AUDIENCIA PRELIMINAR:



El 19 de septiembre de 2018 se lleva a cabo la Audiencia Preliminar del proceso signado con el Nro. 17230-2018-05996 seguido por Francisco Walter Calozuma Armijos en contra del Banco Pichincha C.A., contando con la asistencia de la parte actora y la parte demandada, el juez conecedor de la causa, procedió a resolver sobre las excepciones previas que fueron planteadas por la parte demandada referentes a la **falta de legitimación de la causa** que tiene que ser resuelta en la etapa de saneamiento del proceso puesto que de esta manera se evita que se dicten sentencias inhibitorias y que se deba iniciar nuevamente un proceso; **falta de derecho del actor** por cuanto el Banco Pichincha C.A se refiere directamente a la pretensión de la demanda instaurada en su contra y alega no haber incurrido en ningún acto o hecho ilícito en contra del actor ni mucho menos de su patrimonio.

Se rechazó la excepción previa de falta de legitimación pasiva en la causa por cuanto el único llamado a contradecir la demanda es el Banco Pichincha C.A., mismo que fue actor del proceso de insolvencia seguido en contra del señor Francisco Walter Calozuma Armijos, esto debido a que no se puede dejar en indefensión a la parte accionante por una confusión de la parte demandada con respecto a la legitimación de la misma, por lo que el Banco apeló aquella decisión siendo concedida la misma con efecto diferido (se continúa con la tramitación de la causa, hasta que, de existir una apelación a la resolución final, este deba ser resuelto de manera prioritaria por el tribunal).

Una vez declarada la validez procesal y determinado el objeto de la controversia, se efectuó el anuncio de las pruebas que se pretenden evacuar tanto de la parte actora como de la parte demandada. Se rechazó la petición del accionante de incorporar al proceso eSATJE el juicio de acciones colusorias Nro. 17230-2016-16743, apelación que también fue conferida con efecto diferido, dicho proceso hace referencia a la primera demanda presentada por concepto de acciones colusorias, mismo que únicamente fue mencionado en los fundamentos de hecho de la demanda mas no se incorporó como prueba que corrobore lo alegado en su pretensión. Se admiten los demás medios de prueba de las partes accionantes y se señala fecha para la respectiva Audiencia de Juicio a desarrollarse el día 23 de octubre de 2018 a las 08:30 a.m.

AUDIENCIA DE JUICIO:

En fecha 23 de octubre de 2018 se lleva a cabo la Audiencia de Juicio del proceso judicial Nro. 17230-2018-05996, contando con la presencia de las partes procesales se procede a dar



inicio la misma con los alegatos iniciales de la parte actora Francisco Walter Calozuma Armijos y de la parte demandada Banco Pichincha C.A. Consecuentemente se da paso a la práctica de las pruebas que fueron admitidas en la Audiencia Preliminar y a partir de ellas se efectuó el siguiente análisis:

En cuanto a las copias certificadas del proceso de insolvencia tramitado en contra de Francisco Walter Calozuma Armijos, ante el juzgado Vigésimo Primero de lo Civil de Pichincha, se tiene que el **09 de septiembre de 2010** se presentó la demanda que fue calificada el jueves **17 de febrero de 2011**; el **18 de abril de 2017** comparece el accionante Francisco Walter Calozuma Armijos y solicita se declare el abandono de la causa y conjuntamente solicita el archivo de la causa por extinción de la obligación, siendo así que el Banco Pichincha C.A, mediante escrito de fecha martes **13 de junio de 2017** solicita se declare extinta la obligación demandada por solución o pago, lo que permitió que recién en la fecha **16 de junio de 2017** se disponga el archivo del proceso de insolvencia.

Dentro de este particular, cabe aclarar que la petición del señor Francisco Walter Calozuma Armijos en fecha 18 de abril de 2017 dentro del proceso de insolvencia Nro. 17321-2010-1259 solicitando se declare el abandono no tenía sustento legal por cuanto de acuerdo al artículo 247 numeral 3 del COGEP¹¹ no cabe el abandono en la etapa de ejecución y siendo el concurso de acreedores un proceso de ejecución universal es inadmisibles que el juzgador del proceso de insolvencia proceda a declarar el abandono del mismo. Sin embargo, se podría alegar el abandono dentro de aquel proceso de insolvencia únicamente si han transcurrido 10 años desde su declaratoria, esto siempre y cuando no se refiera a una insolvencia de origen fraudulento, tal como lo prescribe el artículo 430, inciso tercero:

“Art. 430.- Rehabilitación. Si los bienes alcanzan para pagar la totalidad de los créditos, la o el juzgador declarará extinguida la obligación y rehabilitará a la o al deudor.

También se rehabilitará a la o al fallido, persona natural contra quien haya seguido el proceso, si este se encuentra en estado de abandono por más de diez años, siempre que no se haya dado antes la declaración de fraudulencia. En este caso se procederá previo

¹¹ Art. 247.- Improcedencia del abandono. No cabe el abandono en los siguientes casos:
3. En la etapa de ejecución.



aviso al público y las o los acreedores podrán oponerse únicamente con la prueba de que ha continuado el proceso dentro de los últimos diez años o de que exista declaración ejecutoriada de fraudulencia de parte de la o del fallido.” (COGEP, 2016)

Por otra parte, el CPC (cuerpo normativo vigente al momento de la presentación del proceso de insolvencia) en su artículo 595 prescribe la rehabilitación del fallido:

“**Art. 595.-** El fallido que haya satisfecho sus deudas íntegramente, o por lo menos en la proporción a que queden reducidas por el convenio, con los intereses y gastos que sean de su cargo, tiene derecho a ser rehabilitado.” (CPC, 2005)

Es así que, por la rehabilitación de la persona insolvente cesan todas las interdicciones legales a que por la quiebra estaba sometida la persona fallida. En virtud del artículo antes citado podemos concluir que Francisco Walter Calozuma Armijos tenía derecho a ser rehabilitado pues el cumplimiento de la obligación que mantenía pendiente para con el Banco fue satisfecho en el año 2012, situación que no ocurrió pues como ya lo hemos mencionado antes, el proceso de insolvencia instaurado en contra de Francisco Walter Calozuma Armijos estuvo vigente por 5 años y fue de conocimiento público.

“**Art. 597.- Juez competente:** La rehabilitación se pedirá al juez de la causa ante quien se siguió el juicio de quiebra.

El solicitante presentará los comprobantes de su solvencia.

El juez hará publicar la solicitud por la prensa, y practicará todas las diligencias de reconocimiento y más necesarias para acreditar la verdad de los hechos.” (CPC, 2005)

A partir de este particular, el señor Francisco Walter Calozuma Armijos podía haber justificado su estado de solvencia con el certificado que el mismo Banco había emitido a su favor, mismo que daba a conocer que el accionante no mantenía obligaciones directas o indirectas pendientes con la institución.

Efectivamente, la solicitud de rehabilitación no fue solicitada al juez competente, no se comprobó el estado de solvencia de Francisco Walter Calozuma Armijos y mucho menos se



publicó por la prensa aquella solicitud, es decir, no se cumplieron los parámetros necesarios para que el señor Francisco Walter Calozuma Armijos sea atribuido como una persona solvente.

Necesario indicar o recordar que el daño moral es aquel proveniente de toda acción u omisión que lesiona los sentimientos, afecciones, o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana; por ello:

“(...) la acción de indemnización por daño moral es independiente y no está supeditada al previo ejercicio de la acción penal; es decir no existe prejudicialidad ya que esta es entendida como una condición, debiendo absolverse ciertas situaciones previas, con el fin de evitar nulidades en el proceso.” (Barragán Romero, 1995, pág. 184)

El daño moral no cuenta con una manifestación externa y por ello no precisa una prueba directa de su existencia, sino que es suficiente la valoración de la acción u omisión antijurídica que lo provoca, ubicándose en el campo de la responsabilidad civil. Consecuentemente, para la existencia del daño moral, no es necesario la prueba del sufrimiento humano; en la especie, es claro que la conducta del Banco Pichincha C.A., fue antijurídica, al haber mantenido abiertos o vigentes los juicios ejecutivos y de insolvencia, aunque el accionante ya había cancelado su obligación (debitado de manera arbitraria por el propio banco), hasta que el mismo accionante haya comparecido a dicho proceso de insolvencia (que ni siquiera tenía conocimiento de su existencia), para solicitar se disponga el archivo, acto que se efectuó después de múltiples insistencias por parte del actor.

Para Abarca Galeas

“La carga de la prueba de daño moral no está específicamente regulada en el Código Civil Ecuatoriano y bajo su criterio, la misma corresponde a la víctima, siendo ella quien tenga que probar la existencia del acto o hecho ilícito, la conducta dolosa o culposa y las circunstancias, la gravedad y naturaleza del daño y la relación de causalidad entre la conducta con el resultado dañoso. Sin embargo, el demandado está facultado para probar que los hechos alegados por el actor son consecuencia de circunstancias ajenas a su propio actuar que llegue a responsabilizarlos.” (Abarca Galeas, 2013, pág. 63)



El juez se refirió a las copias certificadas adjuntas como prueba por el actor sobre el proceso de acciones colusorias Nro. 17230-2017-14061 y manifestó que el archivo de la misma es legítimo y no causa daño de ninguna manera al accionante por cuanto no se completó la demanda en el término debidamente otorgado, argumenta que con esta prueba el actor ha logrado desvirtuar las pretensiones de sí mismo en cuanto a los DAÑOS Y PERJUICIOS que asegura le ocasionaron, no se han podido establecer los daños y perjuicios de la parte actora con respecto al daño emergente y lucro cesante sin existir un peritaje en este sentido, no se ha justificado la existencia de daños y perjuicios del Banco sino de terceras personas, sin que se haya demostrado que existió dolo o mala fe por parte de la institución financiera ya que efectivamente, dentro del proceso de daño moral no se cuenta con una prueba pericial o documental que justifique los perjuicios que se pudieron haber generado al actor. Tampoco se adjuntan ni anuncia como prueba copias certificadas del primer proceso de acciones colusorias Nro. 17230-2016-16473, proceso en el cual el actor manifiesta que se ha aceptado la excepción previa de incapacidad de la parte actora por encontrarse en estado de insolvencia y que, por negligencia del Banco, aún mantenía dicho estado aún después de haber cumplido la obligación pendiente que tenía con la institución.

En cuanto al DAÑO MORAL pretendido, con la prueba aportada por el actor Francisco Walter Calozuma Armijos, esto es, la libreta de ahorros Nro. 3038778100 del Banco Pichincha C.A., se logra verificar que en fecha 12 de marzo de 2012 se ha procedido a realizar una transferencia por la suma de 30.000,00 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica y con fecha 16 de marzo de 2012 se realizan 7 débitos denominados OPERACIONES GAF por las sumas de 10.217,32 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica. Además, dentro del proceso consta la certificación conferida en fecha 08 de mayo de 2017 por el Banco Pichincha C.A., en la que consta que el señor Francisco Walter Calozuma Armijos no registra obligaciones directas o indirectas pendientes de cobro hasta aquella fecha y sus obligaciones se encuentran al día.

De igual manera, constan copias certificadas del proceso de insolvencia Nro. 17321-2010-1259 que es calificado y admitido a trámite el 17 de febrero de 2011; se verifica que el señor Francisco Walter Calozuma Armijos comparece al mismo el 18 de abril del año 2018 solicitando se declare el abandono de la causa por haber excedido el plazo legal, posteriormente, en fecha 04 de mayo de 2017 el actor vuelve a solicitar el abandono de la causa, en fecha 08 de



mayo de 2017 adjunta el certificado emitido por el Banco Pichincha C.A., con el que justifica no tener obligaciones pendientes con dicha institución y solicita se declare la extinción de la obligación y el archivo de la causa.

En fecha 19 de mayo de 2017 el juez conecedor de la causa despacha el escrito anterior y le concede al Banco el termino de 3 días para que se pronuncie al respecto de lo alegado por Francisco Walter Calozuma Armijos. En fecha 25 de mayo de 2017 comparece nuevamente el accionante poniendo en conocimiento que el Banco no se ha pronunciado en el término otorgado por el juzgador y que el mismo sea considerado como aceptación tácita.

En fecha 08 de junio de 2017 nuevamente el juzgador le concede el término de 3 días al Banco Pichincha C.A., para que se pronuncie sobre el archivo y en fecha 13 de junio del 2017 comparece el Banco señalando que la obligación ha sido solucionada por el demandado Francisco Walter Calozuma Armijos a entera satisfacción del Banco Pichincha C.A., y solicita se ordene el archivo de la causa misma que fue archivada el 16 de junio de 2017. Además, tomando en cuenta las copias certificadas del proceso ejecutivo Nro. 17304-2009-1605 seguido por el Banco Pichincha C.A., en contra del señor Francisco Walter Calozuma Armijos consta que mediante auto el juez competente en fecha 01 de junio de 2010 manda al demandado a pagar la cantidad de 8.704,87 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica a favor de la institución financiera pero dentro de dicho proceso judicial no consta que se haya procedido a reliquidar dicha suma, razón por cual resulta arbitrario que se haya debitado una suma superior a la ordenada en el mandamiento de ejecución, ni siquiera se reliquido la obligación y mucho menos se solicitó al juez conecedor del proceso ejecutivo el embargo de dichos valores y a pesar de que el Banco procedió a cobrar el monto que consideró que el señor Francisco Walter Calozuma Armijos le adeudaba, mantuvo vigentes el proceso ejecutivo y de insolvencia. En tal virtud, es innegable que el hecho antijurídico que produjo por responsabilidad del Banco Pichincha C.A., ocasionando un perjuicio y una afección al señor Francisco Walter Calozuma Armijos por las consecuencias de su accionar.

De la prueba practicada por el actor, analizada en su conjunto, el juez resalta que efectivamente el Banco Pichincha C.A., procedió a debitar de la cuenta corriente del actor una suma de dinero superior a los 10.000 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, sin que el valor ordenado dentro del proceso ejecutivo Nro. 17304-2009-1605 se haya vuelto a reliquidar y



mucho menos se solicitó al juez concededor del proceso ejecutivo el embargo de dichos valores tal como lo prescribe en su apartado 378 del COGEP¹², incluso a pesar que el Banco ya había cobrado la deuda pendiente, mantuvo vigentes tanto el juicio ejecutivo como el juicio de insolvencia por más de cinco años, sin importar el perjuicio que le ocasionaron a su propio cliente Francisco Walter Calozuma Armijos.

En el caso sub judice, es claro que la conducta del Banco Pichincha C.A., es ANTIJURÍDICA al haber mantenido vigentes los juicios ejecutivo y de insolvencia, pese a que el actor de la causa ya había cancelado la obligación pendiente y aun a pesar de aquello se mantuvo al mismo en estado de insolvencia por años, hasta que sea el mismo deudor quien haya tenido que comparecer a dicho proceso con el fin de solicitar se declare la extinción de la obligación del mismo ya que esta había sido cancelada a entera satisfacción del Banco. Es evidente que esta conducta antijurídica si llegó a provocar un daño al actor por cuanto se mantuvo en estado de insolvencia desde el 16 de marzo de 2012 (fecha en la que se pagó la deuda al Banco) hasta el 16 de junio de 2017. Desde aquella conducta antijurídica, todo perjuicio es indemnizable, inmediatamente nace la obligación de reparar aquel daño generado por su responsabilidad.

El juez, en su motivación, hace referencia a sentencias, doctrina y jurisprudencia sobre la existencia y cuantificación del daño cuando no es patrimonial, sabiendo que dicho particular queda a criterio del juez concededor de la causa. En base a ello, se toma una línea para una indemnización en dinero que será cuantificada en relación a la entidad del interés lesionado, la naturaleza de la causa que lo provoca, la posición social de la víctima, la repercusión del agraviado, entre otros, pero sobre todo a la prudencia del juez, con el fin de constituirse en una reparación resarcitoria. Para este caso en específico, al determinarse con claridad la existencia del hecho ilícito generado por parte del Banco Pichincha C.A., y al haberse demostrado un nexo de causalidad con respecto al daño sufrido por el actor, la cuantía se determinará en base a la remuneración básica unificada actual por los 5 años que el actor Francisco Walter Calozuma Armijos permaneció en estado de insolvencia hasta que se dispuso el archivo de la causa en mención.

¹² **Art. 378.- Embargo de dinero.** Si se aprehende dinero de propiedad de la o del deudor, la o el juzgador ordenará que sean transferidos o depositados en la cuenta de la judicatura respectiva e inmediatamente dispondrá el pago a la o al acreedor.



Para Gil Barragán Romero, teniendo en cuenta que en base al criterio del juez se determinará el monto que deberá pagar el responsable del daño moral por concepto de indemnización, considera que:

“(...) el mismo debe cumplir con determinados parámetros para que se produzca el pago de una cantidad de dinero que signifique resarcimiento en el mayor grado posible de su derecho vulnerado, y en virtud de aquello, el juez deberá analizar las peculiaridades de cada caso y la gravedad del hecho y la culpa; primeramente, deberá considerarse la cuantía fijada por la víctima en su demanda inicial y posteriormente todos los otros elementos. Para determinar con justicia el monto de la reparación, el juez deberá considerar: la gravedad de la falta y la gravedad objetiva del daño; la personalidad de ambas partes procesales a sabiendas de que el criterio del juez deberá buscar la existencia del daño para que su actuar no sea considerado arbitrario. (Barragán Romero, 1995, pág. 63)

En este sentido, en audiencia de juicio el juez a-quo dictó sentencia aceptando parcialmente la demanda y disponiendo que el Banco Pichincha C.A., pague a Francisco Walter Calozuma Armijos la suma de 23.160,00 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica por el daño moral ocasionado. Las partes procesales apelaron respecto a la resolución de fondo emitida la cual fue admitida con efecto suspensivo más las apelaciones con efecto diferido que se presentaron en su momento.

2.3.2 Segunda Instancia

El 20 de noviembre de 2018 el Banco Pichincha C.A presenta su recurso de Apelación, con lo siguientes fundamentos:

Apelación con efecto diferido por parte del accionado:

Excepción previa por falta de legitimación en la causa pasiva prevista en el numeral 3 del artículo 153 del COGEP, argumentando que el Banco Pichincha C.A., no tiene responsabilidad alguna con la fallida demanda de acciones colusorias Nro. 17230-2017-14061 planteada en contra de la empresa Melinachangó Santa Barbara Cía. Ltda., y otros ya que la propia negligencia del actor fue la causante del archivo de esta.



El tribunal concedor de la causa, en forma unánime, rechazó la excepción previa confirmando la decisión del juez a-quo, considerando que el Banco Pichincha C.A., mantuvo el juicio de insolvencia en contra del accionante pese a encontrarse cumplida la obligación, la parte accionada (Banco Pichincha C.A.) alegó que los legitimados pasivos son las personas a las que demandó en el juicio colusorio mas no la institución financiera. En concordancia con aquello, existe la debida legitimación en la causa en dos casos:

- a) cuando el demandante o el demandado son personas distintas a quienes corresponde formular esas pretensiones o contradecirlas y,
- b) cuando debían ser parte en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso.

Teniendo como conclusión que el único llamado a contradecir su responsabilidad por haber mantenido el juicio de insolvencia es el Banco Pichincha C.A.

El tribunal considera que el Banco Pichincha C.A., mantuvo al accionante en una situación de sufrimiento y angustia conforme al artículo 2232 del código civil, dicha situación se vio reflejada cuando el accionante compareció al proceso de insolvencia a través de la presentación de escritos con el fin de que se declare el abandono del proceso y se declare extinguida la obligación pues su finalidad era ya no estar inmerso en el estado de insolvencia en el que se encontraba por cinco años, por esta razón, el tribunal rechaza todas las apelaciones y ratifica la sentencia subida en grado, recordando que:

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

Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados,



y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes.

La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo.” (Corte Provincial de Justicia de Pichincha, 2019)

El artículo citado hace mención al daño moral, a su reparación y a la posibilidad que tiene la víctima de demandar por su derecho vulnerado, en base a ello, podrá llegar a ser titular de una reparación pecuniaria, potestad que quedará bajo la responsabilidad del juez quien bajo su prudencia y en concordancia con los lineamientos establecidos por la doctrina podrá cuantificar el monto de dinero que se aproxime a la satisfacción.

La apelación a la sentencia de fondo, para la defensa técnica del Banco Pichincha C.A., contiene dos vicios fundamentales:

1. Indebida motivación

La falta de motivación implica una lesión al debido proceso, cuyo cumplimiento está garantizado en el rango constitucional en los artículos 76 y 89 de la Constitución de la República del Ecuador.

El juez de primera instancia consideró que el actor sufrió afectación personal o procesal por la existencia del juicio de insolvencia seguido por el Banco, pero se aclaró que sus procesos de acciones colusorias no fueron el resultado de una presunta responsabilidad de la institución financiera, razón por la cual no se determinaron daños y perjuicios sino únicamente daño moral.

Para el Banco Pichincha C.A., el juez resolvió más allá de lo que debía en base al contenido y pretensión de la demanda del actor, le dio un efecto dañoso autónomo a la existencia del juicio de insolvencia, considerando que la sola existencia de este juicio le provocó daño al actor. Esta conclusión es inmotivada por cuanto no tiene relación con los hechos y la prueba alegada en la demanda, no es un hecho controvertido ya que el actor ni siquiera tenía conocimiento de la existencia del proceso de insolvencia, siendo ilógico que le cause daño al actor de algo que ignoraba.



“La falta o ausencia de motivación de las decisiones judiciales, desatender las normas que determinan su contenido, de este modo se llegaría a analizar una causa de infracción de las normas que desarrollan los derechos que con ésta se garantizan.” (Escobar & Vallejo Montoya, 2013)

La falta de motivación se desprende de un test de la Corte Constitucional de tres elementos de comprobación:

Razonabilidad

“Una sentencia cumple el requisito de la razonabilidad en tanto guarde armonía con el derecho constitucional vigente y aplicable a un caso concreto, de modo que se evidencie que la decisión adoptada por el juzgador se fundamenta en normas que son conformes con la Constitución y no en aquellas que contraríen la misma.” (Corte Constitucional del Ecuador, 2016)

La sentencia hace relación casi exclusiva al apartado 2214 del CC, haciendo referencia al nexo causal, la existencia de la culpa o dolo y, la verificación de un daño directo, real, cierto y efectivo, se han buscado argumentos no planteados ni reclamados por el actor, siendo su estado de insolvencia el que le causó daño moral. El artículo citado prescribe lo siguiente:

“**Art. 2214.**- El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.” (CC, 2005)

Lógica

“Se debe verificar que la sentencia se estructure ordenadamente, de tal forma que guarde la debida coherencia y relación entre los hechos fácticos y las normas jurídicas, a fin de que los criterios jurídicos vertidos a lo largo de la sentencia guarden un hilo conductor con los hechos puestos en conocimiento del operador de justicia. El fallo debe ser coherente entre las premisas tácticas, las disposiciones aplicadas al caso concreto, y la conclusión.” (Corte Constitucional del Ecuador, 2016)



El Banco alega que, en la sentencia de primera instancia el juez reconoce que la insolvencia no le causó daño al actor con respecto a alguna afección patrimonial ni extrapatrimonial en relación con sus negocios mineros, sin embargo, para determinar la cuantía por concepto de indemnización se determinó que la insolvencia le provocó un DAÑO MORAL AUTÓNOMO.

Comprensibilidad

“Se manifiesta como la claridad en el uso del lenguaje y en la formulación de las premisas que componen el fallo, que dan cuenta sobre las razones de los juzgadores sobre la decisión adoptada. Este requisito tiene una íntima relación con el cumplimiento del requisito de lógica, en tanto una resolución debidamente estructurada, coherente y concatenada, da cuenta de la claridad con la que el juzgador ha procurado establecer en el acto procesal impugnado su razonamiento jurídico.” (Corte Constitucional del Ecuador, 2016)

Además, el Banco afirma que la sentencia de primer nivel es incomprensible ya que no especifica como la constatación de existencia de daño moral es el resultado directo de los fundamentos de hecho y la prueba alegada. Además, el juez no explica por qué el conocimiento reciente y limitado temporalmente de la insolvencia sea una fuente de daño moral verificable e indemnizable en el caso del actor.

La Corte Constitucional del Ecuador, en su sentencia Nro. 1158-17-EP/21 emitida en fecha 20 de octubre de 2021, abandona expresamente el test de motivación y sistematiza toda su jurisprudencia sobre la Garantía de la Motivación partiendo de un criterio rector en el que establece que la argumentación jurídica es suficiente cuando presenta una estructura mínima completa que consiste en una fundamentación jurídica suficiente (exige una justificación respecto de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas) y en una fundamentación fáctica suficiente (exige un razonamiento sobre los hechos dados por probados).

La garantía de motivación no exige decisiones correctas sino suficientes es por esta razón que se habla de una tipología de deficiencias motivacionales tales como la inexistencia,



insuficiencia y apariencia; una decisión aparentemente suficiente pero que no lo es puede adolecer de:

“Incoherencia: misma que puede ser lógica (cuando existe una contradicción entre los enunciados que integran la fundamentación jurídica o fáctica. Este vicio viola la garantía de la motivación, solo sí, excluyendo los enunciados contradictorios, no haya otros que logren configurar una argumentación) o decisional (inconsistencia entre la conclusión final de la argumentación y la decisión).

Inatención: Este vicio se produce cuando en la fundamentación jurídica o fáctica se ofrecen razones diferentes al punto de controversia.

Incongruencia: Puede estar presente frente a las partes (cuando en la fundamentación jurídica o fáctica no se ha contestado, en absoluto, los argumentos relevantes de las partes o cuando el juez desvía o tergiversa la decisión del marco del debate procesal) o frente al derecho (cuando el juez no ha contestado alguna cuestión que el sistema jurídico le impone).

Incomprensibilidad: Se produce cuando un fragmento de la fundamentación jurídica o fáctica no es razonablemente inteligible para un profesional del derecho o para un ciudadano común en el caso de que este haya intervenido en un proceso judicial sin patrocinio legal.

2. Incongruencia

De esta forma, el Banco alega que se vulneraron determinados derechos tales como la seguridad jurídica (previsibilidad) y el debido proceso en su derecho a la defensa.

Es necesario que la Sala analice dos particulares necesarios: el actor no determinó en su demanda que el hecho de ser insolvente le causó daño moral puesto que se concentró netamente en la pérdida de concesiones mineras. De esta manera, el Banco se defendió únicamente por los hechos alegados en la demanda mas no por aquellos que sin ser mencionados el juez de primer nivel citaría como parte de su sentencia, introduciendo un nuevo hecho y consecuencia jurídica excluida de la posición de las partes procesales.



De esta forma, el Banco alega que se vulneraron determinados derechos tales como la seguridad jurídica (previsibilidad) y el debido proceso en su derecho a la defensa.

3. Inexistencia de ilicitud

No se logró demostrar que el Banco incurrió en un hecho ilícito que llegue a perjudicar al actor ya que cada una de sus acciones estuvieron apegadas a derecho, sin la intención de generar algún perjuicio al accionante. El Banco no tenía la obligación jurídica de desistir del proceso ejecutivo y de insolvencia, compareciendo de manera inmediata cuando la autoridad competente lo requería.” (Corte Constitucional del Ecuador, 2021)

Por otra parte, el 20 de noviembre de 2018, el Dr. Jaime Lara, en representación del señor Francisco Walter Calozuma Armijos, interpuso el recurso de Apelación con la siguiente fundamentación:

Apelación con efecto diferido por parte del accionante:

Francisco Walter Calozuma Armijos sustentó su apelación en cuanto al auto interlocutorio de admisión de pruebas donde se consideró la negativa del juez a-quo conforme a lo previsto en el artículo 159 del COGEP¹³ para que disponga al secretario obtener las copias del eSATJE del juicio Nro. 1723-2016-16473 e insertarlas al expediente, causando gravamen, admitiendo una equivocación de su parte al omitir esta prueba en la demanda. La defensa técnica de la parte actora insistía en esta apelación por cuanto el proceso ya citado si hace referencia a un proceso judicial de acciones colusorias que se archivó por el estado de insolvencia de Francisco Walter Calozuma Armijos, con este medio de prueba el actor lograría

¹³**Art. 159.- Oportunidad.** La prueba documental con que cuenten las partes o cuya obtención fue posible se adjuntará a la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, salvo disposición en contrario.

La prueba a la que sea imposible tener acceso deberá ser anunciada y aquella que no se anuncie no podrá introducirse en la audiencia, con las excepciones previstas en este Código.

Todo documento o información que no esté en poder de las partes y que para ser obtenida requiera del auxilio del órgano jurisdiccional, facultará para solicitar a la o al juzgador que ordene a la otra parte o a terceros que la entreguen o faciliten de acuerdo con las normas de este Código.

La práctica de la prueba será de manera oral en la audiencia de juicio o en la segunda fase de la audiencia única. Para demostrar los hechos en controversia las partes podrán utilizar cualquier tipo de prueba que no viole el debido proceso ni la ley.



corroborar que la pérdida de sus concesiones mineras que fueron objeto de su demanda de acciones colusorias es de responsabilidad del accionar del Banco Pichincha C.A.

El tribunal confirmó la negativa del juez del primer nivel por considerar la no procedencia para el caso la aplicación del art. 159 COGEP, ya que el accionante se basó en los artículos 142.7 y 143.3 y 5 ibídem que prescriben lo siguiente:

“Art. 142.- Contenido de la demanda. La demanda se presentará por escrito y contendrá:

7. El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos. Se acompañarán la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica.” (COGEP, 2016)

“Art. 143.- Documentos que se deben acompañar a la demanda. A la demanda deben acompañarse, cuando corresponda, los siguientes documentos;

3. Copia legible de la cédula de identidad o ciudadanía, pasaporte o Registro Único de Contribuyentes de la o del actor.

5. Los medios probatorios de que se disponga, destinados a sustentar la pretensión, precisando los datos y toda la información que sea necesaria para su actuación.” (COGEP, 2016)

Según el auto interlocutorio dictado por el juez a-quo este es considerado legítimo y no causa daño al accionante ya que solo se dispuso el archivo de la demanda, desvirtuando las pretensiones del actor referente a los daños y perjuicios por la no existencia de dolo o mala fe en las que pudo haber incurrido el Banco, esto debido a que no se agregaron copias certificadas del proceso judicial por acciones colusorias Nro. 17230-2016-16473, en el cual, se aceptó la excepción previa de incapacidad de la parte actora, por encontrarse en estado



de insolvencia, por negligencia del Banco Pichincha C.A., aunque la obligación ya fue cancelada, lo cual le impidió ejercer su derecho.

La sentencia de fondo fue apelada por los siguientes hechos:

1. No se manda a pagar la indemnización por daños y perjuicios que fueron demandados pese a que se justificó la existencia del proceso de acciones colusorias Nro. 17230-2016-16473, con el que se pudo probar que este fue archivado porque el actor se encontraba en estado de insolvencia desde hace 5 años y que dicho vicio no fue subsanado dentro del término otorgado por el juez ya que el Banco compareció tardíamente al proceso de insolvencia y no cuando se lo requirió, gracias a ello se pudo imposibilitar la recuperación de las concesiones mineras del actor generando daños y perjuicios de manera latente.

Con respecto a lo alegado por el accionante, es importante aclarar que el juez de primera instancia no manda a indemnizar a Francisco Walter Calozuma Armijos por concepto de daños y perjuicios porque los mismos no fueron probados, no se probó ni el daño emergente ni el lucro cesante pues el accionante adjunto copias certificadas de un proceso de acciones colusorias 17230-2017-14061 cuando en realidad con aquel medio de prueba no demuestra participación alguna del Banco ni mucho menos alguna relación de la entidad bancaria con las concesiones mineras que Francisco Walter Calozuma Armijos alega haber perdido.

2. Se pudo demostrar la ilegalidad y la conducta delictual del Banco al momento de haber realizado más de dos operaciones con el fin de auto cobrar de la cuenta de ahorros Nro. 3064145804 del señor Francisco Walter Calozuma Armijos el monto que consideraban que el actor tenía pendiente con la institución sin alguna facultad legal. Además, después de aquel acto delictual, el Banco no procedió a desistir de los procesos ejecutivo y de insolvencia como correspondía una vez que la obligación había sido satisfecha.

3. En la sentencia de primer nivel se hace caso omiso a las pruebas que afirman la existencia de los daños y perjuicios ocasionados por el Banco, sin embargo, de esto nada se señala en dicha sentencia ya que el Juez se limita a señalar y atacar una resolución judicial que por equivocación se adjuntó al proceso.



La defensa técnica del accionante Francisco Walter Calozuma Armijos considera que era razón suficiente para el juez ordenar la indemnización por daños y perjuicios con haber mencionado en los fundamentos de hecho la existencia de un proceso judicial de acciones colusorias que se archivó porque el mismo era insolvente.

4. Existe prueba plena de la existencia de 3 hechos ilícitos: proceder al cobro de lo adeudado sin consentimiento del actor y sin orden judicial que lo respalde a través de 7 débitos de operaciones GAF de la cuenta de ahorros Nro. 3064145804; haberlo mantenido en estado de insolvencia por más de 5 años y; no haber desistido de los dos juicios ejecutivo y de insolvencia, aunque la obligación haya sido satisfecha en el año 2012 por un accionar del propio Banco Pichincha C.A.

5. Si bien se confirma la existencia del daño, la cuantificación no es proporcional al daño sufrido como consecuencia del accionar del Banco. El actor Francisco Walter Calozuma Armijos considera que el monto que el juez de primera instancia ordenó sea cancelado por concepto de indemnización no es suficiente por cuanto dicho monto no conlleva relación alguna con el patrimonio que perdió en sus concesiones mineras que fueron objeto de la demanda de acciones colusorias.

En lo principal, el Banco Pichincha C.A., responde a la apelación presentada por Francisco Calozuma en los siguientes términos:

Con respecto a la prueba inadmitida, el actor incurre en contradicciones notables por cuanto acepta que no adjunto como medio probatorio copias certificadas del proceso Nro. 17230-2016-16473 sin embargo expresa que el mismo fue referido en los fundamentos de hechos de la demanda, esperando que tal acto sea suficiente para considerarse como prueba plena.

La apelación planteada por el actor no se dirige al contenido de la sentencia sino a la negación del alcance de los daños y perjuicios sufridos por el mismo. El actor supo de la insolvencia por un mes, no hizo referencia a la existencia y magnitud de algún daño moral sufrido, su recurso planteado carece de fundamentación, misma que tendría que ser inadmisibile.



El 12 de diciembre de 2018 se admiten a trámite el recurso de apelación y se remite el proceso a la Corte Provincial. En la sentencia emitida por la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, la sala de apelación establece que con respecto a la indemnización de daños y perjuicios no se logra demostrar su existencia, esto debido a la débil carga probatoria de la parte accionante para corroborar el daño emergente y lucro cesante. Si bien es cierto el actor Francisco Walter Calozuma Armijos busca en su teoría de caso establecer que los daños y perjuicios provienen de la pérdida de su concesión minera, pero a criterio personal, son los propios actos del accionante los que originan la pérdida de las concesiones mineras, además de que claramente se establece que él puede volver a presentar acciones judiciales en contra de las personas con las que celebró los contratos de concesión minera, sin negar los actos arbitrarios que el Banco ejerció durante los últimos años.

En el caso de daño moral la sala concuerda con la sentencia de primera instancia ya que concluye que el actor sufre daño moral por dejar activos los juicios en su contra y dejarlo 5 años como insolvente. Es decir, determinan que el actor sufrió grave perjuicio, angustia, detrimento, dolor y malestar por este actuar del Banco por lo que esta conducta se subsume a la norma legal y sobre todo deja claro que existe un hecho antijurídico y que se generó un daño, presupuestos que son notables en el presente caso y que sirven para un estudio exhaustivo de la teoría de daño moral.

Como sabemos, el daño moral no tiene una manifestación externa y por ello no se requiere una prueba directa de su existencia, siendo suficiente la valoración objetiva de la acción u omisión antijurídica que lo provoca, no es necesaria la prueba del sufrimiento humano, siendo claro que la conducta del Banco es antijurídica que ha ocasionado angustia y sufrimiento al actor que faculta la reparación de dinero, dejando a la prudencia del juez la determinación de su valor. De este modo, el Tribunal de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha rechaza los recursos de apelación interpuestos por las partes procesales y confirma en todas las partes la sentencia de primera instancia.

2.3.3 Casación

En específico, la Sala de la Corte Provincial de Justicia de la que provenga la sentencia o auto recurrido, se limitará a calificar si el recurso de casación ha sido presentado dentro del término previsto para el efecto y remitir de inmediato a la CNJ; en consecuencia, por haberse



presentado dentro del término legal, los recursos de casación, se remite el proceso a la Corte Nacional de Justicia.

Revisada las apelaciones con efecto diferido por las partes procesales interpusieron el recurso de casación, respectivamente, el Banco Pichincha C.A., lo hizo el 13 de marzo de 2019 y Francisco Walter Calozuma Armijos lo hizo el 19 de marzo de 2019. Cada parte denuncia el o los motivos por los cuales llegan hasta esta etapa de revisión del proceso. A continuación, analizaremos los argumentos y pretensiones que consideraron necesarios en revisar.

No está de más indicar en qué se basa el recurso de casación, pues aquel no es una tercera instancia, sino donde se revisa, exclusivamente, cuestiones técnicas en la aplicación de las normas y siempre que se plantee con el ánimo de solicitar o buscar una valoración de pruebas, o algo distinto a lo indicado, aquel no será tomado en cuenta y se valorará sólo lo pertinente, el tecnicismo.

Accionante: Francisco Walter Calozuma Armijos.

El recurrente determina como causales en las que fundamenta su recurso las contempladas en el Art. 268 del COGEP numerales cuatro y cinco¹⁴

La defensa técnica presenta un argumento señalando que existe falta de aplicación o errónea interpretación del Art. 163 del COGEP¹⁵ lo cual es incongruente, pues si se alega que existe falta de aplicación no se puede alegar al mismo tiempo y sobre la misma norma que existe una errónea interpretación.

Ataca la sana crítica de los jueces al momento de la valoración de la prueba, señalando que impugna el auto de 05 de febrero de 2013 que niega la ampliación y aclaración de la sentencia, sin embargo, hay que precisar que este proceso inició el 02 de mayo de 2018 por

¹⁴ 4. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia o auto.
5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.

¹⁵



lo cual su tesis no tiene asidero con los hechos; más aún cita el artículo 2 de la Ley de Casación.

Accionado: Banco Pichincha C.A

La defensa técnica de la institución financiera considera que las normas de derecho infringidas son: los artículos 89 y 92 del COGEP, fundamentando el recurso en las causales segunda y tercera del art. 268 del mismo cuerpo legal.

Como primera causal el apartado 267 numeral 4 del COGEP señalando que la fundamentación del recurso debe contener específicamente: “La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada.”.

En lo que respecta a la segunda causal del Art. 268 del COGEP, indica el posible yerro cometido por el Tribunal; argumentando falta de motivación de la sentencia logrando determinar el presupuesto de razonabilidad, el presupuesto de lógica; y, el presupuesto de comprensibilidad que considera carece la resolución impugnada, con lo cual procede este causal.

Como tercera causal la existencia de incongruencia de la sentencia, explicando puntualmente que existe extra petita, por lo cual es admitido a trámite.

Con mayor detalle, revisadas las apelaciones, las partes procesales interpusieron el recurso de casación, respectivamente, el Banco Pichincha C.A., lo hizo el 13 de marzo de 2019 y Francisco Walter Calozuma Armijos lo hizo el 19 de marzo de 2019. El 26 de marzo de 2019 se remite el proceso a la Corte Nacional de Justicia y se fija en tres mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica el valor de la caución que la parte accionada ha solicitado para suspender la ejecución de lo resuelto.

El Código Civil define a la caución como: “**Art. 31.-** Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la prenda y la hipoteca.” (CC, 2005)

Los recursos de Casación fueron interpuestos contra la sentencia dictada por los Jueces de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha,



quienes rechazaron los recursos de apelación presentados por las partes procesales y en base a su motivación, confirman en todas sus partes la sentencia subida en grado sobre los daños y perjuicios y daño moral interpuestos en primera instancia.

Corresponde realizar el examen de los requisitos formales del recurso, tomando en cuenta que el recurso de casación no es de libre elaboración como sucede con los alegatos que se presentan en el curso de las instancias, por ello demanda del cumplimiento de exigencias de forma y de contenido claramente señaladas en el Art. 267 del COGEP:

“Art. 267.- Fundamentación. El escrito de interposición del recurso de casación, deberá determinar fundamentada y obligatoriamente lo siguiente:

1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.
2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.
3. La determinación de las causales en que se funda.
4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada.” (COGEP, 2016)

Con respecto a los requisitos formales del recurso de Casación presentado por Francisco Walter Calozuma Armijos, la defensa técnica presenta un argumento deficiente pues señala que existe falta de aplicación o errónea interpretación del artículo 163 del COGEP, dicho particular es incongruente pues no se podía alegar la existencia de falta de aplicación y errónea interpretación de la norma. Ataca la sana crítica de los jueces al momento de valorar la prueba, lo cual no es materia del recurso de casación razón por la cual se inadmite dicho recurso por carecer de una debida fundamentación.

El recurso de Casación presentado por el Banco Pichincha C.A., es admitido, respecto a los casos segundo y tercero del artículo 268 del COGEP que prescriben lo siguiente:



“**Art. 268.-** Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos:

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

3. Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia.” (COGEP, 2016)

En el recurso objeto de análisis el recurrente individualiza la sentencia recurrida, señala los juzgadores que dictaron el auto, especifica el proceso en el que se expidió, determina quiénes son las partes procesales y la fecha en la que se perfeccionó la notificación de la sentencia impugnada. El recurrente considera que las normas de derecho que se estiman infringidas son: “COGEP Arts. 89 y 92”. Fundamenta el recurso en las causales segunda y tercera del Art. 268 del COGEP

2.4 Decisión final adoptada por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia en su sentencia emitida el 10 de septiembre de 2019 en el proceso judicial Nro. 17230-2018-05996.

El tribunal de casación inadmite el recurso de casación interpuesto por el señor Francisco Walter Calozuma Armijos ya que no cumple con los parámetros del recurso que solicita, dejando en claro que el recurso es extraordinario y se emplea para verificar fallas técnicas.

Todo lo contrario, el recurso interpuesto por el Banco del Pichincha C.A, se admite basado en el fiel cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 270 del COGEP, se declara la admisibilidad del recurso de casación, respecto a los casos segundo y tercero del artículo 268 del COGEP.

SOBRE LA REPARACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS:

1. De la prueba actuada por el accionante Francisco Walter Calozuma Armijos, no consta que se haya justificado de manera alguna la existencia de daño o de perjuicio que, a



través de la demanda, fueron atribuibles directamente al Banco Pichincha C. A., en relación con los contratos mineros referidos y en los que sustenta esta reclamación; por el contrario, con la prueba aportada por el mismo accionante, consta que en efecto, la jueza de la Unidad Judicial Civil, dentro de la causa Nro. 17230-2017-14061, seguida por el señor Francisco Carlos Walter Calozuma y su cónyuge, en contra de Carlos Alfredo Trujillo Montalvo y otros, mediante auto de 01 de noviembre de 2017, en vista de que los accionantes no completaron la demanda en lo relacionado específicamente a los apellidos del accionante, conforme se dispuso, ordenó el archivo de la causa, pero dejando a salvo el derecho de la parte actora de accionar su demanda en legal y debida forma.

2. El primer juicio presentado por acciones colusorias no consta en el proceso de daños y perjuicios y daño moral como medio probatorio, únicamente se menciona de la existencia de este en el contenido de los fundamentos de hecho del actor más no se adjuntan copias certificadas que corroboren la existencia de este, razón por la cual no se puede llegar a verificar daño o perjuicio alguno a través de esas constancias procesales en relación con hechos u omisiones del Banco demandado. Toda vez que la razón de ser de la reclamación de daños y perjuicios está fincada en esas actuaciones procesales, corresponde desestimarla al no haberse demostrado su existencia y, por ende, su cuantía.

RESPECTO DE LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS MORALES:

1. Es aplicable al caso el artículo 2232 del Código Civil que prescribe lo siguiente:
“**Art. 2232.-** En cualquier caso, no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.” (CC, 2005)

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

La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la



determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo.

En el artículo citado, se garantiza la reparación del daño ocasionado por la acción u omisión ilícita efectuada por la persona demandada.

2. Del enunciado normativo se establece que para la procedencia del pago de una indemnización por daño moral es menester que confluyan:

- 1) la existencia de un daño de carácter moral;
- 2) que ese daño sea de una gravedad particular que haya causado perjuicio; y,
- 3) que el daño sea el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado.

La CNJ, en su Resolución Nro. 0028-2014, juicio Nro. 0094-2013 prescribe lo siguiente: “siendo el daño moral la perturbación, molestia, sufrimiento, dolor; la reparación se determina por una indemnización pecuniaria, sin perjuicio de otro tipo de satisfacción tales como las publicaciones y desagravios públicos.” (Corte Nacional del Justicia - Cuadernos de Jurisprudencia Civil y Mercantil, 2014, pág. 64)

Es decir, la indemnización pecuniaria es una forma de reparar el daño sufrido pero la víctima puede no sentirse verdaderamente indemnizada, es por eso que la víctima puede solicitar la rehabilitación psicológica, garantías de no repetición, medios simbólicos, entre otras, todo esto con el fin de hablar de un restablecimiento de su derecho vulnerado.

3. Respecto del daño moral, no existe controversia ya que el accionante, al no haber sido citado con la demanda de insolvencia, Francisco Walter Calozuma Armijos se enteró de dicho juicio en el mes de abril del año 2017, por lo que se trasladó a dicha institución financiera a requerir que se solicite el archivo de dicho juicio de insolvencia por cuanto ya había cumplido con su obligación crediticia el 16 de marzo del 2012. En la institución financiera se entrevistó con varias funcionarias, quienes le ofrecieron revisar el caso y “oportunamente” darle alguna razón. Toda vez que la entidad bancaria no desistió de la causa, procedió a solicitar un certificado de operaciones de crédito, el mismo que se le entregó el día 08 de mayo de 2017, que presentó en el juicio de insolvencia, seguido por el Banco Pichincha C.A., en contra suya, con la esperanza de que aquel documento sea suficiente para que el juez proceda a ordenar el archivo de dicha causa por estar totalmente saneada la obligación económica que mantuvo con el Banco, sin lograr su objetivo.



De las piezas procesales se constata que, el demandado en esa causa no fue citado, también se acredita que el 17 de febrero de 2011 el juez, al conocer de la causa, calificó la demanda como clara, precisa y la admitió a trámite, presumiendo la insolvencia de Francisco Walter Calozuma Armijos y mandó a formar el concurso de acreedores, habiéndose conferido para el efecto los oficios dirigidos a las autoridades a las que correspondía hacer conocer del particular al público en general.

Desde febrero de 2011, la causa se encontraba en estado de aparente abandono hasta que el 18 de abril de 2017, fecha en que el accionante comparece solicitando se obre en consecuencia. Este pedido es rechazado por el juez, señalando que según el sistema existen dos escritos posteriores que no han sido puestos a su conocimiento y que por lo mismo tampoco han sido proveídos; y en tal virtud, solicita que los recibidos de los mismos sean presentados para su despacho. El **04 de mayo de 2017**, el señor Francisco Walter Calozuma Armijos advierte al juez que no se ha dado cumplimiento de la providencia anterior y solicita que el actuario del juzgado sienta razón del tiempo transcurrido desde la última actuación judicial válida. El **08 de mayo de 2017**, el accionante presenta escrito al que adjunta una certificación del Banco Pichincha C. A., con la que acredita que el señor CALOZUMA ARMIJOS FRANCISCO WALTER, no registra obligaciones directas o indirectas pendientes de cobro y que se encuentra al día en sus obligaciones con el Banco, por lo que solicita que “a más de haber operado el abandono por falta de impulso del actor del mismo, la obligación se encuentra cancelada”. En providencia de **19 de mayo de 2017**, la ahora jueza de la causa corre traslado con lo manifestado por la parte demandada, por el término de tres días, a fin de que la parte actora de dicho proceso se pronuncie con respecto al contenido del escrito presentado por el señor Francisco Walter Calozuma Armijos. El Banco no contestó el requerimiento del juez, por lo que en nuevo escrito presentado el **25 de mayo de 2017**, el accionante solicita que se considere el silencio del accionante en aceptación tácita del pedido. El **8 de junio de 2017**, la jueza “conmina al Dr. Gomer Calixto Regalado López, Procurador Judicial del señor Aurelio Fernando Pozo Crespo, Gerente General y Representante Legal del Banco Pichincha C. A.”, para que se pronuncie sobre el archivo de la causa, concediéndole el término de tres días. Es así como el **13 de junio de 2017**, comparece el doctor José Eliecer Tello Suárez, procurador judicial del Banco Pichincha C. A. para reconocer que la obligación demandada ha sido solucionada por el demandado, a satisfacción de su representada, por lo que solicita declarar extinguida la obligación demandada por solución o pago. El **16 de junio de 2017**, la jueza finalmente dispone el archivo de la causa.



4. A pesar que el Banco alegó no estar obligado a desistir de dichos procesos, resulta incuestionable que este tenía el deber de desistir del proceso inmediatamente después que procedió a descontar de la cuenta bancaria que mantenía el accionante, los valores que consideró estarle adeudando, pese a encontrarse el caso en sede judicial, pero ese hecho no se considera como causante del daño moral por sí solo, sino por la negligencia y el quemeimportismo, exhibidos a la hora de subsanar la omisión de una obligación que debió cumplir muchos años atrás, es decir, la de desistir de dicha acción ante el requerimiento directo del señor Francisco Walter Calozuma. Así, el estado en que injustamente mantuvo el Banco a su cliente, no encuentra justificación alguna, y menos todavía cuando requerido judicialmente para colaborar en la subsanación de su omisión dio largas al asunto sin justificación alguna, sumiendo al accionante en angustia y sufrimiento ante esta falta de accionar. Existió daño moral al accionante produciendo angustia generada por esta inconducta de la entidad bancaria, la conducta antijurídica se puede evidenciar en los escritos que de manera consecutiva presentó en el juzgado que conoció la causa, sin obtener respuesta positiva, a la que se sometió innecesariamente al accionante, pues, la omisión pudo ser corregida inmediatamente por el Banco, una vez que tuvo conocimiento de la misma y de esta manera evitar el sufrimiento y la angustia a su cliente, es justamente desde este particular que se puede evidenciar la existencia del daño que se generaba en el señor Walter Francisco Calozuma Armijos.

5. La insolvencia alude a un estado personal y patrimonial que se caracteriza por la imposibilidad de honrar las obligaciones adquiridas y que, por lo mismo, le impide contraer nuevos compromisos económicos. La situación de insolvencia constituye en realidad, una declaración de muerte civil, pues, en ese estado la persona se encuentra impedida de desarrollar sus actividades económicas y políticas. Es así que la entidad financiera, en su libelo de demanda de insolvencia requirió para ese efecto que el juzgado oficie a los jueces de lo civil y de inquilinato; al Superintendente de Bancos y Seguros, “a fin de que dicha entidad emita el circular correspondiente a todos los Gerentes e Instituciones Financieras del país”, al contralor general del Estado, al procurador general del Estado, al superintendente de compañías, al director nacional del Registro Civil, a la Comisión Nacional de Transporte Terrestre, al Consejo Nacional Electoral, a la Dirección Nacional de Migración, al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y “más organismos de control del Estado”, a los señores



notarios y registradores de la propiedad del cantón Quito, “haciéndoles saber que, por el estado de insolvencia se encuentra imposibilitado de administrar sus bienes”. Dichos oficios fueron proveídos y entregados por el juzgado al Banco, entendiéndose que este a su vez los entregó a sus destinatarios. Sabiéndose en ese estado jurídico, el accionante inexorablemente debió sufrir angustia, ansiedad, estrés y sufrimiento, y, por tanto, daño moral, como consecuencia directa e inmediata de la conducta antijurídica del Banco Pichincha C. A., que debe ser indemnizado. Respecto a la gravedad del daño infringido, conviene tener presente lo expuesto a propósito de las consecuencias jurídicas de la presunción de insolvencia, por lo que resulta innecesario insistir en la misma.

6. A efectos de cuantificar la indemnización que deberá pagar el Banco Pichincha C. A., al señor Walter Francisco Calozuma Armijos el tribunal tiene en cuenta el tiempo que se tomó la entidad bancaria en subsanar la omisión de su deber legal y la gravedad de la situación jurídica en la que mantuvo al demandado injustificadamente, estimando el mismo en la cantidad de 8.000,00 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica. Dicha cantidad refleja únicamente el tiempo en que el accionante tuvo pleno conocimiento del estado de insolvencia en que se encontraba pues fue ese el tiempo en que sufrió todas las consecuencias de un accionar arbitrario por parte del Banco, no es posible que se tomen en cuenta los cinco años que duraron los efectos del proceso de insolvencia si los mismos fueron ignorados por el señor Walter Francisco Calozuma Armijos.

7. Al aceptar el recurso presentado por el abogado Edgar Fabricio Ulloa Balladares, en calidad de procurador judicial de Banco Pichincha C.A., este CASA la sentencia expedida el 26 de febrero de 2019, por un tribunal de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha y al dictar la correspondiente resolución de mérito dispone que el Banco Pichincha C. A., cancele en calidad de indemnización por daño moral al señor Francisco Carlos Walter Calozuma la cantidad de 8.000,00 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica. Sin costas ni honorarios que regular, dicho monto es calculado en relación al daño que sufrió el actor desde que tuvo conocimiento de la existencia de un proceso de insolvencia que lo mantuvo en aquel estado por más de cinco años y sin causa suficiente.



2.4.1 Análisis del recurso de casación.

Como primera conclusión vamos a analizar el porqué de la negativa en aceptar la casación por la parte accionante, pues a través de su defensa técnica mediante la interposición del recurso de casación manifestó más allá de las fallas técnicas en las que pudo haber incurrido el juez de segundo nivel mismo que argumentó disconformidad con lo establecido en cuanto a la indemnización que sería castigado el Banco Pichincha C.A., por el daño moral sufrido a su defendido, mismo que no tiene asidero legal dentro de un recurso extraordinario.

La defensa técnica del señor Francisco Walter Calozuma Armijos en cuanto a los motivos de fundamento para interponer la casación no abarcó razón de ser ni la naturaleza del recurso de casación. Se alegaron hechos que no podían incurrir en ninguna de las causales procedentes del mismo.

El recurso extraordinario de casación, como lo indica la norma, es exclusivo para verificar la existencia de alguna norma o derecho que se violentó o no se consideró una tercera instancia como pretendió la defensa técnica del accionante, pues estuvo desnaturalizando la medula de la casación al indicar motivos ajenos. Podríamos considerar que fue con aquella falla procesal que la defensa técnica de Francisco Walter Calozuma Armijos transformó la motivación jurídica en motivación sentimental, lo que le provocó la pérdida de lo pretendido.

Por su parte, el accionado, conjuntamente con su defensa técnica, detallaron de forma pormenorizada y motivada el recurso planteado, generando como resultado la admisibilidad del recurso de casación y consiguiendo que la Corte Nacional de Justicia case la sentencia expedida en fecha 26 de febrero de 2019 por el Tribunal de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha disponiendo que el Banco Pichincha C.A. cancele en calidad de indemnización la cantidad de \$8.000 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica en reemplazo de los \$23.160 dólares de los Estados Unidos de Norte América.

Una de las circunstancias más significativas que fueron analizadas por la Corte Nacional de Justicia para declarar con lugar el recurso interpuesto se referían a la forma en la que se cuantificara el monto de daño moral, esta cuantificación tendría lugar tomando en cuenta únicamente el tiempo en el que Francisco Walter Calozuma Armijos tenía conocimiento de los procesos instaurados en su contra y que hasta la fecha no habían sido archivados como



correspondía a pesar de haber solventado la deuda que tenía con la institución financiera en mención ya que no se podía sufrir daño moral por algo que ignoraba.

Podemos argumentar que “nadie puede beneficiarse de su propio dolo” pues se buscaba hacer responsable a una institución que, en cierto punto tuvo culpa, pero no a la magnitud que se pretendía por el accionante. Pero, no nos alejamos de la responsabilidad recaída en la institución financiera pues aquella debía responder por el daño provocado al accionante al haber mantenido su juicio de insolvencia en pie luego de haber sido cancelada la deuda.

2.5 Motivación Jurídica de la decisión emitida a través del VOTO SALVADO dictado por la Jueza Nacional de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, Dra. Rosa Beatriz Suarez Armijos.

La Dra. Rosa Beatriz Suárez Armijos, al no encontrarse de acuerdo con la decisión emitida por los otros dos jueces que formaban parte del tribunal de alzada, emitió su decisión en la que expone la razón de ser de su diferimiento en virtud del caso sujeto a análisis.

En el presente caso, el recurrente, Banco Pichincha C.A., tomó como base la causal segunda de casación, acusando al fallo de no cumplir con el requisito de motivación, violando la disposición constante en el artículo 89 del COGEP. Imputa vicios por el tercer caso del apartado 268 ibídem, pero sin exteriorizar la correspondencia entre la causal y norma.

En el recurso, el reproche se desarrolla partiendo de los elementos de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, respecto de lo cual consuma que la Sala discurrió que el actor no sufrió ningún tipo de afectación personal o procesal por la existencia del juicio de insolvencia en su contra. El actor no logró probar la existencia de un daño como tal respecto de las acciones tomadas por la institución financiera.

Es menester indicar que, la CNJ determinó que concurrió otro tipo de daño, como es la existencia de un proceso judicial de insolvencia en su contra, respecto a la pérdida de las concesiones mineras, que es el eje y fundamento de la demanda del actor.

Las contrariedades jurídicas a resolverse son los supuestos en su casación, que imputa el marco dentro del cual desarrolla el análisis de fondo, a efectos de determinar si los vicios están presentes en la motivación o extra petita.



Entonces, la conducta antijurídica del legitimado pasivo, nace el mismo momento, en que, habiéndose satisfecho de la deuda, no cumplió con el compromiso de retirar especialmente el juicio de insolvencia, conociendo de sus graves consecuencias, en el desarrollo de las actividades económicas, civiles y sociales que todo individuo necesita realizar.

Dicha causa, ejercida por el Banco, dejó de ser legítima y pasó a convertirse en un acto ilícito, por no encontrarse amparado por ninguna norma. Es indudable que, tal circunstancia no le afectó sino desde el momento en que ha conocido de la existencia del referido decreto (juicio ejecutivo y de insolvencia), no quita el que los efectos, y aunque fue y es público, fue utilizado y valió, para bloquear el ejercicio del derecho de acción.

En cuanto a la extra petita señala el vicio de incongruencia, indicando que se ha resuelto sobre lo que no han sido objeto del litigio. Es así que el motivo de la demanda tiene su origen en la falta de cumplimiento de la obligación de la entidad Bancaria de eliminar las acciones que perseguían el pago de la deuda; punto de derecho que se trata en el fallo atacado, sino parte central del debate que se puso en conocimiento del tribunal.

Su decisión se examinó de la siguiente manera:

CASO SEGUNDO DEL ART. 268 DEL COGEP

En tiempo de vigencia del CPC, la insolvencia es una presunción legal, que indefectiblemente conduce a la apertura del concurso de acreedores, en la forma y por las condiciones señaladas en el apartado 519 que prescribe lo siguiente:

“Art. 519. Presunción de Insolvencia. - Se presume la insolvencia, y como consecuencia de ella se declarará haber lugar al concurso de acreedores, o a la quiebra, en su caso:

- 1.- Cuando, requerido el deudor con el mandamiento de ejecución, no pague ni dimita bienes;
- 2.- Cuando los bienes dimitidos sean litigiosos, o no estén poseídos por el deudor, o estén situados fuera de la República, o consistan en créditos no escritos, o contra personas de insolvencia notoria; y,



3.- Cuando los bienes dimitidos sean insuficientes para el pago, según el avalúo practicado en el mismo juicio, o según las posturas hechas al tiempo de la subasta. Para apreciar la insuficiencia de los bienes, se deducirá el importe de los gravámenes a que estuviesen sujetos, a menos que se hubieren constituido, para caucionar el mismo crédito.”

Si los bienes dimitidos están embargados en otro juicio, se tendrá por no hecha la dimisión, a menos que, en el término que conceda el juez, compruebe el ejecutado, con el avalúo hecho en el referido juicio o en el catastro, la suficiencia del valor para el pago del crédito reclamado en la nueva ejecución. En este término se actuarán todas las pruebas que pidan el deudor y el acreedor o acreedores o el síndico.” (CPC, 2005)

De esta manera se ubica al deudor en una suerte de interdicción civil, su identificación como fallido y con el objeto de administrar virtualmente su quiebra. La declaratoria, se realiza en primera providencia, que, por provenir de autoridad pública, tiene así mismo carácter de documento público con los efectos previstos en los apartados 164, 165 del señalado CPC. En particular el apartado 166 ibídem, dispone que:

“El instrumento público hace fe, aún contra terceros, en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, entonces, la conducta antijurídica del demandado en la causa, nace el mismo momento, en que, habiéndose satisfecho de la deuda, no cumplió con la obligación de retirar especialmente el juicio de insolvencia, sabiendo de sus graves consecuencias, en el desarrollo de las actividades económicas, civiles y sociales que todo individuo necesita realizar.” (CPC, 2005)

Por tanto, las razones de la Sala de Instancia, son concordantes con la demanda del actor; han sabido exponer que la decisión responde a los antecedentes de los hechos procesados, con suficiente fundamento jurídico doctrinario y dispositivo, explicados de manera clara e inteligible, cumpliéndose los parámetro de lógica, comprensibilidad y razonabilidad; porque la norma aplicada corresponde a las pretensiones consignadas en el acto de proposición; el Tribunal, no ha encontrado en el fallo un parte que estuviere afectado por los vicios prescritos por el Art. 268, caso segundo del COGEP, por lo que se rechaza el cargo, por no existir alegado.

En el caso, el recurrente, tomó la causal segunda de casación, acusando al fallo de no cumplir con el requisito de motivación, violando la disposición del apartado 89 del COGEP.



Además, acusa vicios por el tercer caso del apartado 268 ibídem, pero sin indicar la relación entre la causal y norma.

Dentro del libelo del recurso, la censura se desarrolla partiendo de los elementos de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, respecto de lo cual concluye que la Sala consideró que el actor no sufrió ningún tipo de afectación personal o procesal por la existencia del juicio de insolvencia en su contra.

CASO TERCERO DEL Art. 268 DEL COGEP

Este caso hace referencia a aquella situación en la que se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia de litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia. Alegado por el casacionista el vicio de incongruencia, se señala que se ha resuelto sobre lo que no ha sido objeto del litigio, el vicio de actividad será de extra petita.

Para evidenciarlo, extrae parte de las aseveraciones consignadas en la demanda, que difieren de la pretensión que se funda la entidad bancaria, el 9 de septiembre de 2010, presentó una demanda para que se declare la insolvencia del señor Francisco Walter Calozuma Armijos, con fundamento en la sentencia, que ordenó el pago al Banco de 8.704,87 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

El motivo de la demanda instaurada por el señor Francisco Walter Calozuma Armijos en contra del Banco Pichincha C.A., tiene su origen en la falta de cumplimiento de la obligación de la entidad Bancaria de eliminar las acciones que perseguían por el pago de la deuda que el actor tenía pendiente con la institución financiera en mención; punto de derecho que se trata en el fallo atacado, que no es extraño al hecho controvertido, sino parte central del debate, siendo que la resolución del Tribunal de Alzada, se corresponde con los fundamentos de la pretensión, sin excederse de los límites de la litis, que no necesariamente debe coincidir con las negaciones presentadas por el demandado, si las afirmaciones han sido adecuadamente demostradas; por lo mismo, no tiene cabida la acusación de incoherencia, por lo que se niega el cargo del caso tercero del apartado 268 del COGEP. Tanto más, si en la audiencia pública, no se sustentó oralmente esta causal.

DECISIÓN:



La Juez que emitió su voto salvado, por sus razonamientos expuestos, no casa la sentencia puesta en su conocimiento.

2.5.1 Análisis del voto salvado.

La corte asume, conforme a las aseveraciones del Banco Pichincha C.A., que el daño moral pretendido no se debió a su causa, pero por el tiempo transcurrido en la petición del archivo de la causa por insolvencia podríamos indicar que dicha entidad pudo haber comparecido después de que ya no existieran obligaciones pendientes para con la misma.

El señor Francisco Walter Calozuma Armijos sufrió a más de un menoscabo en su ámbito económico un perjuicio a causa de la resolución obtenida en su contra ya que el juzgador de primer nivel falla a su favor y por la mera revisión de legalidades se concede una resolución que disminuyó en gran cantidad el valor que supuestamente había sido establecido como compensación.

A más del daño ocasionado por la institución financiera (por el juicio de insolvencia que se mantenía activo), el accionante tuvo que enfrentar la mala práctica de sus exsocios mineros y cuando los demandó por acciones colusorias no pudo continuar sustanciando el proceso a causa del juicio de insolvencia.

A más de las conclusiones en cuanto a los hechos podemos denotar una gran diferencia monetaria sobre la indemnización que recibiría en un inicio Francisco Walter Calozuma Armijos y el valor real que terminó recibiendo como medida de reparación aún después de que estuvo por el lapso de 5 años con un juicio por insolvencia y a su vez no podía desempeñar actividad económica alguna a causa de ello. Debieron haberse realizado gestiones más prudentes por parte del accionante para solventar su situación económica con la institución financiera ya que ello le causó un perjuicio mayor al que pudo haber pensado.

Podríamos aventurarnos al indicar que el accionante se fio de la gestión propia realizada por la institución pues no pensó que aquella dejaría pasar tanto tiempo para hacer constar el cumplimiento de la deuda pendiente. El señor Francisco Walter Calozuma Armijos a través de su defensa técnica en su tiempo debió ingresar algún tipo de reclamo a la institución para su eliminación de la base de datos de personas incumplidas, o en la vía legal, en contra de la propia institución.



Atribuimos hasta con presunción que la institución financiera actuó de la mala fe con el accionante pues, así como instauró la causa para el cobro de los valores adeudados debió, aunque para aquel tampoco notificó, informar al accionante (deudor en esa causa) que su deuda estaba pagada en su totalidad.

Podríamos indicar que la institución financiera tomó dos posturas: 1. Cobrar la deuda de manera legal hasta cierto punto, pues el deudor no estuvo informado según lo indicado por él, buscando el cobro de su haber, y 2. No cerrar aquel juicio de insolvencia en contra del deudor. Si bien es cierto, la institución logró su cometido y obtuvo su beneficio.

A su vez, el accionante Francisco Walter Calozuma Armijos cumplió su rol como deudor, demostrando también dos posturas: 1. Pagar la deuda, pero como cualquier civil se olvidó de la gestión posterior, como lo es la certificación de No adeudo, y 2. Cobrar daños y perjuicios a la institución que mantuvo en pie un proceso que ya había sido subsanado en su tiempo.

Pero, siguiendo la línea de las aseveraciones del Voto salvado emitido por la Dra. Rosa Beatriz Suarez Armijos, donde indicaba que aquel daño o perjuicio no lo vio sino hasta que supo que no podía continuar con el otro proceso en contra de los ex accionistas, esto es, cinco años después, y desde su postura podemos aseverar (con postura de tercero) que se intentó aprovechar del caso para poder incrementar el valor del resarcimiento pretendido.

A su vez, la procedencia de Francisco Walter Calozuma Armijos en cobrar daños y perjuicios a la institución financiera estuvo hasta cierto punto en lo correcto si es que hubiese demostrado en más detalle y en un lapso de tiempo más corto que aquel proceso le estaba vulnerando o impidiendo continuar con su vida “económica”, donde en el tiempo estimado de 1 o 2 años podría repetir, documentadamente, contra la institución y si, la acción por daños y perjuicios hubiese sido más efectiva en comparación al caso de estudio.

En otro punto, la Institución financiera actuó de forma acertada al haber impedido que se incurra en *extra, ultra petita* por parte de los jueces encargados, pues al analizar el lapso de tiempo y las actividades desarrolladas por el accionante, se vislumbró, hasta en cierto punto, que sí existió daño, pero no a la magnitud que se mencionaba.



2.6 Análisis normativo del problema jurídico planteado en el presente proceso judicial.

a) ¿Existe falta de motivación en la sentencia dictada por el tribunal de apelación conforme lo dispuesto en el art. 89 del Código Orgánico General de Procesos?

Para el Tribunal, es claro que la conducta del Banco Pichincha C.A., es antijurídica, al haber mantenido vigentes los juicios ejecutivos y de insolvencia, pese a que el actor de esta causa, señor Francisco Walter Calozuma Armijos, ya había cancelado su obligación, haciéndose necesario que después de algunos años el mismo deudor comparezca a dicho proceso, para solicitar se disponga el archivo de los dos procesos judiciales.

Se analiza el artículo 2232 del Código Civil, el mismo que caracteriza a los daños morales como los que provoquen sufrimiento psíquico o físico, tales como: angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes. Enumera, especialmente, los delitos y cuasidelitos que ocasionan daño moral, además, aquellos que manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación, las lesiones, la violación, entre otras. En virtud de aquello, no hay duda que existe un hecho ilícito efectuado por el Banco Pichincha C.A., que ha ocasionado sufrimiento y angustia al actor que de acuerdo al mismo Art. 2232 del Código Civil, se faculta la reparación en dinero, dejando a la prudencia del juzgador la determinación de su valor.

En la valoración de los hechos, el tribunal establece que el deudor, en este caso, el accionante Francisco Walter Calozuma Armijos, compareció a un juicio de insolvencia en su contra, iniciado por Banco Pichincha C. A, cuya existencia desconocía, para solicitar se disponga el archivo de este al haber cancelado la obligación por el accionar del propio Banco. A partir de aquello, el Tribunal se plantea la siguiente interrogante: *¿Cuál es la razón para que el tribunal provincial al igual que lo hizo el juez de primer nivel- pretenda la reparación por daño moral por todo un período que el accionante no estuvo al tanto del juicio de insolvencia y al no estar enterado, no pudo haber sido objeto sufrimiento?* concluyendo que efectivamente el razonamiento del tribunal deviene en ilógico, por contradictorio y por no poseer la justificación interna que se requiere para conseguir una verdadera motivación, es por ello por lo que la sentencia impugnada es nula, por lo que el tribunal procede a dictar la correspondiente sentencia, de conformidad con el art. 273, número 4 del COGEP



Es necesario referirnos a la decisión adoptada por el tribunal de apelación la cual establece que efectivamente se incurre en daño moral debido a que el accionante sufrió angustia, estrés, y sufrimiento, esto debido a que el Banco mantuvo activos los juicios ejecutivos y de insolvencia en su contra por lo que este daño debe ser indemnizado. En este sentido es evidente que el accionante Francisco Walter Calozuma Armijos sufre daño moral por esta acción antijurídica de la parte demandada.

Ahora, al referirnos a la reparación de daños y perjuicios el tribunal de apelación establece que el accionante no justifica la existencia de daños y perjuicios atribuibles al Banco Pichincha C.A., con relación a los contratos mineros referidos anteriormente y en los que sustentó su reclamación. Por lo expuesto, es necesario explicar que el juez de apelación no da un análisis muy profundo a lo que se refiere a la reparación de daños y perjuicios, por lo que desde un pensamiento crítico, el juez aprecia que el accionante buscaba la reparación de daños y perjuicios por la pérdida de sus concesiones mineras pero como bien analizaba el juzgador de primera instancia, no existía una relación de causalidad entre el hecho antijurídico y este resultado dañoso, ya que son los propios actos del accionante los que hacen que subsista este resultado dañoso, además de que tiene la opción de volver a presentar la demanda contra las personas que presuntamente lo perjudicaron.

Sin duda alguna existe daño moral, ya que el Banco Pichincha C.A., negligentemente mantuvo activos los juicios que produjeron una insolvencia prolongada al accionante Francisco Walter Calozuma Armijos sin desistir de los mismos, es por eso que el tribunal de apelación llega a una conclusión lógica y coherente al determinar la generación de un daño moral que ha traído sufrimientos y angustia al accionante; sin embargo, el actor, en su demanda, menciona reiteradamente que por culpa y negligencia del Banco llegó a perder las concesiones mineras, lo cual por la evidente carga de prueba del accionante, no logra establecer que el daño moral se extendiera hasta a esos puntos, ya que a pesar del perjuicio que sufre el accionante por las pérdidas de las concesiones, está claro que esto constituye un hecho aislado en el cual el accionante podría tomar otra acción judicial para reclamar sus derechos presuntamente perjudicados.

Es por esto que debemos establecer que existe una línea trazada en este caso con respecto al daño moral ya que la acción dañosa comienza con el actuar negligente del Banco Pichincha C.A., y termina con la prolongación de un establecimiento de estado de insolvencia



que le generó al accionante un daño moral; es por esta razón que tampoco los daños y perjuicios logran ser probados ya que como se mencionó anteriormente, la pérdida de las concesiones mineras no entran en la relación de causalidad alegada por el accionante en su teoría del caso.

b) ¿El tribunal provincial incurrió o concedió el vicio de extra petita, conforme al art. 92 del COGEP?

En primer lugar, tenemos que señalar que el vicio extra petita se refiere a aquellos casos en los que se decide sobre puntos que no han sido objeto de litigio, esto en concordancia con el artículo 92 del COGEP el cual prescribe que:

“Las sentencias deberán ser claras, precisas y congruentes con los puntos materia del proceso. Resolverán sobre las peticiones realizadas por las partes y decidirán sobre los puntos litigiosos del proceso.” (COGEP, 2016)

En base a esto a continuación estableceré los puntos en los cuales se determinará si existe un vicio extra petita en el presente caso:

1. El tribunal de apelación se refirió a la reclamación de daños y perjuicios por el accionante Francisco Walter Calozuma Armijos en el cual se concluyó que no se logró probar por el mismo su teoría del caso.
2. De igual manera, analizó el daño moral y estableció la existencia de este por no haber desistido de los juicios ejecutivo y de insolvencia en contra de accionante cuando ya se había pagado la totalidad de su obligación.
3. Estudió antecedentes del caso por la parte accionante y demandada y las pruebas que aportaron cada uno de ellos, dentro de este punto, cabe recalcar que el propio accionante Francisco Walter Calozuma Armijos, en su recurso de apelación argumentó que efectivamente sufrió daño moral por el archivo del juicio de acciones colusorias y por la gran pérdida de dinero a la que se sometió pero en virtud de aquello, aceptó haber presentado copias certificadas del segundo proceso de acciones colusorias que también se archivó pero a diferencia del primero, este fue archivado por su responsabilidad.
4. El tribunal tomó en cuenta la resolución de primera instancia en la que sólo establecía la existencia de daño moral, pero argumentó la existencia de un daño moral



Autónomo, mismo que no formó parte de la pretensión de la demanda presentada en primera instancia.

Con estos antecedentes establezco que no se incurrió en vicio de extra petita, por cuanto el tribunal de apelación emitió una decisión referente a la pretensión de la parte accionante Francisco Walter Calozuma Armijos, es decir, analizo si cabía en este caso la reparación de daños y perjuicios y la reparación de daño moral, por este motivo, llegó a la conclusión de la existencia de un daño moral autónomo mismo que hacía hincapié en su autonomía misma que nos sirve para saber la pretensión que puede solicitarse, los medios probatorios y la cuantía de este daño que no estaba alejado de la pretensión de la parte actora y de la defensa de la parte demandada, esto en base a todas las pruebas que aportaron las partes y sus alegatos en cada teoría del caso.

2.7 Análisis Jurídico del principio de Reparación Integral garantizado en la sentencia dictada por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia como respuesta al Daño Moral generado por el Banco Pichincha C.A a F.W.C.A

El principio de Reparación Integral no comprende únicamente una compensación económica pues, para conseguir un verdadero ejercicio de este principio, el mismo consiste en:

- Indemnización económica (dinero)
- Rehabilitación (física o psicológica)
- Garantía de no repetición (políticas y servicios públicos)
- Medidas simbólicas (disculpas públicas, placas conmemorativas, etc.)
- Interpretación de las normas: normativa en la cual se establece cual será la reparación, como las cláusulas penales.

Con base en las argumentaciones que presentan las partes procesales, corresponde fijar los límites dentro de los cuales se enmarcará el pronunciamiento del tribunal, a través del establecimiento de los problemas jurídicos a resolver, conforme lo supone el orden lógico de las consecuencias que genera su aceptación y que son los siguientes:



El proceso sube en grado y como motivo señalan que la falta de justa motivación se desprende del test de constitucionalidad que incluye tres elementos de comprobación: lógica, razonabilidad y comprensibilidad. En efecto indican que, en el fallo, los jueces de apelación decidieron que el actor “no sufrió ninguna afectación personal o procesal por la existencia del juicio de insolvencia en su contra” y que, en definitiva, no perdió sus concesiones mineras ni los juicios colutorios coligados como consecuencia del hecho imputado a la responsabilidad de la institución financiera.

Respecto al criterio de razonabilidad, la sentencia toma de manera literal lo que indica el artículo 2214 del Código Civil y determina que, en la responsabilidad civil extracontractual, sólo incumbe probar un ilícito para establecer la presencia del daño.

Con ello, a juicio de los litigantes, el tribunal de apelación no sólo desglosa los elementos generales de la responsabilidad civil, mismos que son: i) nexo causal; ii) elemento subjetivo (culpa o dolo); iii) verificación de un daño directo, real, cierto y efectivo; sino que, también, se usa para argumentar la sentencia condenatoria respecto de algo que el actor no reclamó: que su estado de insolvencia le provocó daño moral.

Es así como los administradores de justicia argumentan en la sentencia que el actor sufrió daño moral por haber estado insolvente desde los años 2012 hasta 2017 y que el actor no tenía conocimiento de los juicios por ende no podrían haberle causado algún tipo de daño moral pues Francisco Walter Calozuma Armijos ignoraba ser insolvente durante los 5 años.

En correlación a la razonabilidad agregan la no existencia de un adecuado ejercicio de subsunción de los hechos con las normas jurídicas.

Conforme a la lógica, argumentan, aunque en la sentencia apelada se manifiesta que la quiebra no provocó en el actor ninguna afectación patrimonial o moral con relación a sus negocios mineros, el tribunal de apelación en forma errada, terminan concluyendo que sólo la “existencia de un juicio de insolvencia” planteado por Banco Pichincha C.A. contra el accionante y con justa causa, provocó en el actor daño moral autónomo.

Afirman que ese daño moral como punto primordial no fue invocado por el accionante en el libelo de la demanda y, mucho menos fue probado en el proceso. Y así mismo, el accionado indica que la sentencia no especifica cómo la verificación de la existencia del daño



moral surge de los hechos de la demanda y la prueba considerando que carece de comprensión.

Respecto del caso 3 del art. 268 del mencionado Código, alega una infracción al art. 92 del COGEP, ya que el pronunciamiento judicial incurre en un vicio de disonancia o incongruencia por extra petita, pues los jueces de apelación, en la parte motiva del fallo, se pronunciaron sobre puntos que no fueron objeto del litigio. A criterio de la parte recurrente, el objeto de la litis se centra en que el actor fue perjudicado por ex socios mineros y cuando demandó por colusión a esos terceros su demanda no prosperó por cuanto Banco Pichincha C.A. había iniciado un juicio de insolvencia en su contra. Por ello, la pérdida de los negocios mineros le causó daños y perjuicios materiales y daño moral. Sobre la base de esta pretensión la entidad financiera centró su defensa y los términos del debate.

Es menester indicar que después de corroborarse la existencia del daño moral y la afección que sufrió Francisco Walter Calozuma Armijos como consecuencia del accionar del Banco Pichincha C.A., podrían haberse configurado diferentes medidas de reparación con el fin de que el actor y al mismo tiempo víctima pueda estar en una situación de reparación integral. En el libelo de la demanda, el accionante plantea como cuantía la cantidad de \$3,000.000.00 de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica pues dicha cantidad refleja los daños y perjuicios que ha sufrido cuando perdió sus concesiones mineras y el daño moral que generó en su persona el accionar del Banco.

Francisco Walter Calozuma Armijos acciona por el daño moral que sufrió al haber perdido su proceso seguido por acciones colusorias a causa del estado de insolvencia en el que se encontraba inmerso por 5 años mas no acciona por haber padecido sufrimiento o menoscabo en su persona a causa de su insolvencia puesto que desconocía su calidad de demandado en el proceso judicial de insolvencia en el que el Banco Pichincha C.A. era actor. El sufrimiento del actor se vio reflejado en el año 2017 al momento de comparecer al proceso en mención, a través de diversos escritos en los que solicita el archivo del mismo, haciendo notar su desesperación pues de aquel proceso dependía la continuación de su proceso de acciones colusorias. El actor no sufrió las consecuencias de su insolvencia durante los 5 años ininterrumpidos pues desconocía del mismo, es claro que no puede alegar un sufrimiento a causa de circunstancias de las cuales ignoraba su existencia.



El tribunal dentro de su sentencia ordena el pago de 8.704,87 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica por cuanto es evidente e innegable que el actor Francisco Walter Calozuma Armijos sufrió daño moral, pero, su cálculo únicamente refleja el tiempo desde que el actor tuvo conocimiento del proceso de insolvencia hasta que éste sea archivado. Los daños y perjuicios no formaron parte de la decisión final por cuanto los mismos no fueron debidamente justificados ni probados, caso contrario la decisión carecería de razonabilidad, equidad y prudencia. En tal virtud, la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia N.º 011-14-SEP-CC, determinó que es necesario que los jueces realicen un análisis objetivo, preciso, claro y articulado entre los fundamentos fácticos y los derechos presuntamente vulnerados pues es necesario determinar cómo, de qué forma y en qué circunstancias se vinculan los hechos supuestamente violatorios con los derechos afectados, dentro del caso concreto.

A pesar de tratarse de un proceso judicial de daño moral, el tribunal no hace un análisis sobre la reparación integral a la víctima, no busca los mecanismos idóneos a través de los cuales se pueda garantizar una debida reparación a la víctima dentro de esta causa. Si bien es cierto, existe daño moral a causa de un hecho ilícito originado por el Banco Pichincha C.A., y las consecuencias en el actor pueden haber ido más allá de haberle otorgado una cantidad de dinero con carácter indemnizatorio que está actuando con carácter resarcitorio. En la decisión del tribunal, evidentemente estamos frente a una reparación por equivalencia pues se ha tratado de proveer de satisfacciones equivalentes a los perdidos por la víctima para aminorar en lo posible sus afecciones ya que la idea no es que a través de la misma el actor recupere un valor semejante a sus concesiones mineras pues las mismas no fueron objeto de su demanda ni enriquecer injustamente al mismo.

El tribunal pudo haber ordenado diferentes mecanismos en los que consiste la reparación integral a favor del actor Francisco Walter Calozuma Armijos tal como lo hemos mencionado y analizado dentro de este trabajo, aunque los mismos no fueron parte de su pretensión dentro de su demanda con el fin de respaldar a la víctima del daño sufrido para que, de la mano de la administración de justicia, pueda superar las consecuencias que no estaba obligado a soportar. El sistema jurídico tiene que tutelar y otorgar una correcta reparación sobre los derechos que han sido vulnerados. Dentro del proceso judicial sujeto a análisis, el accionante no se preocupa por probar el nivel de afección que padeció a causa de la responsabilidad de la entidad financiera, su teoría del caso no va más allá de un monto pecuniario y, definitivamente, no pretenden un resarcimiento que merece un daño moral como



tal. Por otra parte, el análisis jurisprudencial y doctrinario de los jueces trata de justificar la existencia del daño y el cálculo del mismo sin que la reparación integral tenga un trato específico. A criterio personal, el accionante no hace esfuerzo alguno por tratar de conseguir una sentencia que garantice una verdadera reparación, su defensa técnica procura que se ordene el pago de una cantidad de dinero dando a entender el establecimiento de una indemnización pecuniaria es más que suficiente para que la víctima sienta que sus derechos vulnerados han sido reparados satisfactoriamente.

CONCLUSIONES GENERALES

Referente a la justificación como tal de un daño, el conflicto se basa en la valoración de aquellos de carácter subjetivo, pues como atiende sobre daños intrínsecos y no gozan de cualidad material, se valorarán conforme al principio *in res ipsa loquitur* (la cosa o los hechos hablan por sí mismos), como condición que instituye la prueba del daño como algo que sea cierto y real, para lo cual el administrador de justicia convendrá hacer uso de su sana crítica.

Con el recogimiento de la Reparación Integral, nuestro ordenamiento jurídico provee una mayor normatividad y en consecuencia procura alternativas para el resguardo y patrocinio de las personas que hayan tolerado alguna injuria de carácter moral, su fin es tratar de que la persona que sufrió el daño y que no tuvo la obligación de soportarlo pueda ser resarcida en lo posible sin que su situación deje de merecer el trato que nuestra legislación garantiza y respalda.

Podemos concluir a modo de acotación que la sola existencia de un daño no forja automáticamente el deber de subsanar, pues resulta fundamental que esté inmerso en una connotación antijurídica y que sea imputable. Es necesario que su existencia sea debidamente justificada para que sea titular de su reparación.

El daño se entenderá, siguiendo la línea de Alessandri, como “todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc.”, conviniendo ser subsanado por quien lo provocó hacia quien lo soportó, por no haber estado en la obligación de aguantarlo. De esta manera, el sistema jurídico actúa como respuesta al llamado que hace la víctima.



Ultimamos que todo daño ocasionado deberá ser siempre reparado, y este será a través de los diversos mecanismos que constituyen la razón de ser de la reparación integral debidamente garantizada y regulada por la legislación ecuatoriana.

RECOMENDACIONES

Los criterios jurisprudenciales dados por la corte e inmerso en nuestras leyes vigentes con relación a la carga de la prueba, gozan de una absoluta relevancia, por todo lo que exonera a la víctima de evidenciar la desidia o ineptitud de parte del perpetrador, siendo este quien deberá aclarar que su proceder fue enteramente diligente y por ello no debe de responder por daño alguno. Aquella actuación por su importancia incumbiría de igual forma ser parte de una disposición legal, así se soslayaron molestas y poco claras disputas como las constantes en el fallo de primer nivel que analizamos.

El Derecho de interponer una acción para reclamar daño moral se halla constitucionalizado en nuestra legislación; resulta despótico que todas las prácticas, procesos etc., afines a daños y perjuicios sean parte de un mismo cuerpo normativo, es decir, no es conveniente que se mantenga el mismo tema en varias leyes.

A pesar de las disímiles corduras que se consigan explicar a la compensación del daño moral, será difícil comprimir a números o fórmulas generales, y en el peor de los casos establecer límites para su valor, ya que cada caso es completamente ajeno.

Tomarían el carácter de provechoso que nuestros magistrados cuando conozcan una causa sobre la reparación por daños y perjuicios tomen en consideración las múltiples maneras de reparación integral contenidas en nuestro ordenamiento jurídico

Aunque no contamos con una respuesta señera para la cuantificación y en la praxis nuestros administradores de justicia usan la sana crítica y sus facultades para determinar el un monto que sea adecuado, siempre deberán ejecutarlo motivadamente, esto es expresando las razones de impulso para tomar su decisión, asimismo con la incumbida prudencia, la cual socorrerá a preferir la mejor decisión, pues esta sumada a la motivación actuarán como fondos al instante de la cuantificación de la reparación.



BIBLIOGRAFÍA

- Abarca Galeas, L. H. (2013). *El Daño Moral y su Reparación en el Derecho Positivo*. Jurídica del Ecuador.
- Aguirre Castro, P., & Alarcón Peña, P. (2018). El estándar de la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *FORO Revista de Derecho*, 121-143.
- Alessandri Rodríguez, A. (1983). *Derecho Civil - Teoría de las Obligaciones*. Editores Ltda.
- Alvarado Moncada, Z. (Abril de 2018). *Universidad de Guayaquil*. Obtenido de <http://142.93.18.15:8080/jspui/bitstream/123456789/206/1/Libro%209.pdf>
- Barragán Romero, G. (1995). *Elementos del Daño Moral*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Barrientos Zamorano, M. (2008). DEL DAÑO MORAL AL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL: LA SUPERACIÓN DEL PRETIUM DOLORIS. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, núm. 1., 85-106.
- Bejarano Sanchez, M. (1999). *Obligaciones Civiles*. Ciudad de México: Oxford.
- Bermeo Gallegos, G. A. (s.f.). *Universidad San Francisco de Quito*. Obtenido de <https://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/9384/1/131502.pdf>
- Borja Soriano, M. (2004). *Teoría General de las Obligaciones*. Ciudad de México: Porrúa.
- Brebbia, R. H. (1967). *El daño moral ; doctrina, legislación, jurisprudencia, precedida de una teoría jurídica del daño*. Orbir.
- Cabanellas de Torres, G. (2012). *Diccionario de Ciencias Jurídicas*. Bueno Aires: Heliasta.
- CC. (2005). *Código Civil Ecuatoriano*. Quito: Registro Oficial.
- Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, R. (2015). Artículo 98. Quito , Pichincha, Ecuador: Registro Oficial Suplemento Nro. 613.
- COGEP. (09 de Diciembre de 2016). *Código Orgánico General del Procesos*. Quito , Pichincha, Ecuador: Registro Oficial.
- COIP. (10 de Febrero de 2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial Nro. 180.



Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs Nicaragua (Corte Interamericana de Derechos Humanos 31 de Agosto de 2001).

Consejo de Estado - Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicado No. 05001-23-25-000-1993-01854-01(22163) (Consejo de Estado 28 de Marzo de 2012).

Constitución de la República. (20 de Octubre de 2008). Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial 449.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (22 de Noviembre de 1969). *CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS SUSCRITA EN LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (B-32)*. San José, Costa Rica .

Corte Constitucional del Ecuador, 036-16-SEP-CC (Caso 610-14-EP) (CCE 3 de Febrero de 2016).

Corte Constitucional del Ecuador, C. (2018). *Análisis a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador*. Quito.

Corte de Apelaciones de Concepción - Chile (Corte de Apelaciones 10 de Marzo de 2006).

Corte de Apelaciones de Concepción (Corte de Apelaciones 19 de Agosto de 1965).

Corte Nacional de Justicia (2012).

Corte Nacional de Justicia (Sala de lo Civil y Mercantil 2015).

Corte Nacional de Justicia, Juicio 0597-2013 (Sala de lo Civil y Mercantil 3 de Julio de 2015).

Corte Nacional de Justicia. (3 de Mayo de 2017). RESOLUCIÓN No. 12-2017. Quito , Pichincha, Ecuador : Registro Oficial.

Corte Nacional de Justicia, C. (12 de Junio de 2013). Resolución del Pleno 0007-13. Quito , Pichincha, Ecuador: Registro Oficial.

Corte Nacional del Justicia - Cuadernos de Jurisprudencia Civil y Mercantil, 00094-2013 (Sala Especializada de lo Civil y Mercantil 2014).

Corte Provincial de Justicia de Pichincha, 17230-2018-05996 (SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA 26 de Febrero de 2019).

Corte Suprema de Chile (Excma Corte Suprema de Chile 1 de Octubre de 2012).



Corte Suprema de Justicia, Sentencia Nro. 79-2003 R.O. Nro. 87 (Sala de lo Civil y Mercantil 22 de Mayo de 2003).

CPC. (12 de Julio de 2005). Código de Procedimiento Civil . Quito, Pichincha, Ecuador : Registro Oficial Suplemento 58 .

De Cupis, A. (2020). *El daño: teoría general de la responsabilidad civil*. Bosch.

Escobar, J. A., & Vallejo Montoya, N. (2013). *repository.eafit.edu.co*. Obtenido de <https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/5456/LA%20MOTIVACI%C3%93N%20DE%20LA%20SENTENCIA.pdf>

Ex Corte Suprema de Justicia, Jurisprudencia N°127-2002 (la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema 31 de Julio de 2002).

Ex Corte Suprema de Justicia, Nro. 946-2009-SR Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8. (Sala de lo Civil, Mercantil y Familia 17 de Abril de 2002).

Ex Corte Suprema de Justicia, Recurso de casación interpuesto por Carlos Ochoa Quezada (Sala de lo Civil y Mercantil 2007).

García Falconí, J. (2008). *Daño Moral*. Corporación de Estudios y Publicaciones.

García López, R. (1990). *Responsabilidad civil por daño moral: doctrina y jurisprudencia*. Bosh.

Hoyos, A. (1996). *El Debido Proceso* . Bogotá: Temis.

Larrea Holguín, J. (2004). *Derecho Civil del Ecuador - Obligaciones Extracontractuales*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Ley 171 de Daño Moral, C. (4 de Julio de 1984). *Registro Oficial No. 774* . Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial No. 774 .

Linacero de la Fuente, M. (2010). *Concepto y límites del daño moral: el retorno al pretium doloris*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.

Macía Gómez, R. (2010). La dualidad del daño patrimonial y el daño moral. *Revista de responsabilidad civil y seguro*, 21-23.

Mazeaud, H., & Mazeaud, L. (2005). *Elementos de la responsabilidad civil: perjuicio, culpa y relación de causalidad*. Leyer.

Mendoza Martínez, L. A. (2014). *La acción civil del daño moral*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Myrna Mack Chang Vs. Guatemala (Corte Interamericana de Derechos Humanos 25 de Noviembre de 2003).



- Nanclares Márquez, J., & Gómez Gómez, A. H. (2016). La reparación: una aproximación a su historia, presente y prospectivas. *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*.
- ONU. (10 de Diciembre de 1948). La Declaración Universal de los Derechos Humanos. *Organización de las Naciones Unidas*. París, Francia.
- Pallares Rivera, J. (2009). *El Daño Moral y sus factores de valoración en el ámbito civil*. Quito.
- Piedra, P. S. (2020). *Univeridad Andina Simón Bolívar*. Obtenido de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7312/1/T3185-MDC-Piedra-El%20derecho.pdf>
- Pizarro, R. D. (2004). *Daño Moral - Prevención. Reparación. Punición*. Buenos Aires: Hammurabi.
- RAE. (2021). <https://dle.rae.es>. Obtenido de <https://dle.rae.es/da%C3%B1o>
- Rodríguez Grez, P. (2014). *Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Jurídica de Chile.
- Rodríguez Guitán, A. (2008). La reparación del daño moral en la contratación inmobiliaria. *Revista de Derecho Universidad del Norte (Colombia)*, 141-163.
- Solarte Rodríguez, A. (2005). La Reparación in natura del daño. *Vniversitas*, 187-238.
- Tavolari, M. (2009). *Doctrinas Escenciales. Derecho Civil. Contratos, Tomo I*. Thomson Reuters
- Unidad Judicial Civil de Iñaquito, 17230-2016-16473 (18 de Septiembre de 2016).
- Unidad Judicial Civil de Pichincha, 17304-2009-1605 (Juzgado Vigésimo Primero Civil de Pichincha 09 de Septiembre de 2010).
- Volochinsky, B. W. (2002). *Preguntas en Derecho Civil. Contratos y Responsabilidad Extracontractual*. La Ley.
- Zannoni, E. (2005). *El Daño en la Responsabilidad Civil*. Astrea.