

**Juicio No. 09332-2015-05742**

**JUEZ PONENTE: DR. ROBERTO GUZMAN CASTAÑEDA, JUEZ NACIONAL (E)  
(PONENTE)**

**AUTOR/A: DR. ROBERTO GUZMAN CASTAÑEDA**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y  
MERCANTÍL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.** Quito, jueves 22 de  
diciembre del 2022, las 16h44.

**VISTOS:**

## **I**

### **ANTECEDENTES**

#### **a) Relación de la decisión impugnada**

1. En el juicio ordinario que sigue Ana Maria Klaere Lizarzaburu en contra del Banco del Austro S.A. en la interpuesta persona del señor Talbot Dueñas Jaime Guillermo y de Transportes de carga pesada Garantcorp S.A. en la interpuesta persona de su representante legal Victor Saller, el juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Guayaquil, emitió sentencia en la que declaró sin lugar la demanda y la reconvenición formulada por Garantcorp S.A.
2. De esta sentencia, la parte demandada interpuso recurso de apelación, mismo que fue conocido por el tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial del Guayas, el cual decidió en voto de mayoría el 16 de octubre del 2020, las 15h40, revocar la sentencia y declarar con lugar la demanda presentada por la parte actora en contra de Banco del Austro S.A., fijando la indemnización por daños morales en favor de la accionante en la suma de US\$ 500.000.00; y, sin lugar la Reconvenición planteada por Garantcorp S.A.

#### **b) Actos de sustanciación del recurso de casación**

2. Inconforme con la sentencia dictada, la parte demandada interpuso recurso de casación con base en los casos 1°, 2°, 4° y 5° del Art. 3 de la Ley de Casación, mismo que fue admitido a trámite, mediante auto de 29 de marzo del 2021, a las 11h39, por el doctor Carlos Vinicio Pazos Medina, Conjuez Nacional.

**c) Normas jurídicas infringidas y cargos admitidos en contra de la sentencia impugnada**

3. La parte demandada impugna la sentencia de apelación por las causales primera, segunda, cuarta y quinta del Art. 3 de la Ley de Casación.

4. El caso uno tiene lugar por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva.

5. El caso dos se configura cuando existiera una aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente.

6. El caso cuatro se refiere a cuando la Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la *litis*.

7. El caso cinco ocurre cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles.

8. La parte demandada cita como normas de derecho infringidas por indebida aplicación, los Arts. 2231 y 2232 del Código Civil; 245 del Código Orgánico General de Procesos; Art. 3 de la Resolución N°. 07-2015, expedida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia; falta de aplicación de los Arts. 1014, 373, 380, 385 y 276 del Código de Procedimiento Civil; Arts. 76 numeral 7 literal l) y 168 de la Constitución del Ecuador; y el Art. 19 del Código Orgánico de

la Función Judicial.

## II

### CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

#### 2.1. Jurisdicción y competencia

9. Este tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, que lo conforman los jueces: Roberto Guzmán Castañeda (ponente); Wilman Terán Carrillo; y, David Jacho Chicaiza, es competente para conocer y resolver este proceso, de conformidad con la Resolución 03-2021 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

10. Sobre la base de esta Resolución, los jueces nacionales (e) Roberto Guzmán Castañeda, David Jacho Chicaiza, y Wilman Terán Carrillo han sido encargados de ejercer funciones conforme acción de personal No. 167.UATH-2021-NB, en virtud del sorteo de ley.

11. La competencia para conocer el recurso de casación interpuesto se fundamenta en lo previsto en los artículos: 184.1 de la Constitución de la República, y en los artículos 183, 184 y 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial.

#### 2.2. Validez procesal

12. En la tramitación de este proceso, no se advierte la omisión de solemnidad sustancial alguna que vicie de nulidad el mismo, ni inobservancia por un lado, a los derechos y garantías determinados en los artículos 75 (tutela judicial efectiva), 76 (debido proceso) y 82 (seguridad jurídica) de la Constitución de la República; y, por otro, a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución y demás disposiciones normativas vigentes, por lo que se declara su validez.

#### 2.3. Audiencia pública y fundamentos del recurso de casación

13. Según la disposición normativa, Según la disposición normativa, por estar dentro del término legal y en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley de Casación, se convocó a las partes procesales a la audiencia de estrados el día lunes 04 de abril del 2022 a las 11h30; misma que se aceptó la solicitud de diferimiento al encontrarse debidamente justificada y en consecuencia tuvo lugar la audiencia en estrados el lunes 11 de abril del 2022, las 09h30.

**i) Respecto de la causal PRIMERA del artículo 3 de la Ley de Casación; indebida aplicación del Art. 2232 del Código Civil.**

14. La parte casacionista acusa que la sentencia impugnada, infringe el Art. 2232 del Código Civil, norma que ha sido el fundamento de la sentencia impugnada para conceder a la actora la reparación por supuestos daños morales, pero que en su contenido impone varias condiciones para su aplicación. A saber, opera: a) Para casos no previstos en las disposiciones anteriores a dicho artículo; b) Para la indemnización pecuniaria cuando se haya sufrido daños meramente morales; y, c) En los casos en que los daños deben ser el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado. Que en la sentencia recurrida se aplica de manera indebida la norma citada, pues, de acuerdo a la demanda, la accionante no se refiere a hechos previstos en las normas previas al Art. 2232. Que si los hechos fuesen ciertos (que no lo son) se enmarcan dentro de los presupuestos del Art. 2231 del Código Civil; por lo que la sala no podía aplicar a los hechos de la demanda el Art. 2232. Que dicha norma es aplicable para la reparación de daños meramente morales y no para daños materiales como se exige expresamente en la demanda.

15. Afirma la parte recurrente, que inhabilitación de cuentas de la actora en las instituciones financieras, no es el resultado próximo de una acción u omisión imputable al Banco del Austro S.A. Sino que obedeció a una orden contenida en un acto administrativo emanado de la Superintendencia de Bancos; siendo que la propia accionante, ante el acto administrativo en el que se impuso la inhabilitación de cuentas, interpone un reclamo de carácter administrativo ante la Superintendencia de Bancos, coincidiendo con la entidad de control, que dejó sin efecto su propia resolución administrativa. Siendo evidente que la

inhabilitación de cuentas fue el resultado próximo de un acto administrativo emitido por autoridad competente que luego de ser impugnado fue dejado sin efecto.

16. Bajos estas precisiones, señala que, si el ad quem hubiera aplicado de manera debida y adecuada la norma del Art. 2232 del Código Civil, habría concluido que el hecho de que se haya inhabilitado las cuentas de la accionante no respondió a un hecho próximo o directo atribuible al Banco del Austro.

17. Que resulta fundamental establecer, que el acto administrativo que condujo a la inhabilitación de cuentas de la actora, no ha sido declarado como ilícito o invalidado en la vía judicial por contravenir al derecho. Sino simplemente dejado sin efecto, y, por lo tanto, también se dejó sin efecto la inhabilitación de cuentas de la demandante, con lo que se produjo ya una reparación frente al acto generador del hecho que supuestamente causó daño. Que en consecuencia no existe el antecedente de la ilicitud del hecho que constituye bajo la norma del art. 2232, requisito fundamental para que proceda el reclamo del daño moral.

18. Además que, tiene especial importancia el alcance del art. 2232 en cuanto impone como requisito que el hecho ilícito debe ser el resultado próximo de la acción u omisión del demandado. Que en el presente caso, aún si se considerare que existieron hechos atribuibles al Banco del Austro S.A., la inhabilitación de cuentas fue disposición de la Superintendencia de Bancos y por un hecho propio de la accionante, que girado un cheque de su cuenta corriente sin contar con la provisión de fondos suficientes, lo cual condujo al respectivo protesto y que fue precisamente este hecho el que provocó y dio paso a la adopción del acto administrativo que dispuso la inhabilitación de sus cuentas. En ese contexto, refiere que el hecho ilícito ha sido de la actora y no la parte demandada, por lo que aquel no puede generarle un beneficio, al ser su conducta contraria a la ley.

19. Indica que en la sentencia recurrida se atribuye al Banco del Austro S.A. responsabilidad por el hecho de un tercero como si tal hecho fuese responsabilidad del Banco, con lo que se incurre en una indebida aplicación del Art. 2232. En efecto, en la sentencia se

hace referencia a que la Panadería California habría declarado como "cartera vencida" a la actora por el hecho de que se habría devuelto un cheque "por cuenta cerrada sin fondos". La declaratoria de "cartera vencida", sería un hecho ilícito de la Panadería California y en ello ninguna participación tendría Banco del Austro.

**ii) Respecto de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación; indebida aplicación del Art. 2231 del Código Civil.**

20. En el recurso de casación se menciona que en la sentencia recurrida se sostiene que *"¼ están presentes los elementos para que el daño moral exista, conforme reclama el Art. 2231 del Código Civil, armonía con el Art. 2232 ibídem¼"*. Normas que dice, son excluyentes entre sí, pues la segunda de ellas impone que su aplicación se da *"en cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes"*. Incurriendo, por tanto, el Tribunal de apelación, en la indebida aplicación del Art. 2231 del Código Civil.

**iii) Respecto de la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación; indebida aplicación de normas procesales.**

21. La parte casacionista manifiesta que el señor Juez de primera instancia, mediante auto de 6 de abril de 2017, declaró el abandono del proceso puesto que la parte actora dejó de impulsar la causa por más de ochenta días conforme a lo dispuesto en el Art. 245 del Código Orgánico General de Procesos, norma que era aplicable al caso y que en aquella época establecía que el plazo para que opere el abandono era de 80 días. Que la accionante solicitó la revocatoria de este auto y luego, el Juez de instancia, resolvió rechazar el recurso horizontal de revocatoria mediante auto de 15 de mayo de 2017. De dicha providencia, exclusivamente, la parte actora interpuso recurso de apelación, el mismo que fue resuelto por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Guayas mediante auto de fecha 30 de enero de 2018, dejando sin efecto el auto de abandono, aun cuando dicho auto no fue objeto del recurso de apelación, por considerar que era deber del juez disponer de oficio que los autos pasen para la resolución de la causa.

22. Esta decisión de la Sala de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, considera la

parte recurrente, produjo nulidad insanable del proceso, pues al haber discurrido el plazo fijado en el COGEP para que proceda al abandono, no podía sino declararse el mismo. Enfatiza en que la sala no podía modificar la norma y pretender que se deje de aplicar la misma, más aún cuando bajo el principio dispositivo dado el estado de la causa, esto es el de evacuación de la prueba ordenada dentro del respectivo término, correspondía exclusivamente a la actora el dar impulso al proceso sin que constituya deber del juez hacerlo. Que de hecho, al haber dejado de dar impulso y con ello buscar una actuación procesal, la actora demostró que no tenía el más mínimo interés en la prosecución de la causa y que por lo tanto la había abandonado.

23. Bajo estas precisiones, señala que el auto de fecha 30 de enero de 2018 conduce a la nulidad del proceso, al ser efecto del abandono la terminación del proceso, este no podía continuar y menos aún resolverse como ha sucedido en el presente caso. Lo que conduciría a la indebida aplicación de los Arts. 245 del COGEP, 3 de la Resolución No. 07-2015 dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia. Así como la falta de aplicación del Art. 385 del Código de Procedimiento Civil que dispone de manera expresa que *"por el hecho de presentarse, por parte legítima, la solicitud sobre abandono de un recurso o demanda, el juez declarará el abandono, si consta haberse vencido el plazo legal"*. Que en este sentido, al haberse violado el trámite que corresponde a la causa, por el hecho de la infracción de las normas antes citadas, se ha producido nulidad en virtud de la disposición del Art. 1014 del Código de Procedimiento Civil. Y que, al haberse cumplido con los presupuestos de la causal segunda del Art. 3 de la Ley de Casación, se acepte el cargo.

**v) Respecto de la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación; omitido resolver sobre todos los puntos de la litis.**

24. Con respecto a la causal cuarta, se indica que la Sala de la Corte Provincial al momento de dictar sentencia, ha dejado de pronunciarse sobre todas las excepciones que fueron propuestas por el Banco del Austro S.A. en su contestación a la demanda. Como son: *"Inexistencia del presupuesto establecido en el Art. 2232 del Código Civil dado que Banco del Austro no ha difamado a la demandante, ni se le ha causado lesiones ni cometido presupuesto fáctico alguno requerido por tal disposición legal para reparar daño moral"*

*Falta de Derecho de la Actora para demandar al Banco del Austro S.A. por falta de causalidad*<sup>1/4</sup>. *Prescripción para el ejercicio de la acción, al tenor del artículo 2235 del Código Civil*". *Resalta el impugnante* que, en la sentencia, no se hace un análisis sobre la causalidad y en particular sobre la conducta del Banco del Austro, ni tampoco sobre el acto administrativo de la Superintendencia de Bancos y la propia intervención de la actora en los hechos por la emisión de un cheque de su cuenta corriente sin provisión de fondos. Siendo claro que, la sentencia no resuelve todas las excepciones y por lo tanto no se pronuncia sobre todos los puntos sobre los cuales se trabó la *litis*. Que, si en la sentencia se habría pronunciado sobre tales excepciones, habría llegado a la conclusión de que las mismas eran procedentes y por lo tanto se hubiera rechazado la demanda propuesta.

**vi) Respecto de la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación; la sentencia no contiene los requisitos previstos en la ley, entre ellos, la motivación.**

25. Indica la parte recurrente, que la Sala de apelación aceptó la demanda, y de manera arbitraria ordenó al Banco del Austro indemnizar a la demandante, sin considerar que la demanda fue propuesta, de manera conjunta, en contra del Banco del Austro y de Garantcorp S.A. de manera solidaria. Qué además, la Sala ha dejado de pronunciarse sobre la adhesión al recurso de apelación que propuso Garantcorp S.A, incumpliendo con los requisitos previstos en la ley, en cuanto debía pronunciarse sobre todo aquello que le fue sometido a su decisión.

26. Añade, que la sentencia carece de motivación, por carecer de análisis acerca de la forma en la que el Banco del Austro, por su sola y única intervención, habría causado daño moral a la actora, o la explicación de la razón, por qué la intervención de la Superintendencia de Bancos, que fue el ente que dispuso la inhabilitación de la actora dentro del sistema financiero, no resulta relevante para el presente caso y se justifique por qué se considera que tal inhabilitación fue realizada de manera directa por el Banco del Austro. S.A. Pues de haberse analizado estos aspectos, dice, se habría concluido que la demanda era improcedente.

### III

#### CUESTIONES PREVIAS

**a) Orden de análisis de las causales alegadas**



27. Sobre el orden de estudio y resolución de las causales que se invocan, la doctrina casacional sostiene:

"[¼ ] Estudiar el orden lógico implica que la Corte analiza los cargos, no en el orden de presentación como aparezcan en la demanda, sino que, por lógica, empieza por los cargos formulados por vicios in procedendo, y dentro de estos, por las causales constitutivas de la denuncia de nulidades procesales [¼ ] Si se proponen varias causales, el examen debe realizarse primero a las causales constitutivas de vicios in procedendo, partiendo de las causales consagratorias de nulidades procesales, y luego Se hace a las causales in iudicando [¼ ]".

28. En este sentido, el orden de examen de las causales es el siguiente: en primer lugar, la causal segunda, a continuación, la quinta, luego la cuarta, la tercera y la primera, considerar que este es el orden lógico que deben aplicar los juzgadores al momento de resolver el recurso, sin perjuicio de que al encontrarse yerro por alguna de las causales, en ese caso, no se requiera análisis sobre las que siguen, en vista de la casación por alguna quiebra el fallo impugnado; procediendo únicamente a dictar la sentencia de mérito que supla a la de segunda instancia.

#### IV

#### PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

29. De acuerdo con lo sustentado en los recursos de casación, este tribunal para resolver la impugnación del presente caso, plantea los siguientes problemas jurídicos, en atención al recurso presentado:

- i) Verificar si el tribunal *ad quem* revisó la fundamentación en derecho de la demandante, es decir, si ésta fue sustentada en los Arts. 2231 y 2232 del Código Civil, para determinar indebida aplicación de la norma citada al momento de dictar sentencia.

ii) Verificar si existió violación del trámite por parte del tribunal *ad quem* al aplicar indebidamente el Art. 245 del COGEP.

iii) Determinar si el tribunal *ad quem* omitió resolver sobre lo que fue materia de apelación.

iv) Determinar si la sentencia contiene decisiones contradictorias y por tanto adolece de algún vicio motivacional.

## V

### ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN MOTIVADA

30. Conforme con el mandato contenido en el artículo 76, numeral 7, literal l) de la Constitución, las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas. En la actualidad, la motivación casacional sigue en una constante evolución que exige un análisis de razonabilidad práctica más allá de la racionalidad formal.

31. La motivación es la justificación de la decisión judicial y no la expresión lingüística de los motivos que han causado la adopción de la decisión en cuestión, en un sentido u otro; es decir, el juez no debe ni puede explicar los motivos psicológicos de su decisión, ya que la ley no lo exige así, ni tampoco reporta utilidad alguna para las partes, pues, lo que realmente importa, es la motivación en el contexto de la justificación, o, el razonamiento que justifica que dicha decisión es admisible en el marco de los conocimientos y reglas del derecho.

32. En el sentido anterior, el Tribunal Constitucional español, respecto de la concepción racionalista de la motivación ±misma que ha sido acogida por aquel- ha sostenido que:

"[1/4 ] lo que [1/4 ] garantiza el art. 24.1 de la CE es el derecho a obtener de los órganos judiciales una resolución motivada, es decir, que contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y que la motivación esté fundada en derecho [1/4 ]"

33. Así, la exigencia de motivación de la decisión judicial responde a dos funciones

principales. En la función endoprocesal, la motivación está encaminada, por un lado, a posibilitar a los sujetos procesales el control de la fundamentación de la decisión judicial y el ejercicio de su derecho a impugnar; y por otro, a facilitar la revisión de la decisión por parte de un juez o tribunal superior; operando como una garantía de la correcta administración de justicia y del debido proceso.

34. En la función extraprocesal, a través de la motivación se busca controlar el ejercicio del poder del estado por fuera del contexto procesal, es decir, en virtud del principio de publicidad, la sociedad puede examinar las decisiones judiciales y sus fundamentos y, en el caso de la comunidad de juristas no vinculados al proceso en cuestión, les permite realizar un análisis crítico de los fallos y el conocimiento de sus fundamentos con la finalidad de que realicen un juicio de predictibilidad de decisiones futuras, lo cual tiene clara vinculación con la seguridad jurídica.

35. Estas dos funciones de la motivación se encuentran reconocidas en los criterios interpretativos que ha emitido la Corte IDH sobre las disposiciones convencionales en casos contenciosos sometidos a su conocimiento, es así que, en varias sentencias ha sostenido que:

"[1/4 ] La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión [1/4 ]" [1/4 ] y conlleva una exposición racional de las razones que llevan al juzgador a adoptar una decisión. La relevancia de esta garantía se encuentra ligada a la correcta administración de justicia y a evitar que se emitan decisiones arbitrarias. Asimismo, la motivación otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática y demuestra a las partes que éstas han sido oídas. Ello, se encuentra ligado con otro de los aspectos que realzan el valor de la motivación como garantía, que es proporcionar la posibilidad, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. De este modo, la Corte ya ha señalado que "la motivación de la decisión judicial es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa". Sin embargo, la Corte también ha referido que el deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión, y que corresponde analizar en cada caso si dicha

garantía ha sido satisfecha [1/4 ]"

36. La motivación constituye una exigencia del debido proceso, y como se mencionó, es reforzada por la jurisprudencia internacional de derechos humanos. Se trata de que, la decisión cuente con buenas razones epistémicas y normativas, que le otorguen fundamento suficiente. Las razones epistémicas resultan de la valoración individual y conjunta de la prueba, en un primer y en un segundo momento, respectivamente, con la finalidad de establecer el grado de justificación que los elementos de juicio aportados al proceso otorgan a las diferentes hipótesis fácticas en conflicto; mientras que las razones normativas tienen que ver con la suficiencia o no de esa justificación.

37. De esta manera, la motivación no es y tampoco puede ser un relato de lo que ha sucedido en la mente del juzgador cuando ha valorado prueba o los argumentos de los sujetos recurrentes, es por esto, que las disposiciones normativas que obligan al juzgador a motivar sus decisiones, le imponen justificar su decisión, desarrollando las razones en forma de argumentaciones racionalmente válidas e intersubjetivamente correctas, aceptables y plausibles.

38. El juzgador debe justificar racionalmente su decisión mediante la valoración racional de la prueba y de los enunciados descriptivos de hechos presentados por las partes mediante proposiciones; y, en virtud de criterios objetivos. Así, el juez que justifica su decisión, puede emplear criterios, razonamientos e inferencias que ha formulado en el momento en el que trataba de arribar a una resolución; sin embargo, no debe dejarse de lado la puntualización de que estas fases del razonamiento jurisdiccional, la decisoria y justificatoria, son cronológica, estructural y funcionalmente distintas, pues, la primera se circunscribe a construir la decisión; mientras que la segunda, a presentar la decisión como justificada sobre la base de argumentos válidos, aceptables, plausibles e intersubjetivamente correctos.

39. Por ello, en cumplimiento de dicha obligación convencional, constitucional y legal, dentro del modelo de Estado garantista de derechos, este tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación.

## 5.1. Cuestiones previas de carácter constitucional y convencional

40. Es necesario puntualizar que, en el Estado constitucional de derechos y justicia las juezas y jueces deben administrar justicia, con sujeción a la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y demás normativa infraconstitucional.

41. Nuestro ordenamiento constitucional establece las disposiciones normativas y principios mínimos, que deben respetarse dentro de un proceso en el que se determine el reconocimiento de derechos y obligaciones; entre ellos: acceso a la justicia, tutela judicial efectiva y debido proceso.

42. A la vez, el artículo 169 de la Constitución de la República prescribe que:

El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

43. Tanto el derecho a acceder a las instancias jurisdiccionales, como los pasos que posibilitan el desarrollo del proceso judicial, se efectivizan a través de garantías, es así que, todo lo anterior se encuentra englobado por el derecho a la tutela judicial efectiva.

44. Con respecto a la tutela judicial efectiva, la doctrina señala que se despliega en tres momentos:

"[¼ ] el primero, en el acceso a la justicia, segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y poder obtener una solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada la sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos".

45. Es decir, implica acceso a la justicia, proceso debido y eficacia de la sentencia, lo que la erige como un mecanismo a través del cual resulta posible llevar a cabo la materialización

de los demás derechos constitucionales.

46. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana señala que el derecho a la tutela judicial efectiva, que prescribe el artículo 75 de la Constitución de la República, es aquel por el cual toda persona tiene la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales para que, a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas. También prevé reclamar a los órganos judiciales la apertura de un proceso para obtener una resolución motivada y argumentada sobre una petición amparada por la ley.

47. A su vez, la Corte Constitucional desarrolla su contenido y señala que la tutela judicial se garantiza en tres momentos: (1) al acceder a la justicia por todas las personas de forma gratuita; (2) respetando los derechos e intereses de las partes, y asegurando el ejercicio del derecho a la defensa e igualdad, como producto de lo cual se obtenga una decisión fundada en derecho; y, (3) cuando se asegura el cumplimiento de las decisiones judiciales y se establece que su inobservancia será sancionada de conformidad con la ley. Por ello, concluye que la tutela judicial efectiva es un derecho que permite la viabilidad de todos los demás derechos constitucionales, así como de aquellos derivados de fuentes inferiores, siempre que se requiera la intervención del Estado para su protección.

48. Por su parte, la Corte Constitucional vincula el derecho a la tutela con el del debido proceso establecido en el artículo 76 de la Constitución, el que se presenta como un conjunto de garantías con las cuales se pretende que el desarrollo de las actividades judiciales o administrativas se sujeten a mínimas reglas, con el fin de proteger derechos constitucionales.

49. Es decir, el debido proceso se constituye como el pilar esencial de la defensa de los derechos dentro de todo procedimiento en cualquier orden, a través de la articulación de principios y garantías que se encaminan a tutelar los derechos de las personas en igualdad de condiciones.

50. A la vez, el artículo 8.1 del texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que se refiere al derecho al debido proceso, reconoce que:

1. 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.

51. Este artículo tiene relación con el artículo 25 sobre la protección judicial, misma que se refiere a su vez, a la tutela judicial efectiva. El debido proceso, desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos es una garantía transversal tanto explícita en la normativa como implícita, de la tutela; la cual consta en la jurisprudencia de la Corte y en los pronunciamientos de la Comisión.

52. Dichos razonamientos buscan establecer la efectividad mínima de la disposición convencional que la Corte se encuentra interpretando cuando diversos casos son sometidos a su conocimiento, sea en virtud de su competencia consultiva o contenciosa, lo cual asegura a la vez que los criterios emitidos por el intérprete auténtico de la Convención, desarrollen el contenido de los derechos reconocidos en los diferentes instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que conforman el *corpus iuris* interamericano. Es así que, dichos criterios delimitan el alcance que tiene el derecho al debido proceso y, establecen la obligación de los Estados parte de observarlos, en virtud de la aplicación del control de convencionalidad.

53. Es decir, este derecho complejo  $\pm$ debido proceso- que implica, a su vez otros derechos, se lo define como el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales como medio para asegurar en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia y, a la vez, constituye un límite a la regulación del poder estatal en una sociedad democrática.

54. A su vez, la garantía del debido proceso se relaciona con el derecho a la seguridad jurídica.

55. La seguridad jurídica, desde el punto de vista objetivo, es entendida como un conjunto de características estructurales y funcionales que todo ordenamiento jurídico debe observar y cumplir, por lo que, el mismo debe ofrecer lineamientos claros, precisos y estables con la finalidad de que los ciudadanos adecuen sus conductas al marco legal existente; a lo que se suma que, el contenido del ordenamiento jurídico nacional debe procurar la dignidad de la persona y el goce de los derechos humanos como condiciones necesarias para posibilitar y consolidar la seguridad jurídica en su dimensión objetiva.

56. Desde un punto de vista subjetivo, la seguridad jurídica tiene que ver con la idea de certeza, predictibilidad o previsibilidad del derecho, es decir, presupone que el contenido y fundamento de las decisiones de los poderes públicos estatales puedan ser conocidos con antelación, lo cual se logra únicamente a través de la aplicación uniforme del derecho en las resoluciones, sin arbitrariedad alguna.

57. En definitiva, la seguridad jurídica constituye un pilar fundamental del estado constitucional de derechos y justicia, pues, corresponde a órganos jurisdiccionales garantizar, en todo momento de la actividad procesal, la aplicación e interpretación de las disposiciones normativas sin arbitrariedad.

58. En el escenario actual de constitucionalización del derecho procesal, la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la seguridad jurídica, deben ser por lo regular analizarse de forma transversal, con el fin de que estas herramientas adjetivas adquieran sustantividad propia al servicio de los derechos.

59. En este contexto, es necesario analizar los planteamientos del recurso de casación en el marco del respeto a los principios y valores constitucionales y convencionales que rigen la actividad judicial y que informan la sustanciación de los procesos, con el fin de efectivizar los derechos de los justiciables.

## **5.2. Consideraciones doctrinarias respecto del recurso de casación en materia civil**

60. La casación es concebida como un medio de impugnación que tiende a la anulación o



Captura de la resolución judicial de la que se recurre, y no como un medio de gravamen que, haciendo referencia al doble grado de jurisdicción, tenga como función obtener una nueva resolución sobre lo que ya se ha decidido.

61. Es un recurso extraordinario, puesto que, para su interposición no basta que la resolución de la que se recurre, cause gravamen a uno o a todos los sujetos procesales, sino que la ley de la materia determina de manera clara y expresa, el motivo en virtud del cual este puede interponerse. Además, es limitado, debido a que se circunscribe únicamente a las cuestiones de derecho, dejando de lado las de hecho.

62. Con la interposición del recurso de casación no se abre una nueva instancia, como sucede con el recurso de apelación en el que los poderes del tribunal *ad quem* no están limitados, por lo que el anuncio de la interposición del recurso, pretende la revocatoria de la sentencia apelada en función de la demanda o de la posición del demandado en el proceso-, sino que la Corte de Casación enjuicia la sentencia recurrida en el marco estricto en que se desarrollan los argumentos de quien recurre, pues, el recurso se alza como control de la aplicación de las disposiciones normativas, realizada por el tribunal de instancia. De esta manera, el recurrente queda obligado a razonar jurídicamente dentro del marco que ha elegido (el motivo o causal casacional) y a expresarlo en la fundamentación de su recurso.

63. La actividad de la Corte de Casación se encuentra orientada por dos criterios: i) la interpretación uniforme de la ley; y, ii) la unidad del derecho. La unidad del derecho se refiere al derecho objetivo, pues, supone que la corte realiza una interpretación casi auténtica, de tal modo que, dictaría los criterios seguros y válidos para que los tribunales inferiores decidan. Este criterio está vinculado con la idea de que la Corte de Casación es un órgano de interpretación casi auténtica de la ley, puesto que irradia sobre la administración de justicia una interpretación unitaria. La interpretación uniforme de la ley tiene relación estrecha con la observancia de la misma, de donde deriva que lo que debe ser uniforme es la interpretación exacta de la ley. Así, debido a que la disposición normativa, en general, tiene un significado verdadero y objetivamente dado, que precisamente le corresponde a la Corte descubrir, es ese significado el que debe repetirse de modo uniforme en todos los casos en que dicha disposición normativa sea aplicable.

64. El recurso de casación en nuestra legislación está previsto para ejercer el control de legalidad de los fallos de última instancia emitidos por las Cortes Provinciales, recurso de naturaleza extraordinaria de alta técnica jurídica, formal, excepcional y riguroso, cuyo propósito es obtener que se anule una resolución judicial de última y definitiva instancia cuando se advierta que se ha lesionado un derecho, ya por errores *in iudicando* ya por errores *in procedendo*.

65. Mario Nájera, lo define como un "recurso extraordinario que se interpone ante el órgano supremo de la organización judicial y por motivos taxativamente establecidos en la ley, para que se examine y juzgue sobre el juicio de derecho contenido en las sentencias definitivas de los tribunales de segunda Instancia o sobre la actividad realizada en el proceso, a efecto de que se mantenga la exacta observancia de la ley por parte de los Tribunales de Justicia".

66. La Corte Constitucional ha sostenido que el recurso de casación es un recurso procesal con carácter extraordinario, cuyos requisitos de admisibilidad, procedencia, causales, condiciones y demás formalidades determinadas en la Ley de la materia deben, obligatoriamente, ser observadas por los recurrentes; caso contrario, los operadores de justicia no podrán expedir una decisión que resuelva el fondo de la controversia o de la petición  $\pm$  casacional-, lo que no implica una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. La finalidad de esta herramienta es llevar a cabo un control de legalidad de determinadas decisiones judiciales.

67. En este contexto, es indispensable establecer que este recurso busca vigilar que se cumplan con los derechos de los contendientes cuando se han desconocido y se han quebrantado a través de una resolución contraria a la ley; control de legalidad que está a cargo del máximo organismo judicial del país, quien conoce y decide el recurso extraordinario de casación previa la confrontación entre la sentencia impugnada y las disposiciones normativas constitucionales y legales que se consideran infringidas con el propósito de corregir los yerros cometidos por el juzgador de instancia, y lograr así la vigencia del sistema jurídico.

68. De esta manera, la ley ha previsto exigencias formales tendientes a conseguir, de quien recurre, un diseño de las reclamaciones de manera clara, precisa y en base a los requerimientos de la ley de la materia, en relación a los aspectos de legalidad de la sentencia o auto impugnado, de allí que la casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia.

69. En el recurso de casación cabe observar lo prevenido en su cuerpo normativo, a saber:

i) Son recurribles en casación aquellas resoluciones dictadas por las Cortes Provinciales dentro de un juicio de conocimiento, y que resulten en finales y definitivas dentro de la causa que se conoce; y, aquellas expedidas en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado;

ii) Para el análisis del recurso existen causales taxativamente señaladas, que sirven para poder revocar o reformar la sentencia recurrida, es decir, no existen más que las establecidas en las disposiciones normativas que regulan este recurso; y,

iii) La Corte no puede examinar errores ni causales no alegadas por la parte recurrente, así como tampoco corregir los errores en que pueda incurrir el casacionista en virtud del principio dispositivo que orienta al sistema procesal ecuatoriano, que impide al juez casacional, suplir las deficiencias o enmendar los errores cometidos por la parte casacionista, siendo que la procedencia del recurso de casación solo puede analizarse por motivos preestablecidos en la ley, por lo que se debe limitar al estudio de los términos que se han fijado en el recurso, de conformidad a dicho principio.

### **5.3. Cuestiones previas sobre la causal segunda del art. 3 de la Ley de Casación.**

70. Esta causal se configura por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de carácter procesal, cuando hayan viciado el proceso de nulidad

insubsanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente.

71. La declaración de nulidad por esta causal, únicamente procede ante la violación de solemnidades sustanciales del proceso, cuando se haya viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, debiendo demostrarse el vicio en base de las normas que regulan el trámite de la causa bajo juzgamiento.

72. Nuestro ordenamiento jurídico consagra como causas de nulidad procesal, la omisión de solemnidades sustanciales y la violación de trámite, estas se encuentran taxativamente determinadas en el artículo 107 del COGEP, debiendo ser declaradas en la forma determinada en el artículo 110 ibídem.

73. Además de que la causa de nulidad se encuentra especificada en la ley, para su declaración es necesario que el vicio sea trascendente, insanable y que no se encuentre convalidado por las partes. A decir de Devis Echandía:

*"[...]No todos los defectos de los actos procesales tienen la misma importancia, y, por consiguiente, tampoco pueden producir iguales efectos[...] tanto los vicios como los errores procesales pueden calificarse de trascendentes e intrascendentes, según que afecten o no la validez del acto [...] se distinguen los defectos de forma en simples irregularidades y motivos de anulación o nulidad [...] según su gravedad [...]"*

74. En resumen, la estructuración del cargo por este caso, requiere señalar:

*[...] " a) la norma o normas procesales que se estiman infringidas; b) uno de los tres modos de infracción [...] aplicación indebida o falta de aplicación o errónea interpretación- c) la forma como el proceso ha sido viciado de nulidad insanable por la infracción acusada; d) el por qué se ha provocado la indefensión si así fuera; e) la forma como la nulidad insanable o la indefensión ha influido en la decisión de la causa; y f) la razón por la cual la nulidad no ha quedado legalmente convalidada;*

*porque en los casos de falta de aplicación y de aplicación indebida, deben indicarse todas las normas que se estimen violadas".*

75. Esta causal, protege el debido proceso de los posibles errores o vicios in procedendo, precautelando que el acto procesal no se aparte de las formalidades previstas en la ley, puesto que cuando el vicio no puede convalidarse se produce la nulidad del acto procesal.

76. Bajo estos enunciados y en virtud de los cargos planteados por la parte recurrente en casación, se pasa al análisis de los yerros alegados a fin de determinar si existe la infracción de formalidades sustanciales que puedan haber desviado el debido proceso.

#### **5.4. Análisis de los cargos presentados por la parte recurrente en relación causal segunda del art. 3 de la Ley de Casación.**

77. La parte casacionista sostiene que existe nulidad por violación de trámite en la causa con apoyo en el artículo 1014 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto el proceso se encontraba abandonado por falta de impulso de la parte actora, por más de ochenta días al tenor del artículo 245 del COGEP, tal como lo declaró el Juez de primera instancia en auto de 6 de abril de 2017; y, de cuyo auto la demandante interpuso revocatoria que fue negada, providencia de la que igualmente habría interpuesto apelación. Dejando el tribunal de segunda instancia, mediante resolución de 30 de enero de 2018, sin efecto el auto de abandono. Evento que considera es causa de nulidad insanable, por haber transcurrido el término de ley para el abandono de la causa, pues al haberse evacuado la prueba, considera que correspondía a la actora el impulso procesa

78. Se alude, por tanto, la indebida aplicación de los artículos 245 del COGEP y 3 de la resolución N.º 7 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

79. Para el análisis del cargo, resulta importante precisar, que con respecto a las garantías judiciales que se deben observar en todo proceso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que la extensión de estas garantías alcanza además de al ámbito judicial, a cualquier procedimiento donde se decidan derechos de las personas. Porque de su observancia dependen otros derechos, como el de acceso a la justicia. Así, la norma

convencional relativa a las garantías judiciales, recoge:

[...] el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención. [...] reconoce el llamado "debido proceso legal", que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial[...]

80. Adoptándose a partir de la disposición convencional, en los artículos 75 y 76 la Constitución de la República, un catálogo de garantías que rigen el proceso judicial, como son la tutela judicial efectiva, el derecho al debido proceso y a la defensa:

*[...] como un mínimo de presupuestos y condiciones para tramitar adecuadamente un procedimiento y asegurar condiciones mínimas para la defensa, constituyendo además una concreta disposición desde el ingreso al proceso y durante el transcurso de toda la instancia, para concluir con una decisión adecuadamente motivada que encuentre concreción en la ejecución de lo dispuesto por los jueces[...]*

81. Al ser obligación de los órganos del estado, actuar en los términos de los procedimientos legalmente previstos para conocer y resolver los casos puestos a su consideración, es menester señalar que, en los procesos judiciales, las normas adjetivas están concebidas para regular la actividad procesal de las partes y del juzgador, con el objetivo de precautelar el abuso del derecho, mediante ellas se establecen las obligaciones y derechos de las partes, a lo largo de las instancias y recursos.

82. En tal razón, el proceso judicial lo conforman el conjunto de actuaciones consecutivas que realizan las partes, el juez y los demás servidores judiciales que intervienen en las causas; la producción de los actos procesales, se efectúa uno tras otro, derivando en una relación de

interconectividad, pues de la validez del primero depende la de los que le sucedan.

83. No se desconoce que el principal objetivo del proceso judicial, es alcanzar la resolución de las controversias, sin embargo de nada sirve llegar a este fin, si en su tramitación no se ha precautelado del debido proceso y la defensa en igualdad de condiciones de quienes litigan, por ello es importante observar las formas procesales preexistentes, sobre todo las referentes a las solemnidades sustanciales, que corresponden al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias y fiscalizadas en los recursos extraordinarios.

84. En suma, a lo dicho, la razón de ser y el objetivo de las normas procesales sustanciales, es que el derecho sustantivo aplicable en el proceso judicial, pueda surtir sus efectos, de allí la obligatoriedad de acatar los procedimientos establecidos legalmente.

85. Así, la falta de cumplimiento de las solemnidades sustanciales de un proceso o la violación de trámite se sanciona con la nulidad procesal que puede declararse de oficio o a petición de parte, cuando se produce la omisión de alguna solemnidad sustancial, de las enumeradas en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al presente caso:

[...] 1. Jurisdicción de quien conoce el juicio; 2. Competencia del juez o tribunal, en el juicio que se ventila; 3. Legitimidad de personería; 4. Citación de la demanda al demandado o a quien legalmente le represente; 5. Concesión del término probatorio, cuando se hubieren alegado hechos que deben justificarse y la ley prescribiere dicho término; 6. Notificación a las partes del auto de prueba y la sentencia; y, 7. Formarse el tribunal del número de jueces que la ley prescribe<sup>1/4</sup> "

86. Como se ha dejado sentado, la nulidad esta direccionada a cuestionar la validez y eficacia del proceso, debiendo ser la desviación, de tal trascendencia que no quede otro remedio que declararla:

*"[...] la nulidad es un elemento que tiene efectos negativos en el proceso contencioso- y en cualquier otro- y que la tendencia más generalizada consiste en evitar, dentro de lo posible, tales efectos. Dicho en otras palabras, la ley da ciertas facilidades para que se remedie el mal causado. Y, es fundamentalmente, por estas razones, que la acción o la omisión que motivan la nulidad procesal, para ser declarada, debe, generalmente,*

*influir en la decisión de la causa, que es uno de los obstáculos que la ley ha creado para impedir los efectos negativos de la nulidad."*

87. Así, para poder establecer que un acto es nulo y declarar la nulidad, es necesario que la existencia de la misma se autoalimente a supuestos específicos en los que la violación del derecho a la defensa sea evidente, por lo que, para su declaratoria deben observarse los principios de especificidad, no convalidación, trascendencia y de protección.

88. El principio de especificidad también denominado de taxatividad, tiene que ver con que el motivo de nulidad tiene que estar determinado de manera expresa y clara, de manera que no se emitan declaraciones de nulidad por motivos no previstos en los términos establecidos en las disposiciones normativas que la regula, garantizando así, predictibilidad en las decisiones judiciales.

89. En principio de convalidación, parte de la naturaleza excepcional de la nulidad; en este sentido, a través del consentimiento de la parte que ha sido lesionada por el incumplimiento de una formalidad, se sana el acto en cuestión. Para la declaración de nulidad, el vicio no debe encontrarse saneado sino latente.

90. El principio de trascendencia tiene que ver con la existencia de un perjuicio cierto que no puede resarcirse, sino únicamente con la declaratoria de nulidad. "No existe impugnación de nulidad, en ninguna de sus formas, si no existe un interés lesionado que reclame protección". De ahí que, en virtud de este principio, el único legitimado para solicitar la nulidad, es quien ha sufrido un perjuicio cierto y determinado por el actor procesal viciado.

91. En cuanto al principio de protección, quien incurre o ha propiciado el acto viciado no puede solicitar la declaratoria de nulidad, pues se estaría violando los principios de buena fe y lealtad procesal; por ello se dice que nadie puede beneficiarse de su propio dolo o torpeza.

92. La argumentación del casacionista, acusa violación de trámite, por infracción del artículo 245 del COGEP, norma que es plenamente aplicable al caso, pese a ser proceso escrito, en virtud de la Disposición final segunda ibídem, que ordena:



"El Código Orgánico General de Procesos entrará en vigencia luego de transcurridos doce meses, contados a partir de su publicación en el Registro Oficial, con excepción de las normas que (1/4) regulan periodos de abandono, (1/4) que entrarán en vigencia a partir de la fecha de publicación de esta Ley..."

93. En su texto el artículo 245 del COGEP, determina:

"La o el juzgador declarará el abandono del proceso en primera instancia, segunda instancia o casación cuando todas las partes que figuran en el proceso hayan cesado en su prosecución durante el término de ochenta días".

94. A su vez el Artículo 3 de la resolución N.º 7 del 2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, señala:

"Para la declaración del abandono, en cada caso, la o el juzgador contará el término tomando en cuenta el contexto de los artículos 245 y 246 del COGEP, esto es, a partir de la notificación de la última providencia recaída en alguna gestión o actuación procesal, útiles para dar curso al proceso.

El término previsto en el inciso anterior se aplicará para aquellas providencias emitidas o actuaciones procesales realizadas con posterioridad a la fecha en que entró en vigencia el COGEP"

95. Cabe precisar en este punto, que estas normas, cuya indebida aplicación denuncia el recurrente por el caso dos de casación, no son normas reguladoras de las nulidades procesales sino de los términos y forma de computar el abandono; de modo que no sirven como sustento para el cargo denunciado. Además, su aplicación por parte de la Sala de apelación, para revocar el auto de abandono dictado en primera instancia, es pertinente.

96. En cuando a la alegación de violación de trámite, este tribunal verifica que a fojas 105 del cuaderno de primer nivel, el 29 de marzo de 2016, se abre la causa a prueba por el término de diez días; más adelante, aparece a fojas 202, el juez dispone que la actuaria del despacho sienta razón *"de la última gestión útil para dar curso al presente proceso de conformidad con el artículo 245 del Código Orgánico General de Procesos 1/4"*. En consecuencia, el 5 de abril del 2017, la señora secretaria sienta razón, haciendo constar: *"1/4 dentro del presente proceso*

*ha transcurrido el termino señalado para el abandono, correspondiente a más de 80 días constados desde el día siguiente al de la última actuación procesal, esto es, 21 de noviembre del 2016 las 07h52..".* De dicha razón, el 6 de abril del 2017, el juez de primera instancia dicta auto de abandono que fue elevado en apelación. En segunda instancia el 30 de enero del 2018 — a fojas 35— se admite la apelación y revoca el abandono decretado, observando que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 406 del Código de Procedimiento Civil, fenecido el término de prueba, correspondía al juez pedir los autos y emitir sentencia.

97. De lo revisado, no se encuentra violación de trámite que atente al debido proceso, en vista de que según el procedimiento escrito en que se sustanció esta causa, una vez pedida y ordenada la prueba en el término de diez días, su diligente actuación recaía en las partes; restando al juzgador, concluido el término probatorio, solicitar los autos y pronunciar sentencia.

98. No está en discusión que de conformidad con los artículos 19 del Código Orgánico de la Función Judicial y 5 del COGEP, corresponde a las partes el impulso del proceso, de acuerdo al principio dispositivo. No obstante, ciertos actos procesales son prerrogativa del juzgador, es así, que el artículo 139 del Código Orgánico de la Función Judicial, determina que es obligación del juez, proseguir con el trámite del proceso dentro de los términos de ley.

99. En el caso planteado, se encontraba recurriendo el término de prueba, restando al juez de instancia, una vez cerrado el lapso de prueba y con solicitud o no de las partes procesales, pedir que vuelvan los autos para resolver y emitir la respectiva resolución motivada. De modo que el trámite procesal se encontraba en la esfera de acción de la administración de justicia y no de las partes procesales, resulta impensable entonces, que por la inactividad del juzgador se abandone el proceso y declare su archivo. Lo cual constituiría desconocimiento de la tutela judicial efectiva, de la que deriva en el acceso a la jurisdicción con las debidas garantías del debido proceso y se cristaliza con la obtención de la resolución del fondo de la controversia, solo así se considera que el proceso ha sido eficaz.

100. De lo analizado, este Tribunal de casación, no encuentra violaciones de trámite que debiendo ser subsanadas por la Corte Provincial de Justicia del Guayas hayan sido inadvertidas.

101. Siendo que no puede enervarse la validez procesal sin texto legal expreso, al no existir solemnidad sustancial motivo de impugnación ni violación procesal verificada, se niega el cargo de la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación.

#### **5.5. Cuestiones previas sobre la causal quinta del Art. 3 de la ley de Casación.**

102. La causal quinta se configura cuando la sentencia o auto no contiene los requisitos exigidos por la ley, o cuando en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles, o cuando no cumple con el requisito de motivación; de tal manera que, quien recurre fundamentado en esta causal, necesariamente debe señalar los requisitos que no se han observado, los vicios de incongruencia que considera existen en la sentencia censurada o el incumplimiento del requisito de motivación.

103. Los vicios de incongruencia tienen lugar cuando no hay armonía entre la parte considerativa y la resolutive del fallo, los cuales son considerados como defectos de estructura de la resolución judicial, al igual que la contradicción o incompatibilidad en la parte dispositiva, los cuales derivan del análisis del auto o sentencia, sin que deba hacerse una confrontación entre estos y la demanda y/o su contestación, pues, de hacerlo, nos encontraríamos frente al caso tres de Casación.

104. La resolución judicial es incongruente cuando se contradice a sí misma, mientras que es inconsistente cuando la norma individual  $\pm$ conclusión- no está suficientemente respaldada  $\pm$ en términos de justificación- por las proposiciones que se han argumentado respecto de los hechos y por las disposiciones normativas aplicadas.

105. De esta manera, la obligación de quien recurre es realizar un análisis demostrativo de la incongruencia o inconsistencia acusadas, a fin de que el tribunal de casación pueda apreciar si existe realmente o no el vicio alegado.

106. En adición, dentro de esta causal, además de acusar a la sentencia recurrida por vicios de incongruencia, se puede alegar la falta de motivación de la resolución judicial por inobservancia de la disposición constitucional contenida en el artículo 76, numeral 7 literal 1

de la Constitución, que establece como garantía del debido proceso, la obligación de que todas las decisiones de los poderes públicos sean motivadas, y cuyo incumplimiento es sancionado con la nulidad de aquellas.

107. La motivación constituye una exigencia del debido proceso, y como se mencionó en líneas anteriores, es reforzada por la jurisprudencia internacional de derechos humanos.

108. Se trata de que, la decisión cuente con buenas razones epistémicas y normativas, que le otorguen fundamento suficiente. Las razones epistémicas resultan de la valoración individual y conjunta de la prueba, en un primer y en un segundo momento, respectivamente, con la finalidad de establecer el grado de justificación que los elementos de juicio aportados al proceso otorgan a las diferentes hipótesis fácticas en conflicto; mientras que las razones normativas tienen que ver con la suficiencia o no de esa justificación.

109. De esta manera, la motivación no es y tampoco puede ser un relato de lo que ha sucedido en la mente del juzgador cuando ha valorado prueba o los argumentos de los sujetos recurrentes, es por esto, que las disposiciones normativas que obligan al juzgador a motivar sus decisiones, le imponen justificar su decisión, desarrollando las razones en forma de argumentaciones racionalmente válidas e intersubjetivamente correctas, aceptables y plausibles.

110. El juzgador debe justificar racionalmente su decisión mediante la valoración racional de la prueba y de los enunciados descriptivos de hechos presentados por las partes mediante proposiciones; y, en virtud de criterios objetivos. Así, el juez que justifica su decisión, puede emplear criterios, razonamientos e inferencias que ha formulado en el momento en el que trataba de arribar a una resolución; sin embargo, no debe dejarse de lado la puntualización de que estas fases del razonamiento jurisdiccional, la decisoria y justificatoria, son cronológica, estructural y funcionalmente distintas, pues, la primera se circunscribe a construir la decisión; mientras que la segunda, a presentar la decisión como justificada sobre la base de argumentos válidos, aceptables, plausibles e intersubjetivamente correctos.

111. A esto se agrega que, la Corte Constitucional en sentencia 1158-17-EP/21, se ha alejado de forma explícita y argumentada del test de motivación establecido por la misma

Corte en años anteriores, el cual estaba compuesto por los requisitos de lógica, razonabilidad y comprensibilidad; y, además, ha explicado cuál es el criterio rector de la garantía de motivación que se extrae del contenido de la disposición normativa recogida en el artículo 76, numeral 7 literal I de la Constitución de la República, el cual tiene que ver con la exigencia de una argumentación jurídica suficiente que abarca la estructura de una resolución mínimamente completa ±y no con la corrección de la misma-, exigencia que impone al órgano jurisdiccional, la obligación de "i) *enunciar en la sentencia las normas o principios jurídicos en que se fundamentaron los juzgadores y ii) explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho*".

112. El criterio rector en tratándose de la motivación, y respecto de la disposición constitucional, tiene que ver con la exigencia mínima de motivación suficiente que se le exige al juzgador ±mas no correcta-, lo cual obliga a este último a no solo enunciar las normas o principios jurídicos en que se apoyaron los jueces, sino también a enunciar los hechos del caso, con la finalidad de que se explique a su vez, la pertinencia de la aplicación de esas normas o principios jurídicos a los antecedentes de hecho.

113. En este sentido, para que una resolución se considere motivada, en los términos de la referida disposición constitucional, debe contener una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, lo cual supone que, en el primer caso, se enuncie y justifique de manera suficiente las disposiciones normativas y principios jurídicos en que se funda la decisión judicial, así como la justificación suficiente de la aplicación de aquellos a los hechos del caso; y, en el segundo caso, debe existir una justificación suficiente y plausible de las proposiciones sobre hechos que se tienen por probadas en el caso.

114. Así, la deficiencia en la motivación puede verificarse a través de tres tipos básicos: a) la inexistencia de motivación; b) la insuficiencia de motivación; y, c) la apariencia de motivación.

115. La inexistencia de motivación tiene lugar cuando la resolución judicial no tiene fundamentación normativa ni fáctica; la insuficiencia de motivación por su parte, se verifica cuando la decisión tiene "*alguna fundamentación normativa y alguna fundamentación fáctica*", pero alguna de aquellas o ambas no cumplen con el estándar de suficiencia.

116. La apariencia ocurre cuando a primera vista, una resolución tiene una fundamentación normativa y fáctica suficiente, pero alguna de aquellas o ambas, en realidad no existe o es insuficiente porque incurre en un vicio motivacional, sea de incoherencia, inatinencia, incongruencia o de incompresibilidad.

117. Existe el vicio de incoherencia cuando en la fundamentación fáctica y/o normativa se evidencia una contradicción entre los enunciados que componen aquellas  $\pm$ incoherencia lógica-, o una inconsistencia entre la conclusión final de la argumentación y la decisión  $\pm$  incoherencia decisional-.

118. La inatinencia se configura cuando en la fundamentación fáctica y/o normativa se dan razones que no tienen relación con la controversia, ni con la conclusión final de la argumentación.

119. La incongruencia tiene lugar cuando en cualquiera de las argumentaciones de la decisión, no se ha dado contestación a un argumento relevante proporcionado por las partes, o cuando no se ha contestado una cuestión que el ordenamiento jurídico obliga abordar al resolver determinado problema jurídico.

120. Finalmente, la incomprensibilidad se da cuando un fragmento del texto, ya sea oral o escrito, que contiene la argumentación fáctica o normativa no es inteligible en términos de razonabilidad para un profesional del Derecho o para un ciudadano.

## **5.6. Análisis de los cargos presentados por la parte recurrente en relación a la causal quinta del Art. 3 de la Ley de Casación.**

121. Con fundamento en esta causal, la parte recurrente, considera que la decisión del *ad quem* es arbitraria, al haberlo condenado a indemnizar por daño moral, únicamente al Banco del Austro, inobservando que la demanda se planteó también en contra de Garantcorp. Además, denuncia que Sala dejó de pronunciarse sobre la adhesión de Garantcorp S.A al recurso de apelación, evento que constituiría inobservancia de unos de los requisitos de la

sentencia previstos en la ley.

122. Del contenido del cargo deducido por presunto incumplimiento de los requisitos de la sentencia, se observa que aquel no se ajusta al campo de acción de la causal quinta, pues el análisis comparativo de lo que fue objeto de la controversia y lo que se resolvió, corresponde a la causal cuarta de casación, la cual está prevista para sancionar los vicios de incongruencia en el fallo, si se aduce que existe falta de pronunciamiento sobre uno de los recursos planteados y que además se ha dejado de lado en la condena a uno de los demandados; aquel error, exige examinar de qué manera se trajo la litis, lo cual no cabe en la causal quinta, caso en el que los yerros deben desprenderse del propio contenido del fallo. No obstante, la denuncia acerca de arbitrariedad en la sentencia, será objeto de análisis a propósito del requisito de motivación de la resolución judicial.

123. En las mismas líneas, se acusa a la sentencia de falta de motivación, en vista de que no existiría explicación acerca de la acción autónoma ilícita del Banco del Austro, que derive en una indemnización por daño moral, así como de la exclusión en la decisión de la intervención de la Superintendencia de Bancos, entidad que dispuso la inhabilitación del sistema financiero de la actora. Situaciones que considera la casacionista, de haber sido analizadas hubieran dado lugar a la negativa de la demanda.

124. Conforme se ha presentado el cargo, de manera general se objeta la motivación de la sentencia del *ad quem*, sin precisar si aquella es deficiente por falta de argumentación fáctica o normativa. No obstante, corresponde a este Tribunal, examinar si la sentencia recurrida cumple con el mínimo de suficiencia argumentativa tanto en lo fáctico como en lo normativo. Partiendo para el efecto de las aseveraciones de la parte casacionista, en cuanto a que no habría argumentación que justifique la obligación indemnizatoria del Banco del Austro.

125. Revisado el fallo enervado en casación, en el apartado "QUINTO: Análisis de la Sala" el ad quem precisa entre otras cosas lo que sigue:

"Nuestra Corte Nacional de Justicia, en Resolución No. 0195-2014 expedida en el Juicio No. 0208-2013, ha manifestado que *"¼ Respecto de la acción de daño moral, ¼ está determinado por los siguientes elementos: 1era, Autonomía.- Las normas*

sustantivas específicas que regulan el derecho a la reparación por daño moral no establecen prejudicialidad para la acción por daño moral en lo civil ni disponen que la decisión del juez de lo penal será vinculante para el juez civil y, por el contrario el artículo el artículo 2232 del Código Civil ha previsto la autonomía de la acción por daño moral<sup>1/4</sup>2da., **Causas:** En términos generales son fuente obligación de indemnización por daño moral las acciones u omisiones ilícitas que causen o provoquen sufrimientos físicos o psíquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes. Particularmente están obligados a la indemnización por daño moral quienes incurran en los siguientes casos: que realicen imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona; que manchen la reputación ajena mediante cualquier forma de difamación; quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios o procesamientos injustificados.- 3era, **Ilícitud.-** La acción u omisión que ha producido el daño debe ser ilícito; y, según Guillermo Cabanellas ilícito es <<Lo prohibido por la ley a causa de oponerse a justicia, equidad, razón o buenas costumbres>> (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual). 4ta. **Gravedad.** - La indemnización por daño moral deben hallarse <<justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta>>. Igualmente la doctrina enseña que <<1/4 desde el punto de vista de la función compensatoria de la indemnización, resultan relevantes la intensidad de la aflicción sufrida por la víctima y el valor del bien que ha sido afectado (Enrique Barros Baurie; Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pág. 314).- 5ta. **Nexo causal.-** El artículo 2232 del Código Civil establece que: <<La reparación de daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado>>. Arturo Valencia Zea, nos explica: <<Entre el hecho (culposo o no culposo imputable a una persona física o jurídica y el daño causado debe existir una relación de causalidad, es decir, que el daño debe ser efecto o resultado de aquel hecho>> (Derecho Civil; Tomo III, de las obligaciones Editorial Temis, Bogotá, 1978, pág. 240)."

126. Bajo los parámetros descritos, el tribunal de segunda instancia determina que existe daño moral indemnizable, por cuanto:



"(1/4 ) La parte actora alega que ha sufrido un daño moral por la acción realizada por la demandada Banco del Austro S.A., al haber generado la inhabilitación de sus cuentas por el tiempo mencionado en la demanda, y que esos hechos, esa acción le ha causado un perjuicio económico, así como aflicción y angustia,( 1/4 ) El citado artículo 2232 del Código Civil establece que "*podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiere sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio y de la falta*", 1/4 la citada norma en su último inciso determina que la reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, razón por la cual debe existir la relación de causalidad, 1/4 De allí que, para este tribunal, lo narrado en la demanda y de las pruebas actuadas a la actora se le ha causado aflicción o angustia al tener una expectativa económica que le ha sido afectada, tal hecho corresponde su competencia por esta vía de daño moral, aunado al hecho que conforme a los hechos expuestos y probados, aparece que el demandado es el que realizó el acto injusto o ilícito, pues esto genera los sufrimientos psíquicos o físicos, como angustia, ansiedad, sensación de humillación u otros sentimientos negativos los que por sí mismos originan el deber indemnizatorio, por lo que procede condenarle a que repare los daños patrimoniales o morales, que pueda haber sufrido un tercero,1/4 considera este Tribunal de alzada, que se alcanza a visualizar la existencia del daño moral acusado, por cuanto se ha probado que la parte demandada ha realizado el hecho ilícito, que ha producido perjuicio en contra de la parte actora, y de ello nace la obligación de reparar el daño que se ha causado, por lo que, amerita la indemnización reparatoria por daño moral. Están presentes los elementos para que el daño moral exista, conforme reclama el Art. 2231 del Código Civil, en armonía con el Art. 2232 ibídem, por lo que al existir hecho ilícito debe condenarse al causante de éste a que indemnice a la víctima."

127. A propósito de la afirmación del tribunal *ad quem*, en cuanto que la existencia del hecho ilícito determina la obligación indemnizatoria en el juicio de daño moral, cabe precisarse, que la acción civil por daño moral se encuentra regulada en los artículos 2231 a 2234 del Código Civil, y específicamente el artículo 2232 prescribe que:

"[1/4 ] 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."

128. El daño moral nace de un hecho punible, ilícito o delito por lo que es de naturaleza extrapatrimonial, y surge cuando se afecta la esfera personal de la víctima, es decir, se origina cuando el causante vulnera un bien jurídico que recae sobre un derecho de la personalidad diferente a los bienes o intereses materiales, que implica la existencia de una obligación indemnizatoria de carácter patrimonial, así el hecho generador vulnera un bien jurídico de naturaleza extrapatrimonial o recae sobre un derecho de la personalidad.

129. Además del daño, el nexo de causalidad entre el acto u omisión  $\pm$ en este caso ilícito- y el perjuicio causado por el daño, es otro elemento básico de la responsabilidad civil y tiene que ver con la causa previsible o evitable que es la base general para la correspondiente responsabilidad civil por el perjuicio provocado.

130. El nexo de causalidad tiene relación con la imputabilidad, atribución objetiva o vínculo material, que no es otra cosa que el enlace material entre un hecho antecedente y un resultado  $\pm$ en este caso daño-.

131. La relación de causalidad permite abarcar los supuestos de responsabilidad civil, ya que vincula la conducta antijurídica del autor o agente dañador, el riesgo o vicio de la cosa o

de la actividad, con el daño sufrido, pues, para que se genere la obligación de indemnizar a la víctima no basta que se verifique la existencia de un daño o de un acto ilícito imputable a su autor, sino que además de la presencia de dichos supuestos, debe establecerse que dicho acto es la causa del daño, teniendo en consideración que cualquier condición del hecho no es causa, sino "aquella que generalmente es apta para determinarlo"; de ahí que, es imprescindible el estudio pormenorizado de los elementos de prueba que han sido aportados al proceso.

132. En lo que tiene que ver con la prueba, todo daño, incluso el no patrimonial debe ser probado, teniendo en cuenta que el mismo conlleva la obligación de indemnizar económicamente a la víctima que lo ha sufrido.

133. Sin embargo, en tratándose de daño moral, los medios de prueba directa son difíciles de actuar, si se tiene en cuenta que no es fácil probar el nivel de afectación de la esfera espiritual, moral, sentimental y familiar de la persona, toda vez que el daño sufrido es inmaterial y subjetivo en cada caso, por lo que el nivel de suficiencia probatoria que se debe conseguir con los elementos de prueba presentados queda a discreción del decisor.

134. En este sentido, el razonamiento probatorio que realiza el juzgador de los elementos de prueba aportados para acreditar tanto la existencia de la conducta  $\pm$ antijurídica- dañosa o que eleva un riesgo socialmente aceptado, como los perjuicios morales derivados de aquella, y el nexo de causalidad o de imputabilidad de estos con el agente generador de la conducta ilícita, implica un desarrollo argumentativo mayor y de suficiencia normativa y fáctica respecto de qué elementos, acreditan qué tipo de perjuicio o afección en la esfera interna, personal y sentimental de la víctima, así como qué elemento de prueba demuestra la acusación del pretendido daño.

135. En ese contexto, resulta importante lo señalado a continuación en la sentencia del tribunal *ad quem*:

"(1/4 ) En el análisis de la causa es indispensable revisar algunos de los argumentos del juez de primera instancia¼ Dice el juez a quo: (1/4 ) DEL INDEBIDO REPORTE DEL BANCO DEL AUSTRO.- Consta acreditado que la actora fue involucrada por el Banco

accionado ante la Super de Bancos sobre los protestos de 5 cheques números: No. 6879 por \$3.282,24 del 27 de junio del 2013; No. 6992 por \$3.910,61 del 01 de agosto del 2013; No. 7023 por us\$100.00 del 01 de agosto del 2013; No. 7081 por \$1.690,00 del 01 de agosto del 2013; No. 8464 por \$5.345,80 del 07 de marzo del 2014 pertenecientes a la cuenta corriente No. 0509016674 del banco del austro. Lo cual queda acreditado con el anexo que corre desde fojas 15 hasta la 19, consistente en la copia de la resolución de fecha 02 de febrero del año 2015 emitida por Intendente Regional de Bancos de Guayaquil de la Superintendencia de Bancos del Ecuador, emitida dentro del trámite administrativo No.2014-004243 formulada por Ana María Klaere Lizarzaburu, donde la autoridad de control indica en su resolución, que el Banco del Austro S.A., mediante oficio GNO-O-026-2014, hizo entre otras, textualmente las siguientes afirmaciones: "*Mediante comunicación del 25 de enero de 2012, la empresa GARANTICORP S.A. notifica el nombre de su nueva representante legal, la ingeniera Gladys Viviana Tapia Zurita, titular de la cédula de identidad No.020159230-0. Este cambio fue ingresado a nuestro sistema el 2 de febrero de 2012.- Debido al flujo interno definido para este tipo de documentos se produjo una lamentable omisión de nuestra área de Servicios Bancarios por lo que no se reportó a la Superintendencia de Bancos y Seguros la exclusión de la firma de la anterior representante legal, señora ANA MARIA KLAERE LIZARZABURU titular de la cédula de identidad No.0912844990*". Con esta información la autoridad de control la Super de Bancos determinó: "*que no era procedente el registro en el reporte de la señora Ana María Klaere Lizarzaburu, de los cheques protestados No.6879, 6992, 7023, 7081, 8464 girados contra la cuenta corriente No.0509016674 del Banco del Austro S.A. debido a que a la fecha de su presentación al cobro la reclamante ya no era firma autorizada en dicha cuenta.*" Lo antes expresado más el posterior protesto del cheque 1747 girado contra la cuenta corriente No.0025042098 del Banco Bolivariano C.A., es que la Super de Bancos ha procedido a ordenar el cierre de todas las cuentas corrientes de la actora. Siendo indudable que, dicha la sanción, *se produjo por dos hechos*, el primero por un indebido reporte del Banco del Austro; y, el otro, por posterior protesto del cheque 1747, ocurrido por acciones de la propia actora. (¼ ) Es indudable, que, en la conducta de la persona jurídica a través de la acción ejecutada por sus administradores, la existencia de un cuasidelito genera obligaciones civiles cuya fuente es la

responsabilidad, sujeta a las condiciones de la existencia de un daño producto de la culpa, de la relación de causalidad entre la culpa y el daño; y la capacidad del sujeto activo.<sup>(1/4)</sup> "En el presente caso, como ya se indicó *existió negligencia en el procedimiento utilizado por el banco demandado al hacer un reporte contra la actora infundado, reporte que evidente habría generado un daño*. Sin embargo, en este caso la parte actora determinó como consecuencia del daño moral reclamado, la inmovilización patrimonialmente, por haberse visto impedida de girar en su cuenta corriente. Ahora es verdad, que la actora *quedó impedida* de girar en su cuenta corriente, pero hasta dónde ello, constituyó una situación de ser considerada como grave para la situación expresada, al punto de generar daños morales." Así si una unidad productiva, por ejemplo, una fábrica, ve inmovilizada o disminuida seriamente en su ejercicio habitual, indudablemente tal acontecimiento puede degenerar en una onda afectiva, tanto patrimonial y hasta espiritual no solo en sus propietarios, directivos, socios e inclusive en sus empleados, pues éstos últimos verían peligrar su fuente de subsistencia. Empero, este caso, esa no es la situación. Pues de los anexos agregados mediante oficio que corre a fojas 228 el oficio No.109012016OSTR007891 <sup>(1/4)</sup>, adjuntado copias certificadas de las declaraciones del Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal de los años 2013, 2014 y 2015 de la actora Ana María Klaere Lizarzaburu (...) De las cuales se puede apreciar que la actora Klaere Lizarzaburu Ana María,<sup>1/4</sup> declaró como impuesto a la renta como persona natural, por el ejercicio del año 2013, indicando en el formulario que posee en efectivo \$1,565,00, y como rubro total de ingresos \$119,874.60; en el formulario del año 2014 registra como efectivo \$435.20, y como total de ingresos la cantidad de \$136,706.15; y, por el periodo de ejercicio del año 2015, declara como efectivo la cantidad de \$1,381.11, y como total de ingresos 147,801.82. Así entonces dichas declaraciones evidencian, *no hay una disminución de su actividad económica, sino más bien un incremento progresivo año a año*". El juez a quo, en base al último argumento, es decir al de que la actora no sufrió decremento en su actividad económica, llega a la conclusión de que no sufrió daños morales, a pesar de la negligencia con la cual procedió el banco del Austro. La doctrina y la jurisprudencia ha concluido en que no se requiere una prueba directa de su existencia. El padecimiento se tiene por supuesto por el hecho antijurídico que lo provoca y es suficiente la valoración objetiva de la acción antijurídica <sup>(1/4)</sup> Resulta evidente que el Banco del Austro cometió un error

sumamente grave y que causó un severo perjuicio a la accionante. Que ha sufrido menoscabos patrimoniales la actora, por lo que cabe el resarcimiento del daño moral".

136. Volviendo al análisis que nos atañe, vistos los hechos fijados por el tribunal de apelación en la sentencia de mayoría, se observa que los juzgadores no han argumentado suficientemente cuáles han sido los perjuicios que ha sufrido la actora como consecuencia del presunto daño moral, ni han indicado qué elementos de prueba aportados al proceso han acreditado, en términos de suficiencia probatoria, la conducta generadora del daño moral, los perjuicios provocados por aquella y el nexo de causalidad, pues, en la sentencia censurada, por un lado se afirma que a "la actora se le ha causado aflicción o angustia al tener una expectativa económica que le ha sido afectada" y por otro, que el juez a quo ha errado al señalar que no existiría daño moral por no haber menoscabo en la economía de la actora, al ser suficiente según considera la Sala de apelación, la existencia del hecho antijurídico germen del daño y termina concluyendo que el error del Banco del Austro es grave, causante de perjuicio a la accionante, por detrimento de su patrimonio. Si desde el punto de vista del tribunal *ad quem*, no era necesario demostrar el perjuicio cierto de la actora por el presunto daño, ¿cómo se justifica entonces la gravedad del perjuicio y de la conducta de la parte demandada? ¿De qué manera se ha verificado el nexo causal entre la conducta antijurídica y el daño?

137. Se observa, por tanto, que en la sentencia de apelación existe un vicio motivacional de insuficiencia en la argumentación fáctica, razón por la cual, corresponde casar la sentencia censurada por no cumplir con el requisito de motivación.

138. Adicionalmente, se menciona que debido a que el argumento central de la casacionista respecto de la presente causal se circunscribe a que la Sala de la Corte Provincial ha inobservado la garantía de la motivación determinada en el artículo 76, numeral 7, literal I de la Constitución de la República, la cual  $\pm$ por su naturaleza, entendiéndose que tiene que ver con la exigencia de una argumentación suficiente tanto fáctica como normativa, tiene mérito, obliga al tribunal de casación a emitir una nueva sentencia en lugar de aquella, en virtud de lo que dispone el artículo 16 de la ley de casación, enmendando así la deficiencia en la motivación, por lo que los argumentos presentados por el resto de causales no serán objeto de revisión.

## VI

### SENTENCIA DE MÉRITO

#### **6.1. Del daño moral.**

139. En líneas anteriores, este Tribunal ya se ha referido a la naturaleza del daño moral, sin embargo, se hace énfasis en que el daño moral nace de un hecho punible, ilícito o delito por lo que es de naturaleza extrapatrimonial, y surge cuando se afecta la esfera personal de la víctima, es decir, se origina cuando el causante vulnera un bien jurídico que recae sobre un derecho de la personalidad diferente a los bienes o intereses materiales, que implica la existencia de una obligación indemnizatoria de carácter patrimonial, así el hecho generador vulnera un bien jurídico de naturaleza extrapatrimonial o recae sobre un derecho de la personalidad.

140. Además del daño, el nexo de causalidad entre el acto u omisión  $\pm$ en este caso ilícito- y el perjuicio causado por el daño, es otro elemento básico de la responsabilidad civil y tiene que ver con la causa previsible o evitable que es la base general para la correspondiente responsabilidad civil por el perjuicio provocado.

141. El nexo de causalidad tiene que ver con la imputabilidad, atribución objetiva o vínculo material, que no es otra cosa que el enlace material entre un hecho antecedente y un resultado  $\pm$ en este caso, el daño-.

142. La relación de causalidad permite abarcar los supuestos de responsabilidad civil, ya que vincula la conducta antijurídica del autor o agente dañador, el riesgo o vicio de la cosa o de la actividad, con el daño sufrido, pues, para que se genere la obligación de indemnizar a la víctima no basta que se verifique la existencia de un daño o de un acto ilícito imputable a su autor, sino que además de la presencia de dichos supuestos, debe establecerse que dicho acto es la causa del daño, teniendo en consideración que cualquier condición del hecho no es causa, sino "aquella que generalmente es apta para determinarlo"; de ahí que, es imprescindible el estudio pormenorizado de los elementos de prueba que han sido aportados al proceso.

## **6.2. De la prueba y la sana crítica racional.**

143. El derecho a la prueba, en términos generales, es el derecho fundamental que tienen las partes en el proceso: a ofrecer, a que se admitan, a que se actúen y valoren los elementos de prueba; en extenso, ha sido definido también como el derecho, "en primer lugar, a hacer efectivas las oportunidades para pedir y aportar pruebas; en segundo lugar, a admitir aquellos medios probatorios presentados y solicitados, en cuanto resulten pertinentes y útiles para la definición del litigio; en tercer lugar, a brindar un escenario y un plazo adecuados para su práctica; en cuarto lugar, a promover el recaudo de la prueba, pues el derecho a ella no se concreta simplemente en su ordenamiento, sino que impone un compromiso del juez y de las partes con su efectiva obtención; y en quinto lugar, a disponer y practicar aquellos elementos de prueba que de acuerdo con la ley, u oficiosamente el juez, se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos en torno a los cuales existe controversia."

144. El derecho a la prueba es una derivación del derecho a la defensa, por lo que se compone de cuatro elementos; el primero, es el derecho a utilizar todos los elementos de prueba de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos en los que se basa su pretensión ±con la relevancia de la prueba propuesta como única limitación-; el segundo, es el derecho a que las pruebas se practiquen en el proceso; el tercero, es el derecho a una valoración racional de las pruebas, que exige por un lado, que las pruebas que han sido admitidas y practicadas en juicio sean tomadas en consideración con la finalidad de justificar la decisión adoptada; y por otro, que la valoración que se realice sea racional; y, el cuarto, es la obligación de motivar las decisiones judiciales.

145. Doctrinariamente, valorar la prueba consiste en "determinar el grado de probabilidad que tienen las hipótesis fácticas de acuerdo a la información que arroja la prueba disponible; es definir o evaluar el grado de apoyo que una afirmación fáctica ±proposición- tiene de acuerdo a las pruebas practicadas en juicio".

146. Así, el objetivo fundamental e institucional de la actividad probatoria en el proceso judicial es la averiguación de la verdad ±pero no el único-, de ahí que la prueba como



actividad probatoria tiene la función de "comprobar los hechos condicionantes a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas o, lo que es lo mismo, determinar el valor de verdad de las proposiciones que describen la ocurrencia de hechos condicionantes, por lo que el éxito de la institución probatoria se produce cuando las proposiciones sobre los hechos que se declaran probadas son verdaderas" . De esta manera, el mismo ordenamiento jurídico, a través del derecho a la prueba, es el que exige la aplicación de las reglas de la epistemología o la racionalidad generales.

147. La decisión que un órgano jurisdiccional debe adoptar respecto de los hechos probados, no es enteramente libre, pues, el derecho obliga a los juzgadores a observar una serie de reglas que regulan tanto la decisión final como el proceso a través del cual se llega a esa decisión. Así, sobre la prueba se pueden identificar tres tipos de reglas jurídicas: las reglas sobre la actividad probatoria, las reglas sobre los medios y elementos de prueba; y, las reglas sobre el resultado probatorio.

148. Las reglas sobre la actividad probatoria, abarcan disposiciones normativas que determinan el momento en el que se inicia la fase de prueba y en el que finaliza. Las reglas sobre los medios y elementos de prueba, definen los medios y elementos de prueba, establecen cuáles de ellos son admisibles en un determinado procedimiento o la exclusión de aquellos. Las reglas sobre el resultado probatorio, indican al juzgador qué resultado debe extraer a partir de la presencia en el expediente procesal de algún medio de prueba específico o le conceden libertad jurídica para que valore los elementos de juicio que tenga a su disposición.

149. El ordenamiento jurídico procesal ecuatoriano se rige por el sistema de la sana crítica racional, en tratándose de valoración de la prueba, conforme lo establecía la disposición normativa contenida en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil:

Art. 115.- La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas

producidas.

150. Es necesario entonces que el juzgador, en la valoración de la prueba, decida de acuerdo con las reglas de la sana crítica racional, entendida esta como:

"[1/4 ] un sistema en donde no hay reglas jurídicas que determinen la valoración de la prueba ni estados subjetivos a que quede enlazada la suficiencia probatoria. Más precisamente, la única regla jurídica relevante es aquella que determina que la valoración de la prueba ha de justificarse de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, es decir, las de la epistemología general, las reglas del correcto entendimiento humano; brevemente: las de la lógica (entre ellas el principio de razón suficiente) y la experiencia común [1/4 ] Llevado al marco de la decisión judicial, este último sistema permitiría eliminar el factor de subjetivismo incontrolable del sistema precedente [sistema de la íntima convicción], la rigidez del sistema de la prueba legal (clásico) y, especialmente la eventual arbitrariedad de ambos. [1/4 ] las reglas de la epistemología, en cualquier contexto empleadas, son indefectiblemente falibles, dado que toda proposición apoyada en pruebas es en todo caso falseable. [1/4 ] las reglas de la epistemología sirven de ayuda para determinar cuándo, independientemente del estado subjetivo del decisor, la aceptación de un enunciado fáctico está injustificada por irracional [1/4 ]"

151. La característica de la sana crítica radica, entonces, es la libertad razonable que tiene el juzgador a la hora de valorar los elementos de prueba, sobre la base del principio de independencia y, de los principios propios de la prueba, como son los de inmediación y contradicción.

152. En otras palabras, la libertad y autonomía del juzgador o tribunal para desarrollar un razonamiento probatorio se sujeta a parámetros de racionalidad e incluso razonabilidad en la motivación como límites a la arbitrariedad y subjetividad en la valoración de las proposiciones presentadas por los sujetos procesales y que están vinculadas con el supuesto de hecho de una disposición normativa general.

153. En caso de que la valoración probatoria resulte arbitraria e injusta o ilegítima o absurda e irracional el juez debe proceder a corregir dicho error. En otras palabras, es necesario que el tribunal de casación verifique que la valoración de la prueba resulte razonable e racional, legítima, aceptable y que goce de suficiencia.

154. Por otra parte, conviene indicar que para que la prueba pueda producirse y obtenerse válidamente y, por lo tanto, surta los efectos legales procesales es indispensable que reúna ciertos requisitos intrínsecos y extrínsecos.

155. Los requisitos intrínsecos tienen relación con: (a) conducencia del medio escogido, es decir, que legalmente sirve para establecer el hecho que va a probarse con él; (b) pertinencia o relevancia, es decir, que se relacione con el litigio u objeto del proceso; (c) utilidad, es decir, que sea necesaria y no parezca inútil por existir presunción o confesión válida o notoriedad general respecto del hecho que se ha de probar con ella u otros medios legales análogos que resulten suficientes para establecerlo; (d) ausencia de prohibición legal para investigar el hecho.

156. Los requisitos extrínsecos necesarios para la admisibilidad y la práctica de la prueba, son: (a) oportunidad procesal, tanto de la petición como de la admisión u ordenación o decreto y práctica; (b) formalidad adecuada para su petición, admisión, o decreto u ordenación y práctica; (c) competencia y capacidad del juzgador para recibirla y practicarla, que excluye la ausencia de impedimentos; (d) legitimación de quien la pide y decreta.

157. Por su parte, el artículo 114 del Código de Procedimiento Civil, dispone: "Cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen".

158. El artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos determina:

Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo.

El demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa.

El reo deberá probar su negativa, si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada...

159. A la vez, el Código de Procedimiento Civil, establecía los medios probatorios que pueden admitirse en un proceso y la forma legal de introducirlos, es decir, las partes no están en libertad absoluta de escoger los medios que usarán para formar convicción respecto de las proposiciones sobre hechos que son discutidas, ni la forma de presentarlas ante el juzgador; por ello, si bien el juez tiene libertad para apreciar las pruebas rendidas, según se lo dicte su criterio racional, eso no significa que puede aceptar cualquier medio de prueba, sino únicamente los previstos en la normativa legal como tales y siempre conforme a las normas establecidas para su actuación y valoración. Ello, lo ratifica la jurisprudencia.

### **5.3 . De la prueba del daño moral y de sus perjuicios: el nexo de causalidad.**

160. Como se ha dejado señalado en anterior líneas, la relación de causalidad permite abarcar los supuestos de responsabilidad civil, vinculando la conducta antijurídica del autor, el riesgo o vicio de la cosa o de la actividad, con el daño sufrido, pues, para que se genere la obligación de indemnizar a la víctima no basta que se verifique la existencia de un hecho ilícito del autor, sino que aquel debe ser la causa del daño.

161. Para que se genere responsabilidad indemnizatoria, el daño debe demostrarse, y si bien es criterio de esta alta Corte que el daño moral resulta difícil probar, por ser una cuestión interna del individuo, que no refleja sus afecciones o lesión en sus sentimientos. Y por tal, sería suficiente la valoración objetiva del hecho ilícito provocante, pero dicha valoración debe ir acorde a los requerimientos normativos del artículo 2232 del Código Civil, esto es:

"(1/4 ) 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 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."

162. De esta manera se ha de sopesar el daño moral, dado que la indemnización provocada por la conducta, no tiene que ver con la reintegración de un patrimonio material, sino que se dirige principalmente a proporcionar una satisfacción como compensación al sufrimiento causado.

163. En ese sentido para probar los perjuicios derivados de un daño moral, el reconocimiento que de aquellos hace el juzgador, se encuentra condicionado a la prueba de la causación de estos, puesto que está claro que el poder discrecional otorgado al decisor no puede tornarse en irrazonable ni en arbitrario.

164. De esta manera, actuar medios de prueba directa representa una imposibilidad en términos de probanza del daño moral, por lo que se otorga eficacia probatoria a los indicios que emergen de determinadas circunstancias, de acuerdo con la sana crítica racional, que abarca las reglas de la epistemología, de la lógica, los principios científicos y la experiencia común.

165. El razonamiento probatorio que realiza el juzgador de los elementos de prueba aportados para acreditar tanto la existencia de la conducta  $\pm$ antijurídica- dañosa o que eleva un riesgo socialmente aceptado, como los perjuicios morales derivados de aquella, y el nexo de causalidad o de imputabilidad de estos con el agente generador de la conducta ilícita, implica un desarrollo argumentativo mayor y de suficiencia normativa y fáctica respecto de qué elemento de prueba constante en el proceso, acredita qué tipo de perjuicio o afección en la esfera interna, personal y sentimental de la víctima, así como qué elemento de prueba demuestra la causación del pretendido daño.

166. Si se considera que la generación de un daño que deriva en perjuicios morales que deben ser cuantificados económicamente por el juzgador, implica necesariamente la

imposición de una sanción que no es otra que la obligación que tiene el agente de resarcir dicho daño a la víctima que lo ha sufrido, teniendo en cuenta que además se genera una declaración de responsabilidad civil en contra de un sujeto que es el obligado a satisfacer el perjuicio moral causado, el análisis y argumentación del decisor debe cumplir con la observancia de las disposiciones normativas aplicables a las proposiciones sobre hechos que han sido suficientemente acreditadas, en términos de la sana crítica racional como sistema de valoración de la prueba.

167. Es importante manifestar que para poder hablar de daño moral primero se debe verificar si en efecto, la conducta que sirve como fundamento de la acción civil presentada, es ilícita o antijurídica, puesto que, de no existir mérito para considerarla como tal, la demanda planteada no tendría asidero, siendo inútil que posteriormente se entre a analizar la existencia o no del presunto daño y de sus perjuicios a través de la valoración de los elementos de prueba presentados en el proceso.

168. En lo referente al primer elemento, esto es, la ilicitud o antijuridicidad de la conducta activa u omisiva del agente que provoca el daño, en el caso bajo examen y de acuerdo a lo sostenido por el tribunal de instancia, del oficio IRG-DAyEU-V-R-2015-062 de 2 de febrero de 2015, enviado por el Intendente Regional de la Superintendencia de Bancos en Guayaquil a la accionante, al Procurador Judicial del Banco Bolivariano C.A. y a la Procuradora Judicial del Banco del Austro S.A. dentro del trámite administrativo 2014-004243. Se desprende que la Superintendencia, acepta la reclamación presentada por la señora Ana María Klaere Lizarzaburu *"por habérsele impuesto una segunda sanción ocasionada por el protesto de cheques girados contra una cuenta corriente en la que ya no era firma autorizada, debido a la falta de reporte de exclusión del Banco del Austro S.A."*, y dispone rehabilitación de la accionante. Dejando sentado que el Banco del Austro S.A., reconoce una *"lamentable omisión de nuestra área de servicios bancarios por lo que no se reportó a la Superintendencia de Bancos y Seguros la exclusión de la firma de la anterior representante legal, señora Ana María Klaere Lizarzaburu, titular de la cedula de identidad No. 0912844990"*. Esta falta de notificación configura la conducta ilícita, germen del daño, circunstancia que vincula únicamente al Banco del Austro y no a Garantcorp S.A, pues no existe prueba que determine que efectivamente, producto de presunta falsificación de la firma

de la actora, se haya propiciado la inhabilitación de las cuentas de la actora, como asevera en su demanda. Tanto más, que no es dable que una misma acción de daño moral se demande a dos o más personas naturales o jurídicas por conductas antijurídicas distintas, el daño debe ser producto de la misma acción u omisión ilícita para que proceda la condena.

169. Adicionalmente de lo antes mencionado, de la revisión de las actuaciones procesales, se evidencia que todos los elementos de prueba practicados por la actora, y que consistieron en medios de prueba documental y testimonial, como la confesión judicial de la actora; reclamo de proveedores por protesto de cheques, constancias del trámite administrativo de la Superintendencia de Bancos No. 2014-004243, están encaminados a justificar la existencia de un hecho ilícito provocante de daño.

170. Sin embargo, de los elementos de prueba practicados en la audiencia de juicio, no consta alguno que justifique la existencia de los perjuicios derivados del supuesto daño moral provocado, y teniendo en cuenta que el juzgador no puede emitir una decisión irracional ni arbitraria, a pesar de que la naturaleza del daño moral le otorga discrecionalidad para emitir una resolución; el mismo artículo 2232 del Código Civil establece que la indemnización debe otorgarse cuando se encuentre justificada suficientemente la gravedad particular del daño, la conducta ilícita y del perjuicio derivado de aquel.

171. Esto por cuanto no debe confundirse la prueba del daño en sí mismo, esto es, el menoscabo perjuicio o sufrimiento causado, con la prueba del factor de atribución de la responsabilidad o de la existencia de "culpa" o negligencia.

172. El presente caso, al no existir elemento alguno que tenga por finalidad probar de manera racional y suficiente la causación de un daño, los perjuicios derivados de aquel y el nexo de imputabilidad de estos con el supuesto agente del daño, el tribunal *ad quem* no contaba con los elementos de prueba necesarios y requeridos para tener como justificado el daño moral, sus perjuicios, el nexo de causalidad, ni mucho menos el monto de la indemnización, pues, quien presenta una demanda aduciendo la existencia de daño moral y pretendiendo una indemnización que repare sus perjuicios, si busca que la misma prospere, debe actuar elementos de prueba suficientes que justifiquen suficientemente tanto la conducta ilícita productora del daño moral, el daño moral y sus perjuicios y el nexo de causalidad para

que el juzgador pueda formular el criterio de imputación en contra del agente dañoso y cuantificar el monto de la indemnización.

173. En lo referente al pedido que se le indemnice también por daños materiales, es menester explicar que dichas solicitudes son incompatibles con la naturaleza de la acción civil por daño moral, como se analizará a continuación.

174. Doctrinariamente, la responsabilidad civil tiene como objetivo la reparación a través del restablecimiento del equilibrio que existía entre el patrimonio del autor del daño y el patrimonio de la víctima antes de sufrir el perjuicio, sin que tras ese daño existente estén el azar o la desgracia impersonal, sino la conducta de una persona o la creación de un riesgo, lo que implica que sea el daño y no la culpa, el presupuesto de la responsabilidad jurídica civil.

175. Así, quien se reputa autor de un daño que ha provocado un perjuicio se encuentra en la obligación de indemnizar a quien lo padece, pero dicha indemnización no puede ser inferior ni superior al perjuicio proferido a la víctima; de ahí la regla de que la víctima siempre debe ser indemnizada, pues, todo aquel que causa un daño está obligado a repararlo.

176. Regla que tiene estrecha relación con el principio *alterum non laedere* ±no dañar a otro- que se aplica a las relaciones de los sujetos de derecho con independencia de que se hayan establecido pautas de comportamiento recíprocas, sino que se constituye en fundamento del orden jurídico y su violación genera responsabilidad como sanción, es decir, este principio viabiliza la vida en sociedad y cuando es transgredido, la sanción a ser impuesta se traduce en la obligación jurídica de indemnizar los perjuicios derivados del daño causado. Así, esta sanción se constituye en resarcitoria y no en represiva.

177. El daño es toda lesión a un interés jurídicamente protegido, sea este un derecho patrimonial o extrapatrimonial, es decir, el daño al ser el elemento nuclear de la responsabilidad civil, es todo detrimento, menoscabo o deterioro que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, que se encuentren vinculados a su patrimonio, a su personalidad o a su esfera espiritual o afectiva; o, que afecta un valor tutelado por el ordenamiento jurídico.



178. El daño y el perjuicio son conceptos diferentes que no pueden ser tratados como equivalentes, si se tiene en cuenta que el primero es el hecho o situación fáctica, mientras que el segundo es la consecuencia o resultado que afecta al interés patrimonial o extrapatrimonial.

179. En materia de daños, se puede estar frente a dos tipos: el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial. El daño patrimonial o material recae sobre un objeto de forma directa o indirecta como consecuencia de o reflejo de un daño causado a quien es titular del mismo.

180. El daño patrimonial constituye una lesión y/o disminución de los derechos patrimoniales, aplicable a la esfera contractual y a la extracontractual, el cual recae sobre un objeto o interés, de forma directa o indirecta, como consecuencia o reflejo de un daño causado a quien es titular del mismo; y que se traducen, sea como una disminución del activo del perjudicado o como un incremento del pasivo; y, se dividen en daño emergente y lucro cesante.

181. El daño emergente es un empobrecimiento patrimonial en su dimensión actual, que se traduce en pérdida o detrimento de un bien o interés que sale del patrimonio del perjudicado; o, en la disminución de una utilidad integrada de antemano en el patrimonio del perjudicado.

182. Mientras que el lucro cesante es la falta de enriquecimiento o de crecimiento patrimonial, o, la privación de una utilidad no poseída, pero que se habría poseído y habría formado parte del activo patrimonial del perjudicado, es decir, la ganancia dejada de obtener.

183. Así, el lucro cesante tiene que ver con una certeza relativa del daño, que se basa en un criterio de probabilidad, por lo que se debe dilucidar si se está frente a una hipótesis de ganancia verdaderamente frustrada o ante una mera esperanza imaginaria; es decir, se apoya en la presunción de cómo habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso generador del daño.

184. Mientras que el daño moral no afecta al patrimonio económico de una persona sino a su personalidad física o moral, o a ambas a la vez. Los daños morales no tienen una naturaleza económica, no son cuantificables en dinero, sino que recaen sobre la persona, sus

sentimientos o su cuerpo, como, por ejemplo, la honra, la vida, la libertad, la buena imagen, el buen nombre, la familia, la intimidad.

185. Sin embargo, este concepto no debe entenderse restrictivamente, pues, este no se reduce únicamente a los dolores sufrimientos injustamente ocasionados, sino que en aquel también se incluye todo perjuicio no pecuniario que produzca la lesión de un bien de la persona ±como la salud, la libertad, la honestidad, el honor, entre otros-, o de sus sentimientos y afectos más elevados e importantes.

186. Así, el daño moral es aquel que afecta a un bien de la personalidad o de la vida ± libertad, salud, honor, honestidad, paz, tranquilidad de espíritu, integridad física, bienestar corporal, privacidad, etc.-, es decir, un detrimento que implica quebranto, privación o vulneración de los bienes incorporeales que se encuentran tutelados bajo la categoría de los derechos de la personalidad.

187. El daño moral nace de un hecho punible, ilícito o delito por lo que es de naturaleza extrapatrimonial, y surge cuando se afecta la esfera personal de la víctima, es decir, se origina cuando el causante vulnera un bien jurídico que recae sobre un derecho de la personalidad diferente a los bienes o intereses materiales, que implica la existencia de una obligación indemnizatoria de carácter patrimonial, así el hecho generador vulnera un bien jurídico de naturaleza extrapatrimonial o recae sobre un derecho de la personalidad.

188. Como se evidencia, estos dos tipos de daños tienen fuente diversa, el patrimonial tiene origen convencional ±entendido como convenio entre las partes que se obligan independiente del nombre que se le dé al acto jurídico-o extracontractual, mientras que el extrapatrimonial se origina siempre en una conducta antijurídica, es decir, en aquella contraria a derecho.

189. Asimismo, el perjuicio que estos daños generan recae en diferentes objetos, por ejemplo, el perjuicio en un daño patrimonial se dirige únicamente a los bienes materiales que integran el cúmulo de derechos patrimoniales de los que es titular una de las partes; y, el perjuicio en un daño moral tiene incidencia en los derechos extrapatrimoniales de un sujeto, es decir, en un derecho personalísimo.

190. El Código Civil, en el título XII "Del efecto de las obligaciones" del Libro IV "De las obligaciones en general y de los contratos", establece varias disposiciones que tienen que ver con el cumplimiento de las obligaciones que han contraído las partes, y en específico, en la de indemnizar los perjuicios ocasionados por contravenir, una de las partes contractuales, una de sus obligaciones.

191. Así, el artículo 1571 prescribe que:

Art. 1571.- Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho.

Pudiendo destruirse la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al celebrar el contrato, estará el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a ejecución a expensas del deudor.

Si dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios, será oído el deudor que se allane a prestarlos. El acreedor quedará de todos modos indemne.

192. Y, el artículo 1572 determina que la indemnización de perjuicios está constituida por el daño emergente y el lucro cesante, y aquella puede tener como causa que la obligación no se ha cumplido, o se ha cumplido imperfectamente, o se ha cumplido tardíamente; y, también establece dos excepciones: los casos en que la ley prescribe que la indemnización de perjuicios se limita únicamente a considerar el daño emergente y ya no el lucro cesante como componente de la de indemnización, y las indemnizaciones por daño moral que se encuentran reguladas en el título XXXIII "De los delitos y cuasidelitos", con lo cual, se determina una diferencia en el ordenamiento jurídico entre la indemnización de perjuicios y la indemnización por daño moral.

Art. 1572.- La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

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

Exceptúanse también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título

XXXIII del Libro IV de este Código.

193. Por otro lado, los artículos 2231 a 2234 constantes en el título XXXIII "De los delitos y cuasidelitos" del Código Civil establecen las reglas aplicables a la indemnización por daño moral:

Art. 2231.- Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral.

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.

194. Razones por las cuales, tanto normativas como doctrinarias, no se puede confundir a estos dos tipos de daños y pedirlos a través de la misma acción civil planteada, pues, inclusive los medios de prueba difieren en cada caso, así como lo que se pretende probar con la evacuación de cada uno de ellos; tanto más, si se considera que la indemnización por daño moral no está compuesta por daño emergente ni lucro cesante, conceptos que únicamente

tienen cabida cuando el perjuicio proveniente de un daño es estrictamente patrimonial.

## VII

### DECISIÓN DE LA SENTENCIA

195. Por la motivación expuesta a lo largo de este fallo, este tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, **"ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA"**, resuelve:

- a) Aceptar parcialmente el recurso de casación presentado por la abogada Sandra de la Rosa Romero en su calidad de Procuradora Judicial del ingeniero Juan Vélez Palacios, Procurador Judicial del Ingeniero Guillermo Talbot Dueñas, Gerente General y Representante Legal del Banco del Austro S.A., únicamente en lo que tiene que ver con el caso quinto del Art. 3 de la Ley de Casación, esto es, incumplimiento del requisito de motivación en la sentencia de segunda instancia.
- b) Casar la sentencia (voto de mayoría) de segunda instancia emitida por el tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, de 16 de octubre de 2020, las 15h40, por los argumentos justificativos desarrollados en esta sentencia.
- c) Rechazar la demanda planteada por la señora Ana María Klaere Lizarzaburu en contra del Banco del Austro S.A y de la Compañía de Transporte de Carga Pesada GARANTICORP S.A.
- d) Devuélvase el monto consignado como caución a las partes procesales en igual proporción (50% a cada una).
- e) Sin costas que declarar.

f) Con el ejecutorial, se dispone la inmediata devolución del expediente al tribunal de origen. **Notifíquese y devuélvase.**

**DR. ROBERTO GUZMAN CASTAÑEDA  
JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)**

**DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA  
JUEZ NACIONAL (E)**

**DR. WILMAN GABRIEL TERAN CARRILLO  
JUEZ NACIONAL (E)**