



Juicio No. 13337-2018-00016

**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, miércoles 12 de octubre del  
2022, las 15h49.

**VISTOS:**

## **I**

### **ANTECEDENTES**

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

1. En el juicio ordinario que sigue Carlos Enrique Bowen Delgado en contra del Banco Pichincha C.A., el juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Manta de la ciudad de Manabí, emitió sentencia en la que declaró con lugar la demanda de daño moral, determinando el monto de la indemnización en dos millones de dólares de los Estados Unidos de América (2.000.000,00 USD).

2. De esta sentencia, la parte demandada interpusieron recurso de apelación, mismo que fue conocido por el tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Manabí, el cual dictó sentencia el 3 de diciembre de 2019, las 09h24, en la que aceptó parcialmente el recurso de apelación presentado, y reformó la sentencia de primer nivel en lo referente al monto de la indemnización que es de noventa mil dólares de los Estados Unidos de América (90.000,00 USD).

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

3. Inconforme con la sentencia dictada, la parte actora interpuso recurso de casación con base en los casos dos, cuatro y cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, mismo que fue admitido a trámite, mediante auto de 16 de junio de 2021, a las 15h05, emitido por la doctora Rita Annabel Bravo Quijano, conjueza nacional.

4. Asimismo, la parte demandada con fundamento en los casos dos, tres y cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, recurso que fue admitido a trámite, únicamente por el caso tres, en el referido auto emitido por la conjueza nacional.

5. Sin embargo, mediante auto de 22 de diciembre de 2021, las 09h54, la referida conjueza nacional revocó el auto de 16 de junio, en la parte concerniente a la inadmisión del recurso del demandado sobre las causales 2 y 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, admitiéndolas, por lo que, el recurso del Banco fue admitido en su integralidad, es decir, por las causales 2, 3 y 5.

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

6. La parte actora impugna la sentencia de apelación por las causales dos, cuatro y cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

7. La parte demandada recurre con fundamento en los casos dos, tres y cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos,

8. El caso dos tiene lugar cuando la sentencia o auto no contiene los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se han adoptado decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumple con el requisito de motivación.

9. El caso tres se configura cuando se ha resuelto en la sentencia o auto lo que no fue materia del litigio o se ha concedido más allá de lo demandado, o se ha omitido resolver algún punto de la controversia.

10. El caso cuatro se refiere a cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia.

11. El caso cinco ocurre cuando se ha incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que han sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.

12. La parte actora cita como disposiciones normativas infringidas las siguientes: artículo 76, numeral 7, literal 1 de la Constitución de la República; artículos 89 y 164 del Código Orgánico General de Procesos; y, artículos 1572, 2231 y 2232 del Código Civil.

13. La parte demandada cita como disposiciones normativas infringidas las siguientes: artículo 76 numeral 1, numeral 7 literal 1 y artículo 168 numeral 6 de la Constitución de la República; artículos 18, 19 y 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial; artículos 89, 92 y 294 numeral 2 del Código Orgánico General de Procesos; segundo y tercer artículos innumerados de la Ley Orgánica Derogatoria a la Ley de Burós de Información Crediticia y Reformatoria a la Ley del Sistema Nacional del Registro de Datos Públicos, a la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario y a la Ley de Compañías.

## II

### CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

## **2.1. Jurisdicción y competencia**

14. 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 de 10 de febrero de 2021 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

15. 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, oficios Nos. 111-P-CNJ-2021, 112-P-CNJ-2021, y 114-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021, respectivamente; y, en virtud del sorteo de ley.

16. La competencia para conocer el recurso de casación interpuesto se fundamenta en lo previsto en los artículos: 184 numeral 1 de la Constitución de la República; 184 y 190 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, primer inciso del artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos.

## **2.2. Validez procesal**

17. 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**

18. Según la disposición normativa contenida en el artículo 168 numeral 6 de la Constitución, la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo; por lo que este tribunal, dentro del término previsto en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos y de conformidad con las reglas generales previstas, convocó a audiencia de fundamentación del recurso de casación, la que se llevó a cabo el 27 de junio de 2022, a las 10h00, y cuya reinstalación tuvo lugar el 4 de julio de 2022, a las 11h30; y, una vez que finalizó el debate se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 273 del Código Orgánico General de Procesos.

### III

#### DEL RECURSO DE LA PARTE ACTORA

**i) Respecto de la causal segunda del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.**

19. La parte casacionista acusa que la sentencia impugnada no cumple los requisitos esenciales que debe reunir una decisión judicial para que pueda considerarse motivada, en atención al test de motivación vigente en ese momento, según el cual se debía verificar si se cumplían tres parámetros: razonabilidad, lógica y comprensibilidad.

20. Sostiene que en el escrito del recurso se alegó que la sentencia no contiene el requisito de lógica que se da cuando no existe coherencia entre la premisa y la conclusión y entre aquella y la decisión.

21. Sin embargo, menciona que a partir del 2021 la Corte Constitucional estableció un nuevo criterio rector respecto a la motivación, en la sentencia 1158, el mismo que establece que existe deficiencia motivacional cuando la sentencia contiene enunciados incoherentes, es decir, incoherencia lógica e incoherencia decisional.

22. Manifiesta que en el presente caso, estaríamos frente a incoherencia decisional, porque pese a que la sentencia reconoce el daño moral, ordena como indemnización a título de reparación, la irrisoria suma de noventa mil dólares, con lo que se demuestra la falta de coherencia.

23. Indica que existe la sentencia 008-16-CC del 2 de marzo del 2016 dictada por la Corte Constitucional en la que consta que en la institución bancaria demandada no existen los documentos contables que puedan acreditar que efectivamente existía una obligación y que era procedente el juicio ejecutivo.

24. Señala que dentro del juicio ejecutivo se remató un bien del actor por una cantidad mucho menor a la que constaba en el avalúo, con lo que se evidencia un perjuicio en contra del actor.

25. Agrega que todo esto fue motivo para que se mantenga al actor registrado en la central de riesgos por más de nueve años, de manera ilegal e ilegítima.

26. También indica que ha existido tres reliquidaciones, lo que evidencia un pago de lo no debido por un error de cálculo, que luego fue corregido por la jueza Nilda Aguinaga.

27. Manifiesta que no tiene lógica que pese a haberse probado el daño y la magnitud del mismo, cuyo monto supera los dos millones de dólares, el tribunal *ad quem* decidió aceptar la demanda en forma parcial y ordena pagar una suma irrisoria en relación al daño causado; por lo tanto, verificada esta incoherencia decisional, y acorde al criterio rector, la argumentación jurídica es aparente y se configura la vulneración de la garantía de motivación; y teniendo en cuenta, además, que la misma Corte Nacional de Justicia ha establecido que la motivación es el presupuesto del control casacional del razonamiento probatorio.

**ii) Respecto de la causal cuarta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.**

28. El actor menciona que respecto del precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba que no ha sido aplicado, esto es, el artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos, sin que esto signifique que se pida revalorar prueba, determina que la prueba debe ser analizada en su conjunto, por parte del juzgador, de acuerdo a las normas generales de la sana crítica.

29. Sobre la identificación de los medios de prueba, menciona el informe pericial del magister William Alonzo García, que establece una supuesta obligación de 8435 dólares y no de 120 mil con 26 dólares como erróneamente se hace constar en la demanda y en la sentencia; también el avalúo de la planta industrial que es de un millón 419 mil 826 dólares y no del monto por el cual fue rematada 239 232 dólares; y, por último, el juicio ejecutivo 13306-1996-00273, donde constan las 4 reliquidaciones en las que se ordena el pago de lo no debido, y que posteriormente se evidencia el error de cálculo.

30. En relación con la demostración de la vulneración de la norma, menciona que la norma es clara y establece que la prueba debe ser apreciada en su conjunto, de acuerdo con las reglas generales de la sana crítica, por lo que el tribunal tenía la obligación de expresar en esa valoración, todas las pruebas que hayan servido para justificar su decisión.

31. Con esta consideración, sostiene que el *ad quem* no aplicó el artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos, ya que de haberse valorado la prueba como lo dispone el referido artículo, el monto de la reparación hubiera sido superior a los dos millones de dólares.

32. En lo que tiene que ver con la identificación de la violación de la norma sustantiva, señala que el artículo 2232 del Código Civil ha sido erróneamente interpretado.

**iii) Respecto de la causal quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.**

33. El actor sostiene que existe errónea interpretación de los artículos 2231 y 2232 del Código Civil.

34. Menciona que la errónea interpretación de la norma se da, cuando establecidos los hechos, el tribunal de instancia los subsume en una norma jurídica, que los califica jurídicamente, pero otorgándole un sentido y alcance diferente del que conceptualmente corresponde.

35. Indica que en la sentencia se infringe por errónea interpretación, el artículo 2231 del Código Civil porque no se establece el pago del daño emergente y lucro cesante a favor del actor, sino que únicamente se ordena el pago de una reparación por daño moral.

36. Manifiesta que el tribunal *ad quem* no aplicó la prudencia, que no es adivinación sino un procedimiento intelectual, que determina el artículo 2232 del Código Civil, ya que en la determinación del valor, no se evidencia los cálculos que se hicieron para fijar la indemnización en el valor de noventa mil, con lo que se evidencia que el tribunal ha basado la cuantificación en un impulso y en la adivinación, sin haberse enmarcado en la prudencia que exige la disposición señalada, con lo que se evidencia la errónea interpretación de dicho artículo.

37. Menciona también la falta de aplicación del artículo 1572 del Código Civil, porque la indemnización del perjuicio incluye el daño emergente y el lucro cesante, lo cual no fue cuantificado por el tribunal.

#### IV

#### CONTRADICCIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

**iii) Respecto de la causal segunda del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.**



38. El demandado menciona que la parte actora evidencia su inconformidad con las decisiones de la justicia; agrega que hubo un juicio ejecutivo por cobro de un pagaré que fue caucionado con una hipoteca, y que la obligación estuvo impaga.

39. El demandado, en la misma línea, agrega que ese juicio fue administrado por el sistema legal ecuatoriano, que ahí existieron jueces y funcionarios que resolvieron lo que estimaron pertinente.

40. El demandado sostiene que el presente juicio es perseguido por daño moral, y no de condena de daño emergente y lucro cesante, es decir, no de daños y perjuicios, y que las situaciones que motivan este juicio ya fueron resueltas por el juez competente en el juicio ejecutivo.

41. También indica que se ha buscado a través de este juicio, utilizar prueba del juicio ejecutivo para en el presente caso alegar daño moral.

42. Sin embargo, existe un juicio ya resuelto, en atención a una obligación impaga, en el cual, el juez competente resolvió precisamente sobre la existencia de una obligación impaga.

43. El demandado manifiesta que el actor estuvo vinculado a un juicio penal por tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, todo lo cual es ajeno al Banco Pichincha, porque inclusive el CONSEP incautó el bien que previamente había sido constituido en hipoteca, lo que imposibilitó que dicha garantía se efectivice.

44. El demandado puntualiza que el registro de datos crediticios es un mandato legal y lo que pretende la parte actora es un hecho imposible porque no se puede borrar el historial.

**ii) Respecto de la causal cuarta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.**

45. El demandado, sobre los argumentos presentados por el actor por esta causal, sostiene que aquel busca usar elementos del juicio ejecutivo en el que se estableció una obligación de pago, emitida por jueces y no por el Banco.

46. Menciona también que no podía eliminarse el historial crediticio del actor, pues, esta actividad no le corresponde al Banco.

**iii) Respecto de la causal quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.**

47. El demandado manifiesta que originalmente, el proceso tiene relación con el artículo 2232 del Código Civil pero que, al fundamentar el recurso, el actor dice que tiene que ver con el artículo 2231 *ibídem*.

48. El demandado señala que la parte pretende subsumir a una realidad de daño moral, temas que son propios de daños y perjuicios, sin tener en cuenta que el objeto de la controversia es un juicio de daño moral.

49. Sobre la alegación de la parte actora de que el artículo 1572 del Código Civil no ha sido aplicado, el demandado menciona que ese artículo hace relación al juicio de daños y perjuicios y de manera expresa excluye al daño moral en su inciso final.

50. El demandado también indica que es evidente que el actor pretende una valoración de prueba, contraviniendo el artículo 270 del Código Orgánico General de Procesos.

51. El demandado sostiene que en materia de daños hay un silogismo que debe verificarse y que consiste que el daño y perjuicio deben tener un nexo de conexión, sin embargo, en el presente caso, el

Banco no es responsable de los actos de la justicia.

## V

### DEL RECURSO DE LA PARTE DEMANDADA

#### **i) Respetto de la causal segunda del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.**

52. La parte demandada acusa que la sentencia de apelación no se encuentra motivada de acuerdo con el artículo 76, numeral 7, literal I de la Constitución de la República, con el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, ni con el artículo 89 del Código Orgánico General de Procesos, pues, la Corte Provincial sostuvo en su resolución siendo procedente reportar al actor con dicha calificación por su crédito vencido, por lo que a la fecha de cancelación de la deuda, 6 de mayo de 2006, el Banco Pichincha tenía la obligación de oficiar directamente a la central de riesgos o solicitar al juez de la causa, a través del juicio ejecutivo, se restablezca la calificación de riesgo, es decir, estableció una obligación.

53. Sostiene que la norma de la motivación establece que no hay motivación cuando no se enuncian las normas en las que se funda la resolución, en este sentido, la Sala establece que habría una obligación de Banco Pichincha al no haber restablecido la calificación de riesgo del señor Bowen y no establece qué norma le obliga al Banco a restablecer esa calificación, por lo que habría deficiencia en la motivación.

#### **ii) Respetto de la causal tercera del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.**

54. La parte demandada sostiene que el actor, en su demanda afirmó que el supuesto daño causado por Banco Pichincha C.A., se origina del reporte en la Central de Riesgos con calificación "E", equivalente a pérdida a pesar de que habría otorgado hipoteca, conforme consta en el numeral

tercero de la demanda, en el cual, la pretensión imputa supuestos actos irregulares al Banco dentro de un juicio ejecutivo que luego de análisis pertinente se determinó que el banco no tenía ninguna participación.

55. Menciona que el objeto de la controversia se fijó en establecer si el accionante Carlos Enrique Bowen Delgado, tiene derecho a exigir que mediante sentencia, el Banco Pichincha C. A. sea condenado a pagar una indemnización a su favor, la suma de USD \$ 3.600.000 por concepto de reparación de daño moral que afirma haber sufrido de acuerdo a los fundamentos de su demanda; o establecer si la oposición y excepciones de fondo presentadas por la parte demandada, Banco Pichincha C.A., tienen fundamento legal que permitan al juzgador desechar o negar la demanda.

56. Manifiesta que contestó la demanda y se excepcionó en relación al fundamento mencionado por el actor en su demanda que fue el estar en la Central de Riesgos con una calificación "E" a pesar de tener una hipoteca, trabándose la *litis* exclusivamente en torno a dicha afirmación, por lo que, en virtud del principio de congruencia, la sentencia recurrida debió decidir únicamente sobre los aspectos que se fundamentaron en la demanda.

57. Agrega que no obstante, en la parte resolutive de la sentencia se creó una supuesta obligación del Banco consistente en que a la fecha de cancelación de la deuda, 6 de mayo de 2006, el Banco Pichincha C.A., tenía la obligación de oficiar directamente a la Central de Riesgo o solicitar al juez de la causa a través del juicio ejecutivo, se le restablezca su calificación de riesgo, lo cual no fue alegado en la demanda, por lo que la sentencia crea una supuesta obligación jurídica que no fue alegada en la demanda, resolviendo algo que no fue objeto de litigio.

58. Indica que, al no haberse fundamentado la demanda en una supuesta conducta ilegítima de no retirar al actor del Registro de Datos Crediticios, el juez ni el tribunal podía haber resuelto sobre ello, por lo tanto, se evidencia que se configuró el vicio de *extra petita* por cuanto el tribunal *ad quem* resolvió algo distinto a lo demandado por el actor.

59. Señala que ha demostrado cómo la sentencia recurrida ha incurrido en un vicio de

incongruencia *extra petita* y, por tanto, debe ser casada con fundamento en el caso tercero del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

**iii) Respetto de la causal quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.**

60. El demandado acusa que existe falta de aplicación de los artículos innumerados dos y tres de la Ley Orgánica Derogatoria a la Ley de Burós de Información Crediticia y Reformatoria a la Ley del Sistema Nacional del Registro de Datos Públicos, a la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario y a la Ley de Compañías, en la sentencia recurrida.

61. Menciona que el tribunal *ad quem* confunde el concepto de central de riesgos y registro de datos crediticios, pues, los define como si fueran lo mismo, cuando en la central de riesgos consta un registro de deudores del sistema financiero ecuatoriano, mientras que en el registro de datos crediticios consta el historial crediticio de cumplimiento de obligaciones, de tal manera que en la sentencia lo que se pretendió es que el Banco elimine el historial crediticio del actor, inaplicando la referida ley.

62. Manifiesta que el artículo innumerado segundo dispone con la finalidad de prestar el servicio de referencias crediticias basado en el historial de cumplimiento de obligaciones crediticias de las personas, este registro permitirá contar con información individualizada de las personas naturales y jurídicas respecto de sus operaciones crediticias que se hayan contratado en las instituciones del sistema financiero público y privado; esta ley crea un historial.

63. Sostiene que el artículo innumerado tercero de la referida ley, establece que la información del registro de datos crediticios se nutre de la información de las entidades públicas, no de ningún banco; sin embargo, en la sentencia censurada el tribunal de segunda instancia establece la obligación del Banco de eliminar de la central de riesgos al actor, como una conducta ilícita que constituye daño moral, lo cual no procede.

## VI

### CONTRADICCIÓN DE LA PARTE ACTORA

#### i) **Respecto de la causal segunda del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.**

64. El actor menciona que el Banco ha sostenido que se configura falta de motivación porque el *ad quem* no citó norma alguna que establezca la obligación del Banco de oficiar directamente a la central de riesgos del actor.

65. Sostiene que la Corte Constitucional en la sentencia 1158 emitió un nuevo criterio rector en torno a la motivación.

66. Refirió la existencia del oficio suscrito por la intendente regional de Portoviejo de la Superintendencia de Bancos, que contesta al reclamo realizado por el señor Carlos Bowen en el año 2014 para que se lo elimine de la calificación de la central de riesgos, no obstante de encontrarse cancelada la obligación, se ha mantenido de manera ilegítima al actor como deudor moroso con categoría E por más de nueve años, pese a haber cancelado la obligación al Banco, lo cual causó daño moral al actor.

67. Indica que el Banco incurrió en la negligencia de mantener al actor en la central de riesgos, al no modificar su calificación por largo tiempo, situación que encaja en el descrédito porque la obligación sí se encontraba cancelada, lo cual tuvo un impacto directo en el ámbito emocional del actor, al no ser sujeto de crédito, violentado el artículo 66 numeral 3 de la Constitución.

68. Señala que en el considerando octavo de la sentencia, el tribunal *ad quem* menciona que de acuerdo a la doctrina y a la jurisprudencia, el daño moral es toda acción u omisión que lesiona los sentimientos.

69. De tal manera que la falta de norma, para alegar la falta de motivación queda subsanada con las disposiciones legales que regulan la reparación por daño moral.

**ii) Respetto de la causal tercera del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.**

70. El actor sostiene que el vicio *extra petita* que está alegando el demandado, pero acorde al criterio emitido por la Sala de la Corte Nacional de Justicia, mediante resolución 1225-2014 del 7 de noviembre de 2014, este vicio se da cuando se falla sobre algo distinto a lo solicitado, lo que resulta en una incongruencia, violentando el principio de incongruencia que impone una absoluta correlación entre la pretensión y la decisión.

71. Por lo que, analizada la intervención del demandado, se verifica que las razones expuestas por aquel, no se adaptan con la causal alegada, puesto que la justicia civil se rige por el principio dispositivo, en consecuencia, los jueces y tribunales al resolver, deben someterse a lo que quedó trabada la litis.

72. Añade que las constantes liquidaciones de costas presentadas en la ejecución, plagadas de errores de cálculo, que violentaron la normal legal, aumentando la supuesta deuda en forma injustificada, lo cual fue reconocido y declarado por la jueza Nilda Aguinaga, cuando determinó que es evidente que existe alteración de la liquidación realizada por el liquidador de costas, que eleva la cantidad de la liquidación practicada; luego de lo cual, el Banco tuvo que devolver el exceso cobrado indebidamente por más de doce años.

73. Agrega que el hecho de que existieron 4 avalúos de la planta industrial con hipoteca abierta privilegiada a favor del Banco, que fueron fraudulentos porque no estuvieron acorde al valor real, y en los cuales se devaluaba progresivamente el bien inmueble.

74. Sostiene que todo aquello le provocó al actor un perjuicio moral, el cual era el objeto de la controversia, por lo que la sentencia no resolvió sobre algo no pedido, ya que la sentencia fijó una

indemnización pecuniaria a título de reparación que corresponde con el concepto señalado (daño moral).

**iii) Respecto de la causal quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.**

75. El actor sostiene que la parte demandada ha alegado falta de aplicación de los artículos innumerados 2 y 3 de la Ley Orgánica Derogatoria a la Ley de Burós de Información Crediticia y Reformatoria a la Ley del Sistema Nacional del Registro de Datos Públicos, a la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario y a la Ley de Compañías, explicando que el registro de datos crediticios es un historial crediticio de la persona, pero que el tribunal confunde a la central de riesgos con dicho registro de datos crediticios como si fuera lo mismo.

76. Manifiesta que dicha ley, define en su artículo innumerado quinto, que para efectos de aplicación de esta Ley, se entenderá como fuentes de información, a las personas, naturales o jurídicas, legalmente autorizadas que debido a sus actividades, mantienen información crediticia lícita y que tienen la obligación de entregar la misma al Registro Crediticio de conformidad con las políticas y formas que establezca su respectivo organismo de control.

77. A lo que agrega que, la misma ley define a la base de datos crediticios como el conjunto de información constante en las bases de datos del registro crediticio proporcionadas por las entidades del sistema financiero público y privado, lo cual concuerda con el artículo innumerado décimo cuarto que determina que las fuentes de información crediticia (Banco Pichincha C.A.) serán legalmente responsables por los daños ocasionados al titular como consecuencia de la transmisión de información ilegal, inexacta o errónea que afecten su calificación o historial de crédito y, por tanto, no estarán exonerados alegando ausencia de dolo o de culpa.

78. De esta manera se evidencia que la responsabilidad de las fuentes es entregar información, en este caso del Banco Pichincha C.A., esta información debe ser actualizada de acuerdo a las políticas de sus órganos de control.



79. Es decir, la propia ley es la que le atribuye a la entidad bancaria la obligación como fuente de obligación.

80. Respecto a la alegada confusión de términos en la sentencia, sostiene que la disposición transitoria tercera y cuarta de la misma ley, determinan que dentro del plazo de 60 días contados a partir de la publicación de la presente Ley, las instituciones del sistema financiero público y privado entregarán a la Dirección Nacional de Datos Públicos la información de cada una de las operaciones crediticias activas de los últimos 3 años, que se encuentran en la central de riesgos; y, que dentro del plazo de 30 días contados a partir de la publicación de la presente Reforma a la ley, la Superintendencia de Bancos y Seguros deberá transferir la información de los últimos 6 años que mantiene la actual Central de Riesgos a la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, con la finalidad de que se inicie el proceso de creación del Registro de Datos Crediticios. El reporte que las entidades financieras remitan a la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, se lo hará únicamente sobre las obligaciones incumplidas en cada periodo. Es decir, no se podrá realizar una duplicación de reporte de incumplimiento, de un periodo sobre el cual ya se reportó.

81. Indica que no interesa, a los efectos de establecer la obligación y responsabilidad del Banco, la distinción de conceptos alegada por la contraparte, en virtud de que la misma ley derogatoria señala que la información de la central de riesgos se transmitió al registro de datos públicos, por lo que es evidente que era obligación del Banco restablecer la calificación crediticia del actor, por lo que no se han justificado los vicios alegados por la parte demandada en su recurso.

## VII

### **PROBLEMAS JURÍDICOS QUE RESOLVER**

82. De acuerdo con lo sustentado en los recursos de casación, este tribunal para resolver las impugnaciones del presente caso, plantea los siguientes problemas jurídicos, en atención a los dos recursos presentados:

**i)** Verificar si la sentencia de segunda instancia cumple con lo dispuesto en el artículo 89 del Código Orgánico General del Procesos, esto es, la garantía de emitir una sentencia motivada, en concordancia con el artículo 76, numeral 7, literal 1 de la Constitución de la República, y si el tribunal *ad quem* ha resuelto lo pedido por los sujetos procesales.

**ii)** Verificar si el tribunal de segunda instancia aplicó el artículo 164 de Código Orgánico General de Procesos al momento de valorar los medios de prueba, y si producto de aquello, se produjo la violación de los artículos 1572 (falta de aplicación), 2231 y 2232 (errónea interpretación) del Código Civil.

**iii)** Verificar si el tribunal de segunda instancia no aplicó los artículos innumerados 2 y 3 de la Ley Orgánica Derogatoria a la Ley de Burós de Información Crediticia y Reformatoria a la Ley del Sistema Nacional del Registro de Datos Públicos, a la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario y a la Ley de Compañías.

## VIII

### ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN MOTIVADA

83. Conforme con el mandato contenido en el artículo 76, numeral 7, literal 1) 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.

84. 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.

85. 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 ]"

86. Así, la exigencia de motivación de la decisión judicial responde a dos funciones principales. En la función endoprosesal, 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.

87. En la función extraprosesal, 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.

88. 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 ]"

89. 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.

90. 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.

91. 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.

92. 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.

#### **6.1. Cuestiones previas de carácter constitucional y convencional**

93. 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.

94. 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.

95. 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, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

96. 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.

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

"[<sup>1</sup>/<sub>4</sub> ] 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".

98. 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.

99. 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.

100. 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.

101. 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.

102. 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.

103. 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.

104. 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.

105. 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.

106. 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.

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

108. 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.

109. 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.

110. 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.



111. 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.

112. 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.

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

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

114. 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.

115. 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.

116. 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.

117. 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*.

118. 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".

119. 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.

120. 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.

121. 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.

122. 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.

### **6.3. Cuestiones previas sobre el caso segundo del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.**

123. La causal segunda se configura cuando la sentencia o auto no contuviere los requisitos exigidos por la ley o cuando en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles, y 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.

124. 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 tercero del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

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

126. 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.

127. 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.

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

129. 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.

130. 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.

131. 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.

132. A esto se agrega que, la Corte Constitucional en sentencia 1158-17-EP/21, ha explicado cuál es el criterio rector de la garantía de motivación, mismo que se extrae del contenido de la disposición recogida en el artículo 76, numeral 7 literal l 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  $\pm$ 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*".

133. 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  $\pm$ 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.

134. 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.

135. 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.

136. 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.

137. 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 incomprensibilidad.

138. 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-.

139. 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.

140. 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.

141. 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.

#### **6.4. Análisis de los cargos presentados por los recurrentes en relación a la causal segunda del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.**

142. La parte casacionista acusa que la sentencia impugnada no cumple los requisitos esenciales que debe reunir una decisión judicial para que pueda considerarse motivada, en atención al test de motivación vigente en ese momento, según el cual se debía verificar si se cumplían tres parámetros: razonabilidad, lógica y comprensibilidad.

143. Sostiene que en el escrito del recurso se alegó que la sentencia no contiene el requisito de lógica que se da cuando no existe coherencia entre la premisa y la conclusión y entre aquella y la decisión.

144. Sin embargo, menciona que a partir del 2021 la Corte Constitucional estableció un nuevo criterio rector respecto a la motivación, en la sentencia 1158, el mismo que establece que existe deficiencia motivacional cuando la sentencia contiene enunciados incoherentes, es decir, incoherencia lógica e incoherencia decisional.

145. Manifiesta que en el presente caso, estaríamos frente a incoherencia decisional, porque pese a que la sentencia reconoce el daño moral, ordena como indemnización a título de reparación, la irrisoria suma de noventa mil dólares, con lo que se demuestra la falta de coherencia.

146. Indica que existe la sentencia 008-16-CC del 2 de marzo del 2016 dictada por la Corte Constitucional en la que consta que en la institución bancaria demandada no existen los documentos contables que puedan acreditar que efectivamente existía una obligación y que era procedente el juicio ejecutivo.



147. Señala que dentro del juicio ejecutivo se remató un bien del actor por una cantidad mucho menor a la que constaba en el avalúo, con lo que se evidencia un perjuicio en contra del actor.

148. Agrega que todo esto fue motivo para que se mantenga al actor registrado en la central de riesgos por más de nueve años, de manera ilegal e ilegítima.

149. También indica que ha existido tres reliquidaciones, lo que evidencia un pago de lo no debido por un error de cálculo, que luego fue corregido por la jueza Nilda Aguinaga.

150. Manifiesta que no tiene lógica que pese a haberse probado el daño y la magnitud del mismo, cuyo monto supera los dos millones de dólares, el tribunal *ad quem* decidió aceptar la demanda en forma parcial y ordena pagar una suma irrisoria en relación al daño causado; por lo tanto, verificada esta incoherencia decisional, y acorde al criterio rector, la argumentación jurídica es aparente y se configura la vulneración de la garantía de motivación; y teniendo en cuenta, además, que la misma Corte Nacional de Justicia ha establecido que la motivación es el presupuesto del control casacional del razonamiento probatorio.

151. Mientras que el demandado ha sostenido que la sentencia de apelación no se encuentra motivada de acuerdo con el artículo 76, numeral 7, literal 1 de la Constitución de la República, con el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, ni con el artículo 89 del Código Orgánico General de Procesos, pues, la Corte Provincial sostuvo en su resolución siendo procedente reportar al actor con dicha calificación por su crédito vencido, por lo que a la fecha de cancelación de la deuda, 6 de mayo de 2006, el Banco Pichincha tenía la obligación de oficiar directamente a la central de riesgos o solicitar al juez de la causa, a través del juicio ejecutivo, se restablezca la calificación de riesgo, es decir, estableció una obligación.

152. Sostiene que la norma de la motivación establece que no hay motivación cuando no se enuncian las normas en las que se funda la resolución, en este sentido, la Sala establece que habría una obligación de Banco Pichincha al no haber restablecido la calificación de riesgo del señor Bowen y no establece qué norma le obliga al Banco a restablecer esa calificación, por lo que habría deficiencia en

la motivación.

153. Si bien, la Corte Constitucional en sentencia 1158-17-EP/21 dejó insubsistente el test de motivación  $\pm$ comprendido por la lógica, razonabilidad y comprensibilidad- establecido por dicho órgano en años anteriores, para reemplazarlo por la exigencia de una estructura mínima de la resolución de suficiencia argumentativa tanto en lo fáctico como en lo normativo, los recurrentes  $\pm$ por esta causal- se encontrarían enlazando sus argumentos tanto a la argumentación normativa como a la fáctica desarrollada por el tribunal de apelación, misma que será objeto de revisión por parte de este tribunal.

154. El fundamento de la acción civil es el pretendido daño moral que el Banco Pichincha C.A., habría infligido al actor, al haber seguido un juicio ejecutivo en su contra en el que el monto que se ordenó a pagar fue objeto de varias reliquidaciones, suma final que terminó pagando, misma que fue desproporcionada y que el exceso fue devuelto varios años después por orden judicial; asimismo, acusa que el Banco tenía como garantía de pago, una propiedad hipotecada, cuyo avalúo excedía del monto prestado por el Banco, y que sufrió depreciación; y, que el Banco lo reportó a la Superintendencia de Bancos con la calificación "E" a 31 de diciembre de 1999, sin embargo, no se encargó de actualizar su calificación cuando el 6 de mayo de 2006 canceló el total de la deuda contraída.

155. 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."

156. 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.

157. 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.

158. 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-.

159. 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.

160. 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.

161. 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.

162. Es así que, si bien el decisor de instancia falla en virtud de ese poder discrecional que se la ha otorgado, la cuantificación de lo que debe ser resarcido ha de atender varios criterios como, por ejemplo, la gravedad del hecho que ha provocado el perjuicio, la entidad del dolor de aflicción de ánimo que se ha causado a la víctima.

163. A lo que se agrega que, 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 y la experiencia común.

165. 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 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. Por regla general, este tribunal señala que, en casación no se puede revisar los hechos que se encuentran fijados en la sentencia, pues esta labor pertenece en forma exclusiva a los juzgadores de instancia, salvo que, como resultado de esa valoración, el juicio de hecho contravenga parámetros de racionalidad, objetividad y suficiencia, esto es, que la conclusión a la que llegue el juez sea absurda, arbitraria o existan errores graves en el razonamiento probatorio que ameriten corrección.

168. En este contexto, y con la finalidad de resolver los problemas planteados por los recurrentes, que tienen que ver, básicamente, con la motivación de la sentencia censurada y con el principio de congruencia entre lo pedido en la demanda, lo contestado por el demandado y lo resuelto por el tribunal de segunda instancia, se fijará cuáles fueron los puntos de la controversia, los hechos que el *ad quem* ha dado por probados, y se analizará lo resuelto en su decisión, en relación a estos dos puntos anteriores.

169. Así, los fundamentos de la demanda presentada por el actor se circunscriben a lo siguiente:

- i)** Que el Banco Pichincha C.A. siguió en su contra un juicio ejecutivo apoyado en un pagaré a la orden por \$ 45 000,00 dólares americanos, mismo que se encuentra viciado de nulidad porque los números de cédula que constan en aquel no le corresponden.
  
- ii)** Que no contrajo obligación con el Banco Pichincha C.A., por lo cual interpuso varias acciones legales, inclusive un hábeas data, puesto que la entidad bancaria no tiene información respecto del desembolso del monto del crédito cuyo pago se ha perseguido mediante la acción ejecutiva.
  
- iii)** Que la Corte Constitucional emitió una sentencia en la que resolvió que no puede obligar al Banco a dar información, si es que no poseen la misma; y, que en la causa ejecutiva se resolvió aceptar la demanda presentada por el Banco.
  
- iv)** Que el Banco Pichincha C.A. en la causa ejecutiva 13306-1996-0273 actuó ilícitamente, demandó mal, con dolo o grave imprudencia, cuya irresponsabilidad le causó un perjuicio, entendiéndose que ninguna acción puede ejercitarse si no se apoya en una causa legítima, lo cual fue el detonante para dejar de lado sus negocios y dedicarse únicamente a defenderse del "agresor" Banco, pues, este último quería obligarle a pagar una deuda inexistente.
  
- v)** Que con estos antecedentes, se acredita la acción jurídica intencional del Banco, cuyo proceder le causó lesión a sus sentimientos y consecuentemente, un perjuicio.
  
- vi)** Que todo lo anterior, también le causó un perjuicio a sus bienes patrimoniales, puesto que el Banco Pichincha C.A. como institución financiera, con su accionar antijurídico le ocasionó un daño patrimonial, cuando el liquidador de costas, dentro de la causa ejecutiva, presentó al juzgador una primera liquidación plagada de errores, y el Banco solicitó al juez que apruebe dicha liquidación, con lo que se evidencia que estaba consciente de la irregularidad cometida, además, se realizaron cuatro liquidaciones por la misma deuda, todas presentadas por el mismo liquidador de costas del cantón Manta, y que a pesar que el hoy actor solicitaba que se cambie

de liquidador, el Banco se oponía a dicha solicitud, constituyéndose en un acto antijurídico, por lo que el daño moral que se le ha provocado es de estricta responsabilidad del Banco.

- vii)** Que el accionar del Banco desde el momento de presentación de la demanda en vía ejecutiva, fue errado, con grave imprudencia, por lo que actuó ilícitamente, generándole ganancias descomunales, lo que justifica la gravedad particular del perjuicio en su contra.
  
- viii)** Que tras la sentencia emitida, que tuvo origen en un accionar antijurídico e irregular del Banco, se emitió una liquidación de costas que altera la sentencia del juicio ejecutivo.
  
- ix)** Que posteriormente, el juez de la causa ejecutiva señaló en providencia, que existe una alteración de la liquidación practicada por el liquidador de costas, que eleva la cantidad total de la obligación, por lo que el Banco solicitó la revocatoria del auto, lo que no fue concedido.
  
- x)** Que el Banco contaba con una hipoteca abierta privilegiada sobre sus bienes, específicamente sobre una planta industrial de casi una hectárea, respecto de la cual, el Banco pide el embargo con fecha 8 de marzo de 1996, producto de lo cual, el inmueble es entregado al depositario judicial el 12 de abril de 1996, viéndose obligado a salir de su empresa.
  
- xi)** Que el Banco pidió se realice el avalúo de su propiedad para el remate, lo que resultó en un atentado a su patrimonio, generándole un nuevo daño y más tormento, pues, en total se realizaron cuatro avalúos, y todos fueron fraudulentos porque no reflejaban la realidad de la inversión y el valor del inmueble, hechos con los cuales se denotó que el Banco actuó ilícitamente y que su accionar antijurídico iba en provecho del mismo Banco.
  
- xii)** Que la última publicación para el remate fue sobre el 50 % del avalúo del bien, teniendo en cuenta que se trataba de un segundo señalamiento, lo cual origina responsabilidad del Banco por el evidente dolo o grave imprudencia, que le causó perjuicio cuando el inmueble con el transcurso del tiempo, sufrió una inexplicable depreciación, por lo que es indudable el

perjuicio en su contra.

- xiii)** Que en los más de 16 años durante los que el depositario judicial estuvo a cargo del bien inmueble, no pudo trabajar en el mismo, ni ponerlo a producir ni mucho menos arrendarlo, y que el Banco no hizo nada al respecto, sino que su afán siempre fue perjudicarlo.
- xiv)** Que el Banco notificó a la Superintendencia de Bancos que el hoy actor tenía una calificación "E", equivalente a pérdida, con una probabilidad de riesgo del 97 %, con fecha 31 de diciembre de 1999, lo cual constituye un proceder irregular del Banco, puesto que aquel tenía una hipoteca privilegiada sobre la planta industrial.
- xv)** Que la prueba que acredita el accionar antijurídico del Banco, es la providencia de 7 de agosto de 2017 emitida por la jueza Nilda Sofía Aguinaga en la que reconoce el error de cálculo y dispone que se devuelva al hoy actor, el valor retenido indebidamente por más de 12 años.
- xvi)** Que por todos estos sucesos ha tenido que vender sus bienes, lo cual le ha provocado angustia, desesperación, incertidumbre y miseria, que han provocado el deterioro de su salud, pues, es un hombre enfermo y discapacitado por este gravamen irreparable cometido en su contra por iniciativa del Banco.
- xvii)** Que uno de los daños, se da cuando le obligaron a cancelar indebidamente \$ 120 028,88 dólares americanos, en el juicio ejecutivo, cuando la supuesta deuda no superaba ni siquiera los \$ 8 000 como lo tiene probado en autos, quedando un saldo a su favor de \$ 112 000,00 dólares americanos pendiente de devolver por parte del Banco, si se suman intereses legales a este capital, ahora el Banco tendría que devolver \$ 250 000.
- xviii)** Que otro daño se da cuando su planta industrial estuvo embargada y entregada al depositario judicial por pedido del Banco Pichincha C.A., por 16 años tal como consta a fojas 19 del proceso, con acta de embargo emitida el 12 de abril del año 1996, desde aquella fecha le



obligaron a abandonar su empresa, por lo que, la planta comenzó a deteriorarse porque no producía, no generaba renta, solo este hecho se traduce en un perjuicio de \$ 1 008 000,00 dólares americanos ±por los 21 años que estuvo embargada por el Banco Pichincha C.A., que ha dejado de percibir dado que solo para el caso de un arriendo mínimo de una planta industrial en el sector frente a la vía principal Montecristi, no deja de costar \$ 4 000 mensuales, lo que correspondería al lucro cesante.

**xix)** Que el daño emergente padecido cuando su planta industrial, en el primer avalúo, oscilaba en \$ 1 420 000 dólares americanos, lo pusieron en \$ 239 000 que corresponde al 50 % del último avalúo para el remate, es decir, fue sujeto de un derrumbe económico por parte del Banco, lo que se traduce en un perjuicio económico, cuando fue tanta la maldad del Banco que su planta industrial fue depreciada para que la pueda rematar el Banco, pues no existe otra explicación lógica para que un inmueble vaya a la baja con el transcurso de los años, en cambio, lo que sí es evidente es que el Banco Pichincha C.A. estaba haciendo un gran negocio con su patrimonio.

**xx)** Que toda esa descarga de ofensas y burlas sufridas dentro del juicio ejecutivo, lesionó sus sentimientos al afectar sus valores espirituales, su personalidad, que se traduce en daño moral, magnitud del daño que no tiene cuantificación cuando por 21 años 7 meses dentro del juicio ejecutivo ha tenido que defender sus derechos conculcados, lo que le produjo preocupación, estrés, ansiedad que llegaron a afectar su salud, pues padece de diabetes, inyectándose a diario insulina, sufre de problemas renales crónicos (pre diálisis), tiene problemas cardiacos y está casi ciego, siendo discapacitado en un 90% desde el año 2014, según credencial del CONADIS.

170. Respecto de la contestación a la demandada, el Banco alegó lo que sigue:

**i)** Que el hoy actor y su cónyuge han planteado varias acciones legales en contra del Banco, en un evidente abuso del derecho, inclusive antes del presente juicio por daño moral, iniciaron una acción colusoria en contra del Banco.

- ii)** Que respecto al desconocimiento de la deuda de \$ 45 000, 00 que consta en el pagaré No. 06023/951pl, cuyo cobro fue demandado en el juicio ejecutivo 13306-1996-0273, proceso en el cual, al contestar la demanda, en ninguna de sus partes desconoce la obligación, sino que acepta la existencia de la misma y por eso ha presentado un juicio de suspensión temporal de pago con base en el artículo 1012 del Código de Comercio, conforme se refleja en el escrito de la demanda de dicha acción.
- iii)** Que la Corte Constitucional, en una acción de incumplimiento propuesta por el hoy actor emitió sentencia en la que señala que los elementos que demuestran el cumplimiento de la resolución dictada el 24 de febrero de 1999, el Banco ha presentado por pagarés suscritos por el accionante ~~hoy actor~~ a favor del Banco, mismos que se encontraban destinados a asegurar el crédito por \$ 45 000,00 dólares americanos y otro por 8 000 000,00 de sucres, las comunicaciones dirigidas al Banco el 25 de septiembre de 1997 y el 13 de mayo de 1998, en las que el actor solicita que se le condone los intereses de mora del último año y las costas respecto de un préstamo que afirma tener con el Banco, memorando de renovación de 29 de noviembre de 1994 suscrito por el hoy actor en el que solicita la renovación del préstamo No. 004/94 con fecha de vencimiento 25 de julio de 1994, comprobante de transferencia de cuentas contables de 25 de enero de 1994 en el que consta la transferencia de \$ 45 000,00 a la cuenta corriente No. 1403184-3 perteneciente al señor Carlos Bowen.
- iv)** Que el hoy actor, de manera temeraria a lo largo de los años, ha acusado al Banco de ser el responsable de las actuaciones de los operadores de justicia que intervinieron en el trámite del juicio ejecutivo 13306-1996-0273, con las que no ha estado de acuerdo, por lo que ha planteado en dos ocasiones, juicios colusorios en contra del Banco y de los jueces, en los cuales el Banco ha demostrado que la demanda que propuso y que dio origen al juicio 13306-1996-0273, estuvo encaminada a ejercer su legítimo derecho como acreedor a cobrar una obligación, como lo señaló la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia en la sentencia dictada en el juicio colusorio.
- v)** Que el actor no pone en conocimiento del juzgador en su demanda, las verdaderas razones por las cuales empezaron sus problemas económicos, y que tienen que ver con que fue sindicado en el juicio penal por tráfico de estupefacientes seguido en el Juzgado Octavo de lo Penal de Manabí, y que con fecha 1 de septiembre de 1993 se dispuso prohibición de enajenar bienes, de acuerdo con el certificado del Registro de la Propiedad del cantón Montecristi, de 22 de diciembre de 1993.

- vi) Que el jefe zonal del CONSEP Manabí puso en conocimiento del juez del juicio ejecutivo, que el bien hipotecado a favor del Banco Pichincha, se encontraba incautado en el juicio 85/93 que se seguía en su contra por el delito de tráfico de estupefacientes.
- vii) Que el juez de coactiva del Municipio de Montecristi dispuso el 31 de mayo de 1991 la prohibición de enajenar sus bienes, conforme consta del certificado del Registro de la Propiedad del cantón Montecristi, de 22 de diciembre de 1993.
- viii) Que en el juicio ordinario 1789-98 por daño moral que siguió el también hoy actor en contra del Banco Pichincha C.A., la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Manabí señaló que la situación económica del actor fue provocada, entre otros factores, por el caso penal que se seguía en su contra por el delito de tráfico de estupefacientes, que mantuvo al actor en una difícil situación de credibilidad en cuanto a su capacidad económica por varios años, hasta que se emitió su sobreseimiento definitivo el 1 de diciembre de 1998.
- ix) Que el Banco Pichincha C.A. ejerció las acciones legales que le confiere la ley para cobrar los créditos, toda vez que estos no fueron pagados por el hoy actor, lo que evidencia que el Banco no cobró de manera arbitraria, sino que acudió al órgano competente de la Función Judicial, proponiendo las demandas respectivas para que sean tramitadas de acuerdo al procedimiento establecido en la ley, por lo que este accionar no puede ser considerado como doloso, tanto más si se considera que ejercieron su derecho a la defensa.
- x) Que inclusive, a pesar que el Banco no compartió la decisión de la juzgadora, de ordenar la devolución de \$ 49 598,11 dólares al hoy actor, el Banco cumplió lo dispuesto por la autoridad judicial, por lo que su accionar no puede ser considerado antijurídico.
- xi) Que con todo lo anterior queda demostrada la inexistencia de daño moral al actor como consecuencia de las acciones ejercidas por el Banco, y que dieron lugar al juicio ejecutivo.
- xii) Que presenta las excepciones previas de prescripción, cosa juzgada; y las excepciones generales de falta de derecho del actor para proponer la demanda por cuanto no se advierte en la demanda, hechos que hayan sido generados por el Banco Pichincha C.A.; inexistencia de un acto ilegítimo, doloso o cuasidelito por parte del Banco, que haya causado daño moral; improcedencia de la acción por cuanto el accionar del Banco no le ha causado ningún daño moral; e inexistencia de cualquier hecho por parte del Banco que haya afectado los intereses del actor.

171. Con estos antecedentes, se tiene que los hechos fijados por el tribunal de apelación en la sentencia son los siguientes:

- i) Que el Banco Pichincha C.A., presentó demanda ejecutiva el 8 de marzo de 1996 en contra de los cónyuges Carlos Enrique Bowen Delgado y Felissa Mercedes Brito Delgado, signada con el No. 13306-1996-0273, cuyo fundamento es un pagaré a la orden No. 06023/951PL por la cantidad de \$ 45 000,00 dólares americanos, suscrito en el año 1995, a 180 días plazo.
- ii) Que el otorgamiento legal del crédito a favor del actor, queda demostrado con el pagaré a la orden suscrito por aquel, así como con el comprobante de transferencia por el valor de \$ 45.000,00 dólares americanos, de 25 de enero de 1994, realizado a la cuenta corriente No. 1403184-3, cuyo titular es Carlos Bowen, quien aceptó dicho crédito y contrajo la obligación al haber firmado el pagaré que contiene la deuda contraída con el Banco.
- iii) Que al haberse vencido la obligación, el Banco tenía derecho a demandar como en efecto lo hizo.
- iv) Que no existe constancia procesal en el juicio de que el actor haya desconocido la obligación contraída, y que además, con anterioridad al juicio ejecutivo, el actor y su cónyuge presentaron un juicio de suspensión temporal de pago No. 448/94, en el que el hoy actor señaló que adeuda a la institución bancaria en cuestión \$ 45.000,00 dólares americanos y 8 millones de sucres, señalando que dicho crédito y otro se encuentran garantizados por una hipoteca abierta constituida a favor del Banco del Pichincha C.A., celebrada e inscrita en el año 1990.
- v) Que el hoy actor fue procesado en la causa penal 85/1993 por el delito de tráfico de estupefacientes, caso conocido como "Operativo Costa", previamente al inicio del juicio ejecutivo, en la que se le concedió el sobreseimiento provisional el 6 de diciembre de 1996, se le incautó un bien, obteniendo en 1999 el sobreseimiento definitivo.
- vi) Que respecto del juicio ejecutivo, el liquidador de costas realizó cuatro liquidaciones y, que de la última, la jueza Nilda Aguinaga Ponce subsanó el error de cálculo y dispuso mediante providencia, que se devuelva a los demandados del juicio ejecutivo, la cantidad de \$ 49.598,11 dólares americanos.
- vii) Que el Banco, de manera legal, procedió a cobrar su crédito con la hipoteca que el mismo actor había constituido, por lo que el bien objeto de dicho gravamen fue entregado al depositario judicial el 12 de abril de 1996, respecto del cual se señaló el remate, sin embargo, el

mismo fue suspendido debido a que en varios oficios remitidos por el jefe zonal del CONSEP de Manabí, se puso en conocimiento del juez del juicio ejecutivo, que el bien sobre el cual pesaba el gravamen, no podía ser objeto de transacción alguna, toda vez que había sido incautado a consecuencia de la causa penal antes mencionada.

- viii)** Que previo al pago del monto de la deuda, el hoy actor solicitó la restructuración de la misma, conforme se desprende del oficio No. IRP-2002-250 de 19 de noviembre de 2002, suscrito por la Intendente Regional de Portoviejo, sin que aquella haya tenido éxito.
- ix)** Que con oficio de 13 de julio de 2000, el Banco Pichincha C.A. reportó a la Superintendencia de Bancos con calificación "E" al hoy actor, a 31 de diciembre de 1999, y que el Banco no ofició directamente a la Superintendencia ni al juez de la causa ejecutiva para que se actualice la calificación de riesgo, por lo que, el actor se mantuvo en la Central de Riesgos con la calificación equivalente a pérdida hasta el año 2015, a pesar que la deuda fue extinguida en el año 2006.
- x)** Que de todo lo anterior, la única circunstancia constitutiva de daño moral es la referente a la no actualización de la calificación en la Central de Riesgos que debió realizar el Banco, correspondiéndole al actor una indemnización pecuniaria por concepto de daño moral.

172. Respecto a los siguientes argumentos presentados por el actor en su demanda, y que a decir de aquel constituyen hechos que le han provocado daño moral:

- i)** Sobre que no contrajo obligación con el Banco Pichincha C.A., por lo cual interpuso varias acciones legales, inclusive un hábeas data, puesto que la entidad bancaria no tiene información respecto del desembolso del monto del crédito cuyo pago se ha perseguido mediante la acción ejecutiva.
- ii)** Que el Banco Pichincha C.A. en la causa ejecutiva 13306-1996-0273 actuó ilícitamente, demandó mal, con dolo o grave imprudencia, cuya irresponsabilidad le causó un perjuicio, pues, quería obligarle a pagar una deuda inexistente.
- iii)** Que el Banco Pichincha C.A. como institución financiera, con su accionar antijurídico le ocasionó un daño patrimonial, cuando el liquidador de costas, dentro de la causa ejecutiva,

presentó al juzgador una primera liquidación plagada de errores, y el Banco solicitó al juez que apruebe dicha liquidación, con lo que se evidencia que estaba consciente de la irregularidad cometida, además, se realizaron cuatro liquidaciones por la misma deuda, todas presentadas por el mismo liquidador de costas del cantón Manta, y que a pesar que el hoy actor solicitaba que se cambie de liquidador, el Banco se oponía a dicha solicitud, constituyéndose en un acto antijurídico, por lo que el daño moral que se le ha provocado es de estricta responsabilidad del Banco.

- iv)** Que tras la sentencia emitida, que tuvo origen en un accionar antijurídico e irregular del Banco, se emitió una liquidación de costas que altera la sentencia del juicio ejecutivo.
- v)** Que posteriormente, el juez de la causa ejecutiva señaló en providencia, que existe una alteración de la liquidación practicada por el liquidador de costas, que eleva la cantidad total de la obligación, por lo que el Banco solicitó la revocatoria del auto, lo que no fue concedido.
- vi)** Que el Banco contaba con una hipoteca abierta privilegiada sobre sus bienes, específicamente sobre una planta industrial de casi una hectárea, respecto de la cual, el Banco pide el embargo con fecha 8 de marzo de 1996, producto de lo cual, el inmueble es entregado al depositario judicial el 12 de abril de 1996, viéndose obligado a salir de su empresa.
- vii)** Que el Banco pidió se realice el avalúo de su propiedad para el remate, lo que resultó en un atentado a su patrimonio, generándole un nuevo daño y más tormento, pues, en total se realizaron cuatro avalúos, y todos fueron fraudulentos porque no reflejaban la realidad de la inversión y el valor del inmueble, hechos con los cuales se denotó que el Banco actuó ilícitamente y que su accionar antijurídico iba en provecho del mismo Banco.
- viii)** Que la última publicación para el remate fue sobre el 50 % del avalúo del bien, teniendo en cuenta que se trataba de un segundo señalamiento, lo cual origina responsabilidad del Banco por el evidente dolo o grave imprudencia, que le causó perjuicio cuando el inmueble con el transcurso del tiempo, sufrió una inexplicable depreciación, por lo que es indudable el perjuicio en su contra.
- ix)** Que en los más de 16 años durante los que el depositario judicial estuvo a cargo del bien inmueble, no pudo trabajar en el mismo, ni ponerlo a producir ni mucho menos arrendarlo, y que el Banco no hizo nada al respecto, sino que su afán siempre fue perjudicarlo.

- x) Que el Banco notificó a la Superintendencia de Bancos que el hoy actor tenía una calificación "E", equivalente a pérdida, con una probabilidad de riesgo del 97 %, con fecha 31 de diciembre de 1999, lo cual constituye un proceder irregular del Banco, puesto que aquel tenía una hipoteca privilegiada sobre la planta industrial.
  
- xi) Que la prueba que acredita el accionar antijurídico del Banco, es la providencia de 7 de agosto de 2017 emitida por la jueza Nilda Sofía Aguinaga en la que reconoce el error de cálculo y dispone que se devuelva al hoy actor, el valor retenido indebidamente por más de 12 años.
  
- xii) Que por todos estos sucesos ha tenido que vender sus bienes, lo cual le ha provocado angustia, desesperación, incertidumbre y miseria, que han provocado el deterioro de su salud, pues, es un hombre enfermo y discapacitado por este gravamen irreparable cometido en su contra por iniciativa del Banco.
  
- xiii) Que uno de los daños, se da cuando le obligaron a cancelar indebidamente \$ 120.028,88 dólares americanos, en el juicio ejecutivo, cuando la supuesta deuda no superaba ni siquiera los \$ 8.000,00 como lo tiene probado en autos, quedando un saldo a su favor de \$ 112 000,00 dólares americanos pendiente de devolver por parte del Banco, si se suman intereses legales a este capital, ahora el Banco tendría que devolver \$ 250. 000,00.

173. Es importante indicar que el objeto de la presente causa civil  $\pm$  y en general en aquellas que versan sobre daño moral- es verificar, si con los medios de prueba actuados, queda suficientemente justificada la existencia de conductas antijurídicas generadoras de daño moral en detrimento del actor, y en caso de existir aquellas, cuantificar la indemnización dineraria para resarcir dicho daño, también de manera justificada y en atención a los medios de prueba practicados legalmente dentro del juicio, mas no, determinar por un lado, la existencia de una deuda pendiente de pago con el Banco Pichincha C.A. y, por otro, si el cobro de dicha deuda fue legal, por lo cual, la vía adecuada, legal y legítima para esto último es la ejecutiva, que como consta en la sentencia recurrida fue activada por el Banco para poder cobrar la deuda contraída por el hoy actor con la entidad bancaria, misma que no fue satisfecha en los términos en que se contrajo, razón por la cual, el Banco utilizó los mecanismos judiciales que le permitía la ley para perseguir el pago de aquella.

174. Es decir, la vía para controvertir la existencia de la deuda que la Banco pretendía cobrar al actor es la ejecutiva, misma que fue accionada por el Banco en el juicio 13306-1996-0273, en el cual,

en ejercicio de su derecho a la defensa, el hoy actor tenía la posibilidad de negar la existencia de la deuda ±de considerarlo así- o de manifestar su inconformidad con el monto de la misma, en fin, de presentar los argumentos que considere necesarios para impugnar la misma, de tal manera que, el juez competente de dicha causa debía resolver conforme a derecho y en atención a lo actuado por las partes durante el proceso, lo que en efecto se hizo, con la salvedad que la parte demandada en el juicio ejecutivo y actora en el presente de daño moral, se vio "perjudicada" por la resolución judicial que el órgano jurisdiccional competente emitió en su contra y que se circunscribía a ordenar el pago de una cantidad de dinero a favor del Banco para satisfacer el crédito contraído, conducta en la que nada tiene que ver el Banco, pues, el Banco únicamente ejerció su derecho de acción al presentar la demanda, misma que fue aceptada por el Juez Sexto de lo Civil de Manabí, quien dispuso las actuaciones que correspondían de acuerdo con las disposiciones normativas del código procesal civil vigente a la época, y previa solicitud de las partes en virtud del principio dispositivo aplicable en materia civil, luego de lo cual, emitió sentencia y dispuso el pago de la deuda.

175. Asimismo, en lo que respecta a las liquidaciones realizadas por el liquidador el cantón, aquellas son producto del cálculo que la persona especialista realizó por disposición del juzgador en su resolución, cálculos en los que nada tuvo que ver el Banco, pues, quien efectuó los cálculos matemáticos en atención a lo dispuesto por el juzgador no fue una persona que perteneciera a la entidad financiera, ni como empleado, representante legal y/o directivo, por lo cual, al igual que en líneas anteriores, se evidencia que esta conducta no puede ser imputada al Banco teniendo en cuenta que aquel no tuvo control sobre las liquidaciones realizadas, así como el Banco tampoco tuvo nada que ver en la decisión adoptada por el juzgador del juicio ejecutivo.

176. De igual manera, en lo referente al bien inmueble sobre el cual se había constituido una hipoteca a favor de la entidad bancaria, cuyo remate correspondía efectuar para satisfacer la obligación impaga del actor con el Banco, aquel fue entregado al depositario judicial designado por el juez de la causa, y teniendo en cuenta que el depositario judicial es una persona que se encarga de guardar y custodiar bienes muebles e inmuebles por disposición de un órgano jurisdiccional, sobre los cuales pesan órdenes de secuestro, embargo, retención, remate, etc., quien al igual que el liquidador, nada tiene que ver con la institución bancaria que inició el proceso civil por la vía ejecutiva para cobrar la deuda que el actor mantenía no había satisfecho a favor del Banco.



177. El ejercicio de un derecho  $\pm$ en este caso del derecho de acción- no puede ser contrario a derecho o al ordenamiento jurídico en su conjunto  $\pm$ no constituiría entonces una conducta antijurídica-, es más, dicho derecho puede ser ejercido de manera amplia por su titular, aun cuando el mismo no le reporte un beneficio para sí, o prive a un tercero de alguna ventaja o comodidad; en estos términos, el ejercicio de un derecho llevado a cabo de una manera "regular" estaría justificado así reporte un detrimento para un bien, un derecho o un patrimonio ajeno en particular.

178. De tal manera que, como se ha dicho en líneas anteriores, se evidencia que estas conductas no pueden ser imputadas al Banco teniendo en cuenta que aquel no tuvo control sobre las liquidaciones realizadas, o sobre la decisión adoptada por el juzgador del juicio ejecutivo, ni mucho menos con la custodia que el depositario judicial debía efectuar sobre el bien inmueble que le fue entregado para remate, sino que por el contrario, estas conductas han sido acciones de terceros imparciales que cumplen determinadas funciones en la Función Judicial, razón por la cual, el Banco hoy demandado no tiene responsabilidad alguna en los montos ordenados a pagar en su favor mediante resolución judicial emitida dentro de un proceso civil ventilado ante el órgano jurisdiccional competente, por concepto de pago de una deuda contraída por el actor con la entidad bancaria y que se encontraba impaga a la fecha en la que la demanda fue presentada por el Banco, puesto que no existe nexo causal alguno entre las conductas que el actor considera antijurídicas, y por tanto generadoras de daño moral, y la actuación del Banco hoy demandado.

179. A lo que se agrega que, inclusive, una vez que la jueza Nilda Sofía Aguinaga dispuso, años después, que el Banco devuelva una cantidad cobrada en exceso al actor, la misma entidad bancaria realizó la devolución, pues, las resoluciones de autoridad judicial competente deben cumplirse, y quien no se encuentra de acuerdo con aquellas, tiene la posibilidad de impugnarlas por medio del recurso que prevea la ley.

180. Por otro lado, y respecto del bien inmueble sobre el cual pesaba un gravamen de hipoteca abierta, la parte demandada, de acuerdo a lo que consta en la sentencia recurrida, ha introducido un hecho no relatado por el actor en su demanda y que consiste en la existencia de una causa penal iniciada en su contra por el delito de tráfico de estupefacientes en el año 1993, en la cual se emitió una orden de incautación del mismo bien que el juez de la causa civil pretendía rematar, lo que produjo que en efecto, el bien no pueda ser rematado en favor del Banco acreedor de la obligación dineraria,

así como la depreciación del mismo con el paso del tiempo.

181. Además, teniendo en cuenta la existencia de la causa penal iniciada en contra del hoy actor ± de la cual obtuvo el sobreseimiento definitivo en 1999-, en la cual se produjo la incautación del bien inmueble en cuestión y que por la magnitud del caso "Operación Costa" al que se vinculaba al actor, la misma pudo ser ±o no- una de las posibles causas para que la capacidad económica del actor haya sufrido un detrimento y para que se haya afectado su esfera extrapatrimonial, sin embargo, debido a que en la presente causa el actor no se encuentra alegando daño moral por el juicio penal referido ± información que fue introducida por la parte demandada-, ni mucho menos se encuentra demandando al Estado ecuatoriano o a los funcionarios por la investigación realizada por Fiscalía o por las actuaciones del juez penal, esa conducta no puede ser analizada en el presente caso, así como tampoco se puede hacer un juicio de valor respecto a si aquella, en efecto, produjo o no algún perjuicio patrimonial y/o extrapatrimonial del actor, en el contexto del presente juicio, por lo que este Tribunal no puede pronunciarse al respecto.

182. En suma, las conductas hasta aquí analizadas por este Tribunal de Casación no son antijurídicas como se ha explicado, y además, no pueden ser atribuidas al Banco, en tanto no existe nexo causal entre las mismas y el ejercicio del derecho de acción realizado por el Banco, sino posiblemente a terceros ±como en efecto concluyó el tribunal de segunda instancia en aplicación del artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos-, razones por las cuales, los medios de prueba presentados por el actor en relación a ellas y que aduce no han sido valorados por el tribunal *ad quem* como fundamento del cargo alegado por la causal cuarta del artículo 268 *ibídem*, no pueden ser analizados por este Tribunal de Casación toda vez que no justifican el nexo de causalidad entre el pretendido daño moral causado al actor y las conductas realizadas por la entidad bancaria, por lo que dicho cargo casacional se deshecha.

183. En lo referente al pedido del actor de que se le indemnice cierta cantidad por lucro cesante y otra por daño emergente, como fundamento de la causal quinta del artículo 268 del referido código procesal, es menester explicar que dichas solicitudes son incompatibles con la naturaleza de la acción civil por daño moral, como se analizará a continuación.

184. 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.

185. 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.

186. 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.

187. 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.

188. 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.

189. 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 de este.

190. 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.

191. 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.

192. 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.

193. 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.

194. 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.

195. 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.

196. 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 incorporales que se encuentran tutelados bajo la categoría de los derechos de la personalidad.

197. 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.

198. 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.

199. 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.

200. 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.

201. 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.

202. 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.

203. Por otro lado, los artículos del 2231 al 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.

Art. 2233.- La acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal. Mas, en caso de imposibilidad física de aquella, podrán ejercitarla su representante legal, cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad. De haber producido el hecho ilícito la muerte de la víctima, podrán intentarla sus derecho habientes, conforme a las normas de este Código.

Cuando el daño moral afecte a las instituciones o personas jurídicas, la citada acción corresponderá a sus representantes.

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

204. 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, por lo que, al solicitar el actor que dentro de la indemnización por daño moral se integre también valores por concepto de daño emergente y lucro cesante, se encuentra solicitando lo que no está previsto en el ordenamiento jurídico.

205. Es decir, el tribunal de segundo nivel actuó de manera razonable y adecuada al no aplicar el artículo 1572 del Código Civil puesto que no es pertinente con la presente causa civil, pues, se ha explicado que el daño emergente y lucro cesante son exclusivos de la indemnización de daños y perjuicios mas no de aquella que se solicita con ocasión del daño moral, y cuyos fundamentos tanto fácticos como normativos difieren uno del otro.

206. Es más, el referido tribunal identificó de manera correcta la disposición normativa que debía aplicar para la resolución de la presente causa civil en lo referente a la parte sustantiva, debido a que aplicó el artículo 2232 del Código Civil, que es el que regula el daño moral y establece el parámetro de la prudencia del juzgador para la determinación de la cuantía de la reparación y los supuestos conforme los cuales el daño moral tiene lugar.



207. En lo que tiene que ver con la calificación "E" con la que el Banco reportó al hoy actor ante la Superintendencia de Bancos, el tribunal *ad quem* ha considerado que es la única conducta acusada por el actor que sí es generadora de daño moral en perjuicio de aquel, pues, ha sostenido que:

"[1/4 ] Otro hecho que es de analizar es el oficio de fecha, julio 13 del 2000 (fs.231) donde el Banco Pichincha C.A., reporta a la Superintendencia de Bancos con calificación "E", al 31 de diciembre de 1999, calificación que equivale a perdida, cuando a partir del año 1999 se dictó el sobreseimiento definitivo a Carlos Bowen (fs.249), siendo lo pertinente y legal reportarlo con dicha calificación por ser un crédito vencido,, por lo que a la fecha de cancelación de la deuda 6 de mayo del 2006, el Banco Pichincha C.A., tenía la obligación de oficiar directamente a la Central de Riesgo o solicitar al Juez de la causa a través del juicio Ejecutivo, se le restablezca su calificación de riesgo, situación que no se observa del proceso haberlo cumplido la entidad bancaria, así como tampoco obra haber realizado diligencia alguna al respecto. Así también, tenemos el oficio IRP-SAC-2015-124, de fecha 16 de marzo de 2015, suscrito por la Intendente Regional de Portoviejo de la Superintendencia de Bancos del Ecuador (fs.1948 a 1949) dando contestación al reclamo realizado por el señor Carlos Bowen en el año 2014, para que se lo elimine de la calificación de la Central de Riesgos, demostrando que hasta esa fecha no se eliminaba su nombre del registro de datos crediticios, en la categoría antes señalada, no obstante a encontrarse cancelada la obligación al Banco Pichincha C.A., manteniéndose ilegítimamente registrado en la Central de Riesgos de la Superintendencia de Bancos y Seguros en la categoría "E", al señor Carlos Bowen, por más de 9 años, esto es desde el año 2006 hasta el año 2015, en calidad de deudor moroso con categoría "E", con calificación que equivale a perdida, pese haber cancelado la obligación en mayo del 2006, habiendo el Banco Pichincha C.A., causado daño moral al actor de la presente causa, dada la resistencia de mantenerlo en la Central de Riesgo por la negligencia en que incurrió el Banco Pichincha C.A., al no modificar su conducta que lo conllevó a mantenerlo en calidad de moroso por largo tiempo, esto es más de 9 años, situación que encaja en descrédito, sin haber considerado el Banco el hecho de encontrarse cancelada la obligación desde el año 2006, coligiéndose entonces que sin ser ya procesado Carlos Bowen se lo seguía manteniendo en la Central de Riesgo en calidad de moroso de una obligación que por demás se encontraba ya cancelada, situación está que influyo y agravo directamente su situación emocional, al no ser sujeto de crédito, incurriendo en desacredito de Carlos Bowen, violentando la garantía constitucional conceptuada en el

Art. 66 numeral 3), literal a) de la Constitución de la República del Ecuador [¼ ]" [sic].

208. Respecto de lo transcrito, este Tribunal de Casación evidencia dos circunstancias:

- i) la primera, tiene que ver con que el tribunal de segunda instancia, si bien menciona que la entidad financiera tenía una obligación de reportar al ente de control en la materia sobre el cumplimiento de la deuda que fue perseguida mediante juicio ejecutivo, no establece cuál es el sustento jurídico de esa obligación del Banco; y,
  
- ii) la segunda, tiene relación con que el tribunal *ad quem* no establece lineamiento alguno sobre el cual basa la cuantificación a la que arribó respecto de la indemnización que el Banco debe pagar al actor como consecuencia del perjuicio causado por el daño moral infligido, sino que únicamente establece la existencia de una conducta antijurídica y del daño provocado por la misma, pero nada dice sobre los parámetros y los medios de prueba que han justificado que el monto de indemnización sea de noventa mil dólares.

209. Estas dos situaciones constituyen una deficiencia en la motivación desarrollada por el órgano jurisdiccional de segundo nivel, pero que no tienen que ver con la alegada incoherencia decisional, pues, la primera situación se encasillaría en una insuficiencia en la argumentación normativa, al no haber determinado y explicado cuál es el soporte normativo de la obligación que tendría el Banco y que fue incumplida ~~±~~hecho generador de daño moral-; y, la segunda se correspondería con insuficiencia en la argumentación fáctica al no explicar los parámetros de cuantificación utilizados ni el soporte probatorio respecto del perjuicio ocasionado por el hecho que el mismo tribunal ha dado por probado y que tiene que ver con la existencia de daño moral en contra del actor, incurriendo la sentencia en el vicio de insuficiencia de motivación en los términos de la sentencia 1158-17-EP/21 emitida por la Corte Constitucional y que fue citada en líneas anteriores.

210. Razones por las cuales, en lo que tiene que ver con la no determinación y la no explicación del soporte normativo de la obligación que tendría el Banco y que habría sido incumplida, en las que ha incurrido el *ad quem*, a este Tribunal de Casación le corresponde aceptar el recurso de casación

presentado por la parte demandada con base en el caso segundo del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

211. Mientras que en lo que tiene que ver con la falta de explicación por un lado, respecto de los parámetros de cuantificación utilizados por el *ad quem*; y, por otro, del soporte probatorio sobre el perjuicio ocasionado, este Tribunal de Casación acepta el recurso de casación presentado por el actor con base en el caso segundo del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, y en cumplimiento del artículo 273 *ibídem*, debe expedir la resolución que en su lugar corresponda, reemplazando los fundamentos jurídicos erróneos por los correctos.

212. Respecto de las demás causales alegadas por ambas partes recurrentes, las mismas no serán analizadas, toda vez que, al encontrar que, en efecto, la sentencia recurrida no cumple con el criterio rector de motivación, esto es, argumentación fáctica y normativa suficientes, este Tribunal reemplazará aquella con la siguiente resolución:

## IX

### SENTENCIA DE MÉRITO

#### 7.1. Del daño moral.

213. En líneas anteriores (pár. 124-134), 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.

214. 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.

215. 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-.

216. 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.

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

217. 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."

218. 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  $\pm$ 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.

219. 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  $\pm$ proposición- tiene de acuerdo a las pruebas practicadas en juicio".

220. Así, el objetivo fundamental e institucional de la actividad probatoria en el proceso judicial es la averiguación de la verdad  $\pm$ 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.

221. 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.

222. 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.

223. El ordenamiento jurídico procesal ecuatoriano se rige por el sistema de la sana crítica racional, en tratándose de valoración de la prueba, conforme lo establece la disposición normativa contenida en el artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos:

Art. 164.- Valoración de la prueba. Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código.

La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.

La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión.

224. 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 falsable. [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 ]"

225. La característica de la sana crítica radica, entonces, en 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.

226. 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.

227. 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.

228. 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.

229. 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.

230. Esto tiene relación con lo dispuesto en el artículo 160 del Código Orgánico General de Procesos que establece que para ser admitida la prueba debe reunir los requisitos de pertinencia, utilidad, conducencia y se practicarán según la ley, con lealtad y veracidad.

231. 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.

232. Por su parte, el artículo 162 del Código Orgánico General de Procesos, dispone: "Debe probarse todos los hechos alegados por las partes, salvo los que no lo requiera"; y, en este caso el artículo 163 *ibídem* establece qué hechos no requieren ser probados.

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

Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación. La parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero sí deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada.

234. A la vez, el Código Orgánico General de Procesos establece 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.

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

235. 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.

236. 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.

237. Y, esa indemnización de los perjuicios provocados por la conducta ilícita en el caso bajo examen- 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, lo que presupone que la determinación del monto de la cuantía debe atender necesariamente a las circunstancias presentes en cada caso.

238. 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, pero limitado por la sana crítica racional.

239. Es así que, si bien el decisor de instancia falla en virtud de ese poder discrecional que se le ha otorgado, la cuantificación de lo que debe ser resarcido ha de atender varios criterios como, por ejemplo, la gravedad del hecho que ha provocado el perjuicio, la entidad del dolor de aflicción de ánimo que se ha causado a la víctima.

240. A lo que se agrega que, 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.

241. 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 y la experiencia común.

242. En este sentido, el razonamiento probatorio que realiza el juzgador de los elementos de prueba aportados para acreditar tanto la existencia de la conducta 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 aficción en la esfera interna, personal y sentimental de la víctima, así como qué elemento de prueba demuestra la causación del pretendido daño.

243. 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.

244. Con estos antecedentes, lo que debía demostrarse en el presente proceso tiene que ver con: i) la conducta ilícita o antijurídica del demandado; ii) el daño causado; iii) los perjuicios derivados del daño; y, iv) el nexo de causalidad entre la conducta y el agente del daño.

245. A este respecto, 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.

246. 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, esta se fundamenta en la obligación que tenía la entidad bancaria de oficiar a la Central de Riesgo el cumplimiento de la obligación por parte del actor, misma que fue satisfecha el 6 de mayo de 2006, para que la calificación "E" que mantenía hasta ese momento sea modificada y actualizada.

247. Toda antijuridicidad comprende dos aspectos: i) la infracción de la voluntad general objetivada en el Derecho; y, ii) la imputabilidad. Si se tiene en cuenta que el Derecho puede ser definido como un conjunto de mandatos y prohibiciones de carácter jurídico, es decir, positivizados; la antijuridicidad, entonces es aquella infracción de dichos mandatos y prohibiciones.

248. Sin embargo, como esos mandatos y prohibiciones están dirigidos al ser humano imputable  $\pm$  en tanto motivan su conducta-, la infracción del Derecho corresponde a una infracción del deber por parte del agente infractor; y, esos deberes solo existen para los seres humanos que son imputables y se evalúan de acuerdo a las capacidades de sus destinatarios.

249. Es decir, no existe ningún deber que imponga la obligación de realizar lo que es imposible para el ser humano, o de prever y evitar lo inevitable, de ahí que no puede existir una conducta antijurídica en ese no prever y no evitar.

250. Así, la antijuridicidad es el elemento que delimita el ámbito de los daños civilmente resarcibles a través de la responsabilidad civil extracontractual, pues, es justamente el hecho de que se trate de una lesión **no justificada**  $\pm$ contra *ius*- de derechos o de intereses legítimos jurídicamente protegidos, lo que la va a diferenciar frente a otros daños que no son resarcibles.

251. En toda conducta ilícita dañosa se enfrentan tanto el bien jurídico protegido que ha sido dañado (vida, libertad, salud, propiedad, etc.,) y la libertad del agente infractor que provoca el daño, con la finalidad de que, a partir de ese enfrentamiento se pueda extraer qué conducta es lícita o ilícita.

252. De esta manera, las disposiciones normativas que determinan la responsabilidad civil extracontractual tienen como característica la imposición de deberes de actuación o de prohibición de conductas, de tal forma que, únicamente la infracción de estas más el daño y otros requisitos, determinan la existencia de la obligación civil de indemnizar que debe ser satisfecha por el agente del daño.

253. En este sentido, para poder dilucidar si la conducta es ilícita o no, hay que hacer una valoración ex ante de hecho dañoso, puesto que un deber  $\pm$ sea de actuación o de prohibición- solo puede referirse a conductas futuras, es decir, se debe comparar el comportamiento del agente infractor del deber con el que debería haber tenido, para luego  $\pm$ de proceder el primero-, realizar un análisis *ex post* de la existencia o no de un daño.

254. En lo referente al ordenamiento jurídico ecuatoriano, el artículo 95 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero **vigente a la época en que el actor canceló la obligación perseguida judicialmente**, determinaba que la Superintendencia de Bancos establecerá un sistema de registro denominado Central de Riesgos, que contendrá la información individualizada y debidamente consolidada y clasificada sobre los deudores principales de las instituciones del sistema financiero:

ARTÍCULO 95.- La Superintendencia establecerá un sistema de registro, denominado Central de Riesgos, que permita contar con información individualizada debidamente consolidada y clasificada sobre los deudores principales de las instituciones del sistema financiero ecuatoriano, incluyendo los casos en que éstas actúen en su nombre por cuenta de una institución bancaria o financiera del exterior.

La institución financiera que proporcione deliberadamente información falsa o maliciosa a la Central de Riesgos será sancionada por el Superintendente de Bancos con una multa de dos mil unidades de valor constante (2000 UVCs) cada vez y, la destitución del funcionario responsable en caso de reincidencia, sin perjuicio de la correspondiente responsabilidad penal.

255. El artículo 97 de la referida ley, establecía asimismo la obligación que tienen las instituciones del sistema financiero de suministrar a la Superintendencia, la información para mantener al día el referido registro:

ARTÍCULO 97.- Las instituciones del sistema financiero, están obligadas a suministrar a la Superintendencia, en la forma y frecuencia que ella determine, la información para mantener al día el registro de que trata este capítulo.

Si un informe presentado por un auditor, sea interno, externo o funcionario de la Superintendencia de Bancos, hubiese sido alterado o se hubiera ocultado información, el Superintendente tendrá la obligación en forma inmediata de poner en conocimiento de la

Fiscalía General de la Nación. El Superintendente de Bancos tiene la obligación de pronunciarse en 30 días sobre cualquier infracción que se cometa y que haya sido informado por las auditorías, caso contrario, será denunciado ante la Fiscalía General de la Nación.

256. Es decir, la obligación de suministrar la información crediticia de las personas que mantengan deudas con las entidades del sistema financiero nacional, de manera actualizada y conforme lo disponga la Superintendencia de Bancos como organismo de control  $\pm$ forma y frecuencia-, es la conducta omitida por el Banco Pichincha C.A. como entidad demandada, pues, al abstenerse de efectuar dicho reporte ha realizado por omisión una conducta antijurídica, al lesionar de manera injustificada el derecho al buen nombre y a la honra del hoy actor, debido a que, aquel se mantuvo catalogado dentro de la categoría "E" en la Superintendencia de Bancos hasta el año 2015 a pesar que el 6 de mayo de 2006 había ya cancelado la cantidad ordenada por el juzgador civil competente, correspondiendo la actualización y/o rehabilitación de su estado en el referido órgano de control.

257. En el año 2012, mediante el Segundo Suplemento del Registro Oficial 843 de 3 de diciembre de 2012, se emitió la Ley Orgánica Derogatoria a la Ley de Burós de Información Crediticia y Reformatoria a la Ley del Sistema Nacional del Registro de Datos Públicos, a la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario y a la Ley de Compañías, con la finalidad, entre otras, de establecer mecanismos adecuados de protección de los derechos de los titulares de la información crediticia para garantizar sus derechos constitucionales y precautelar su información personal; y de que sea una institución pública la que consolide dicha información y brinde los servicios de referencias crediticias.

258. Para lo cual, en sus disposiciones transitorias se estableció lo que sigue:

Primera.- La Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos en un plazo no mayor a 365 días, pondrá en funcionamiento el nuevo Sistema de Registro Crediticio, periodo dentro del cual los Burós de Información Crediticia seguirán prestando sus servicios de acuerdo con la normativa establecida por la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos y la Superintendencia de Bancos y Seguros; y finalizarán sus actividades en un

plazo de 30 días posteriores a la notificación realizada por la parte del nuevo registro, de la entrada en vigencia del nuevo sistema de Registro de Datos Crediticios.

Tercera.- Dentro del plazo de 60 días contados a partir de la publicación de la presente Ley, las instituciones del sistema financiero público y privado entregarán a la Dirección Nacional de Datos Públicos la información de cada una de las operaciones crediticias activas de los últimos 3 años, que se encuentran en la central de riesgos.

Cuarta.- Dentro del plazo de 30 días contados a partir de la publicación de la presente Reforma a la ley, la Superintendencia de Bancos y Seguros deberá transferir la información de los últimos 6 años que mantiene la actual Central de Riesgos a la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, con la finalidad de que se inicie el proceso de creación del Registro de Datos Crediticios.

El reporte que las entidades financieras remitan a la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, se lo hará únicamente sobre las obligaciones incumplidas en cada periodo. Es decir, no se podrá realizar una duplicación de reporte de incumplimiento, de un periodo sobre el cual ya se reportó.

Quinta.- Dentro del plazo de 90 días contados a partir de la publicación de la presente Ley, las compañías entregarán a la Dirección Nacional de Datos Públicos la información de cada una de las operaciones crediticias activas de los últimos 3 años.

259. Disposiciones que incluso refuerzan el incumplimiento por parte del Banco de remitir información actualizada de los deudores del sistema financiero nacional, pues, si bien se iba a consolidar una nueva base de datos  $\pm$ pública-, administrada por una institución pública, para ello tanto las instituciones del sistema financiero público y privado como la Superintendencia de Bancos debían transferir información de las operaciones crediticias de los últimos tres años que consten en la central de riesgos, por un lado; y, por otro, la información de los últimos 6 años que mantiene la actual Central de Riesgos a la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, con la finalidad de que se

inicie el proceso de creación del Registro de Datos Crediticios.

260. Es decir, al haber pagado la obligación perseguida judicialmente, el actor no debía constar en la central de riesgos con la calificación "E" de pérdida, por lo que, tampoco debía pasar con esa calificación a la nueva base de datos que iba a ser administrada por la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, teniendo en cuenta que el pago de dicha obligación fue realizado en el año 2006, es decir, 6 años antes de la emisión de la Ley que dispuso la consolidación de la nueva base de datos bajo la administración de una institución pública.

261. Es más, en la referida Ley Orgánica Derogatoria a la Ley de Burós de Información Crediticia y Reformatoria a la Ley del Sistema Nacional del Registro de Datos Públicos, a la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario y a la Ley de Compañías, se seguía considerando como fuente de información para alimentar dicha base de datos crediticios, a las persona jurídicas legalmente autorizadas que debido a sus actividades mantienen información crediticia lícita, conforme la disposición normativa contenida en el quinto artículo innumerado de dicha ley:

Artículo ¼ - Para efectos de aplicación de esta Ley, se entenderá como: [¼ ] Fuentes de Información.- **Son las personas, naturales o jurídicas, legalmente autorizadas que debido a sus actividades, mantienen información crediticia lícita** y que tienen la obligación de entregar la misma al Registro Crediticio de conformidad con las políticas y formas que establezca su respectivo organismo de control. [...]

Base de Datos Crediticios. - Es el **conjunto de información constante en las bases de datos del registro crediticio proporcionadas por las entidades del sistema financiero público y privado**, entidades de la economía popular y solidaria y compañías reguladas por la Superintendencia de Bancos y Seguros, Superintendencia de la Economía Popular y Solidaria; y, Superintendencia de Compañías, respectivamente. Información que debe cumplir con las políticas y parámetros que para cada caso las entidades de control determinen. [énfasis fuera de texto].



262. Y también, se establecía la existencia de responsabilidad por parte de las fuentes de información en su artículo décimo cuarto innumerado, al igual que lo dispuesto en el referido artículo 95 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero:

**Artículo 1/4 - Las fuentes de información crediticia serán legalmente responsables por los daños ocasionados al titular como consecuencia de la transmisión de información ilegal, inexacta o errónea que afecten su calificación o historial de crédito y, por tanto, no estarán exonerados alegando ausencia de dolo o de culpa.**

La responsabilidad de las fuentes es entregar información depurada, actualizada y acorde a las políticas y parámetros determinados por cada una de las Superintendencias al Registro Crediticio, de manera exacta y legal. **Se constituye como responsable de la información la entidad fuente de la misma.**

Responderán por los daños causados al titular de la información crediticia, quienes utilicen dolosa o culposamente informaciones o reportes provenientes de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos sin perjuicio de que se sigan las correspondientes acciones penales. [Énfasis fuera de texto].

ARTÍCULO 95.- La Superintendencia establecerá un sistema de registro, denominado Central de Riesgos, que permita contar con información individualizada debidamente consolidada y clasificada sobre los deudores principales de las instituciones del sistema financiero ecuatoriano, incluyendo los casos en que éstas actúen en su nombre por cuenta de una institución bancaria o financiera del exterior.

**La institución financiera que proporcione deliberadamente información falsa o maliciosa a la Central de Riesgos será sancionada por el Superintendente de Bancos con una multa de dos mil unidades de valor constante (2000 UVCs) cada vez y, la destitución del funcionario responsable en caso de reincidencia, sin perjuicio de la**

**correspondiente responsabilidad penal.** [Énfasis fuera de texto].

263. De fojas 1948 a 1949 de proceso consta el oficio IRP-SAC-2015-124 de 16 de marzo de 2015 suscrito por la abogada Teresa Roca E., Intendente Regional de Portoviejo de la Superintendencia de Bancos en el que comunica al hoy actor lo siguiente:

"[¼ ] Me refiero a su reclamo administrativo, ingresado en la Intendencia de Portoviejo, el 20 de diciembre de 2014, en contra del Banco Pichincha C.A, al respecto le comunico:

En atención al oficio IRP-SAC-2015-027, de 16 de enero de 2015, el Banco Pichincha C.A, mediante oficio No. BP-ACEC-2015-0071, de 27 de enero de 2015, suscrito por la ingeniera Mary Ferrin Villavicencio, Gerente de la Sucursal Portoviejo del Banco Pichincha C.A, referente a su reclamo administrativo, comunica entre otros lo siguiente:  
[¼ ]

*La solicitud de eliminación de la calificación de la central de riesgos, no emana de una orden judicial, sino del pedido realizado por el señor Bowen Delgado y que se provee el miércoles 10 de diciembre del 2014, pedido que se transcribe en el oficio 1133-2014-UJCM de fecha 17 de diciembre del 2014, es decir, el Juez de la causa no ordenó al Banco Pichincha C.A, elimine los nombres de los señores Carlos Bowen Delgado y Felisa Brito de Bowen, del registro de datos crediticios¼ "*

Adicionalmente, la Superintendencia de Bancos, tal y como lo define nuestra Constitución, es un *organismo técnico de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley*, en este caso en particular, el Código

Orgánico Monetario y Financiero determina las funciones de la Superintendencia de Bancos, mismas que no son aplicables en el caso que nos ocupa.

El artículo 168 de la Constitución de la República en concordancia con el artículo 8 del Código Orgánico de la Función Judicial consagran el principio de independencia de la Función Judicial, en virtud del cual, ninguna función, órgano o autoridad del Estado podrá interferir en el ejercicio de los deberes y atribuciones de la Función Judicial.

Por lo expuesto este Organismo de Control, no es competente para disponer el cumplimiento de un mandato judicial, en tal sentido la Superintendencia de Bancos se abstiene de tramitar el presente reclamo administrativo en atención al principio de independencia de la Función Judicial, consagrado en el numeral 1 del artículo 168 de la Constitución de la República, que concuerda con el artículo 8 del Código Orgánico de la Función Judicial, siendo competencia del juez de la causa conminar al Banco Pichincha C.A cumplir con la resolución judicial.

Por lo expuesto, en cumplimiento de la normativa legal citada y en atención al principio de independencia judicial, este Organismo de Control no puede atender lo solicitado.

Una vez que el Banco Pichincha C.A., ha dado respuesta a su reclamo, este Organismo de Control da por concluido el trámite administrativo y se ordena el archivo del mismo [¼ ]"

264. Con lo cual se evidencia que, supuestamente por no haberlo ordenado el juzgador del juicio ejecutivo, el Banco no remitió información actualizada alguna respecto del hoy actor a la Superintendencia; sin embargo, más allá de la existencia o no de una disposición emitida por el juez en ese sentido, el Banco, por mandato del artículo 97 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero vigente a 6 de mayo de 2006 ±fecha en la que el actor pagó lo ordenado en el juicio ejecutivo-, tenía la obligación jurídica de remitir información actualizada de los deudores principales de las instituciones del sistema financiero ecuatoriano, lo cual incluye evidentemente al hoy actor, quien varios años después de haber pagado la obligación, continuaba con la calificación "E" de

pérdida en la Central de Riesgos, que como se dijo es el registro que la Superintendencia mantenía respecto de los deudores del sistema financiero nacional y que se alimenta con la información enviada por las mismas entidades que conforman dicho sistema.

265. A lo anterior se agrega que, de acuerdo al principio de dogmática jurídica o general del Derecho, según el cual *en derecho las cosas se deshacen como se hacen (Quae sunt quod praeterit facite)*, si el Banco reportó al hoy actor a la Superintendencia con calificación "E" equivalente a pérdida por la obligación pendiente, conforme se desprende de la certificación conferida por el mismo Banco al hoy actor y constante a fojas 231 del proceso, de 13 de julio de 2000, suscrita por el Sr. Jaime Loor Viteri, Gerente (E) de la Sucursal de Manta, en la que se lee:

"[¼ ] Por medio de la presente Certifico que la Operación No. 06023/951 PLP, a cargo del Sr. CARLOS ENRIQUE BOWEN DELGADO, se encuentra reportado a la Superintendencia de Bancos con calificación "E" al 31 de Diciembre de 1.999. Calificación que equivale a PERDIDA. [¼ ]" [sic].

266. Es evidente que también tenía que actualizar la situación del actor respecto a la obligación crediticia que fue perseguida judicialmente y que fue satisfecha por aquel el 6 de mayo de 2006, además de dar cumplimiento a la referida disposición normativa del artículo 97 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero; razones por las cuales, queda acreditada de manera suficiente la existencia de la conducta antijurídica en la que incurrió la entidad bancaria demandada.

267. En lo referente a la prueba del daño causado, se evidencia el informe de la perito psicóloga, Mónica Palau, con registro 1342652 y constante de foja 1939 a 1945 del proceso, en el que señala las técnicas y metodología a aplicarse en el examen a realizar del hoy actor, los resultados de los rangos de valoración de las técnicas empleadas, las funciones básicas valoradas, los resultados cualitativos de las baterías psicológicas aplicadas, las áreas afectadas, la presunción diagnóstica y el diagnóstico psicológico del actor en el que señala principalmente que:

"[¼ ] **el usuario: 1.- Mantiene conexión traumática con el pasado, no procesado,**

donde se aprecia y prevale intranquilidad, falta de concentración para la planificación de un futuro cierto, dificultades para cumplir planes y propósito de vida, **existen previos intentos de establecer y tratar de recuperar su armonía y estabilidad emocional**, demostrando aun baja de su autoestima y alta inseguridad personal.

**2.- No conserva las características de ser una persona impulsiva o tener dificultades para inhibir un comportamiento. NO se expresa conducta de forma impulsiva o preponderante, asociada a respuestas descuidadas o poco reflexivas que tienen consecuencias negativas para la persona.**

**3.- Para el PROCESO ACTUAL (en curso) presenta criterios básicos incluyentes, para de anidar niveles de ESTRÉS POST TRAUMÁTICO: CIE-10.F43. Esta fase de inicio aparece desde los primeros momentos, evidenciada como MODERADA, pero a pesar del tiempo ya transcurriendo emerge aun como "trauma". [1/4 ]**

"El aspecto de afectación emocional y dolor psíquico es claro, y no permite confusión." **Consiste en la lesión a su integridad psíquica, no habiendo estado pre-existente anterior al evento, dando paso y derivando sufrimiento emocional que le ocasiona el suceso imprevisto, pero que este no incide en sus facultades mentales., que no le permite atender en todo o en parte sus ocupaciones ordinarias, que sugiere durar en el tiempo y no se considera una variación pasajera de su humor o el estado de ánimo de los usuarios. [1/4 ]" [sic].**

268. En el que se demuestra que tanto el proceso judicial ejecutivo seguido en su contra por el Banco para lograr el pago de la obligación crediticia, como las circunstancias que rodearon al mismo, le causaron un impacto perjudicial en su salud mental, que devino en un cuadro de estrés post traumático moderado que por el pasar del tiempo, y al persistir aquel, se ha convertido en un trauma.

269. Si bien, como se dijo en líneas anteriores, el estar inmerso en un proceso judicial ~~en~~ este caso

ejecutivo- por varios años, no es presupuesto *per se* para declarar daño moral, sin embargo, al existir situaciones que se suscitaron producto de aquel y que fueron relatadas por el actor en la demanda como fundamentos de la misma, como por ejemplo y concretamente, el reporte realizado por el Banco a la Superintendencia de Bancos con calificación "E" equivalente a pérdida y la no actualización de dicha calificación por parte del mismo Banco cuando el actor pagó el valor ordenado por el juez, a pesar de la existencia de una obligación legal que ordenaba remitir información actualizada al órgano de control para que alimente los datos de la central de riesgos, situación que como se dijo es generadora de daño moral por ser una conducta antijurídica, en tanto la entidad bancaria desatendió la obligación impuesta por la ley de la materia, dicha conducta perjudicó al actor, lo cual tuvo una consecuencia en su salud mental, pues, su historial crediticio no se correspondía con la realidad luego del 6 de mayo de 2006, fecha en la que canceló la obligación crediticia que tenía con el Banco.

270. Con lo cual se prueba tanto el daño provocado en perjuicio del actor por la omisión de la entidad bancaria, así como la relación de causalidad entre el daño y el agente dañoso, que en este caso es el Banco, quien tenía además, una posición de custodio de la información respecto del crédito que persiguió judicialmente y que logró cobrar el 6 de mayo de 2006, por lo que, el hecho de que el juez de la causa civil ejecutiva no haya ordenado al Banco reportar el pago de la obligación al organismo de control, no le exime de cumplir con la obligación determinada en el artículo 97 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

271. En este sentido, la existencia del perjuicio provocado por el daño moral ha sido suficientemente comprobada, pues, este se traduce en la humillación a la que se sometió a la víctima, en el desconocimiento de su dignidad humana, en el sufrimiento y dolor que se le ha causado como consecuencia de una violación en términos generales- de sus derechos personalísimos, perjuicio que no solo tiene consecuencias psicológicas para quien lo sufre, sino que ese sufrimiento y esa angustia se refleja también en el grupo familiar de la víctima del daño.

272. Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el daño moral puede comprender:

"[1/4 ] tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y otras

perturbaciones que no son susceptibles de medición pecuniaria."

273. Y, ha añadido, respecto del pago de la compensación por daño moral que:

"[<sup>1</sup>/<sub>4</sub> ] Es una característica común a las distintas expresiones del daño moral el que, **no siendo posible asignárseles un preciso equivalente monetario, solo puedan**, para los fines de la reparación integral a las víctimas, **ser objeto de compensación**, y ello de dos maneras. En primer lugar, **mediante el pago de una suma de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad**. Y en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad, la consolación de sus deudos o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir."

274. Es decir, la cuantificación monetaria del perjuicio recibido por el daño moral difícilmente puede ser equivalente a dicho perjuicio, teniendo en cuenta la naturaleza de las afecciones que soporta la víctima del daño moral y la esfera emocional y psicológica que se ve afectada como producto de la conducta antijurídica realizada por el agente dañoso.

275. Sin embargo, esto no obsta el derecho que tiene el hoy actor a ser compensado económicamente tanto por el impacto negativo que su derecho a la honra y al buen nombre han recibido, como por la afectación en su esfera emocional personalísima ±integridad psíquica y moral-, todo lo cual se agrava por las condiciones actuales de aquel, puesto que es una persona de la tercera edad y con discapacidad visual, conforme se verifica con las copias certificadas de la cédula y del carné del CONADIS constantes a fojas 1625.

276. Asimismo, como se ha mencionado en líneas anteriores, no se puede dejar de lado el impacto

que el daño moral genera en los sentimientos y en el ámbito psicológico general del núcleo familiar de la víctima directa del perjuicio causado y que se deriva de una conducta antijurídica, pues, inclusive consta que la víctima si bien se encontraba casada cuando se inició la causa ejecutiva en su contra, con los años el vínculo matrimonial fue disuelto, como consta del acta notarial de disolución de vínculo matrimonial que se verifica de fojas 1802 a 1811, con lo que se evidencia también que en el presente caso, el perjuicio ocasionado en la esfera emocional personalísima del actor, tuvo repercusiones en su ámbito familiar próximo, comprobándose que la conducta antijurídica también ha sido pluriofensiva.

277. Además de estas circunstancias, se debe tomar en cuenta la posición de la entidad bancaria demandada, es decir, la capacidad económica de aquella como agente dañoso responsable por los perjuicios derivados de su conducta antijurídica y que deben ser resarcidos a la víctima.

278. Así, en aplicación del artículo 163 del Código Orgánico General de Procesos que establece que los hechos públicos o notoriamente evidentes no requieren ser probados, es ampliamente conocido que el Banco Pichincha C.A. tiene calificación AAA, es más, en la página web de la Superintendencia de Bancos consta la calificación de riesgo de las instituciones financieras nacionales del año 2021, en la que se refleja cuatro fechas de corte del análisis efectuado por la calificadora de riesgos respecto de la referida entidad bancaria:

<b>Institución financiera</b>	<b>Firma calificadora de riesgo (1)</b>	<b>Calificación a marzo 2021</b>	<b>Calificación a junio 2021</b>	<b>Calificación a septiembre 2021</b>	<b>Calificación a diciembre 2021</b>
Banco Pichincha C.A.	PCR PACIFIC CREDIT RATING / BANK WATCH RATINGS S.A.	AAA / AAA-	AAA / AAA-	AAA / AAA-	AAA / AAA-



**Definición de la escala:**

**AAA.-** La situación de la institución financiera es muy fuerte y tiene una sobresaliente trayectoria de rentabilidad, lo cual se refleja en una excelente reputación en el medio, muy buen acceso a sus mercados naturales de dinero y claras perspectivas de estabilidad. Si existe debilidad o vulnerabilidad en algún aspecto de las actividades de la institución, ésta se mitiga enteramente con las fortalezas de la organización.

279. A esto se suma que, en varias notas de prensa se ha indicado que el Banco Pichincha C.A. duplicó en el año 2021 sus utilidades, al alcanzar 102 millones de dólares en dicho ejercicio fiscal.

280. Es decir, la referida entidad bancaria goza de credibilidad, de solvencia económica como se ha establecido en los párrafos precedentes, por lo que esta situación también será tomada en cuenta al momento de calcular la indemnización correspondiente.

281. Con estos antecedentes, procede establecer los parámetros necesarios para cuantificar el monto que la entidad bancaria debe pagar al actor como compensación económica por el perjuicio provocado en su contra por la conducta antijurídica realizada, misma que es constitutiva de daño moral, en aplicación del criterio de prudencia que ordena la disposición normativa contenida en el artículo 2232 del Código Civil, y por sobre todo de justicia y proporcionalidad con el daño causado y la capacidad económica del obligado a indemnizar:

- i) El actor pagó la obligación el 04 de mayo de 2006 y hasta el 16 de marzo de 2015 no se restablecía su calificación.
- ii) Los tres primeros parámetros a utilizarse, para establecer una base de cálculo, son la canasta familiar básica que es el conjunto de bienes y servicios que son **imprescindibles y mínimos**

para satisfacer las necesidades básicas del hogar; el salario básico unificado por ser una referencia de los ingresos mínimos del trabajador privado en general, calculado únicamente hasta antes de la expedición del Mandato Constituyente No. 2; la remuneración mensual unificada máxima de los servidores del sector público que es equivalente a veinticinco salarios básicos unificados del trabajador privado, variable que se utiliza debido a que el actor al momento del proceso judicial era un próspero agente de comercio por lo que la variable debe ser proporcional a los ingresos que aquel percibía y a su situación económica.

- El costo de la canasta familiar básica, obteniendo dicha información de la página web del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos ([www.ecuadorencifras.gob.ec](http://www.ecuadorencifras.gob.ec); pestaña "Canasta" en la página de inicio.
  
- El valor del salario básico unificado desde mayo de 2006 hasta febrero de 2008, sumado mes a mes, obteniendo dicha información de la página web [https://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Salario\\_m%C3%ADnimo\\_en\\_Ecuador](https://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Salario_m%C3%ADnimo_en_Ecuador)
  
- La remuneración mensual unificada máxima de los servidores del sector público establecida por el Mandato Constituyente No. 2, esto es USD 5000,00 a la fecha de entrada en vigencia del Mandato, multiplicados por el número de meses que hay entre marzo de 2008 hasta marzo de 2015.

**iii)** El valor mensual de la canasta familiar básica se sumará al valor del salario básico unificado desde mayo de 2006 hasta febrero de 2008 (A); y, el valor mensual de la canasta familiar básica se sumará al de la remuneración mensual unificada máxima de los servidores del sector público desde marzo de 2008 hasta marzo de 2015 (B).

Estos dos valores (A) + (B) se sumarán y su total (C); se multiplicará por cuatro, bajo el siguiente razonamiento: existen tres circunstancias cualitativas a tomarse en cuenta para la multiplicación por cuatro, (1) la víctima es una persona de la tercera edad y con discapacidad; la irradiación del daño a su núcleo familiar (2); y, la capacidad económica del Banco (3 y 4), es

decir, valdrá por dos esta circunstancia, en consideración a la capacidad económica y en proporción al sujeto obligado a pagar el daño moral  $\pm$ persona jurídica Banco Pichincha C.A.-, cuyo resultado (D) será el valor total al que asciende la indemnización.

**VALOR (A)**

***Elemento 1: Canasta básica***

<b>2006</b>	MAY	446,8
	JUN	444,95
	JUL	445,44
	AGO	447,49
	SEP	450,83
	OCT	453,2
	NOV	453,31
	DIC	453,26
	<b>TOTAL</b>	<b>3 147,79</b>

<b>2007</b>	ENE	453,97
	FEB	453,75
	MAR	454,29
	ABR	455
	MAY	455,29
	JUN	457,79
	JUL	461,75
	AGO	463
	SEP	464,9
	OCT	467,57

	NOV	469,57
	DIC	472,74
	<b>TOTAL</b>	<b>5 529,62</b>

<b>2008</b>	ENE	478,82
	FEB	483,1
	<b>TOTAL</b>	<b>961,92</b>

**TOTAL ELEMENTO 1: 5 529,62 + 961,92 = 6 941,54 USD**

*Elemento 2: Salario básico unificado*

<b>Año</b>	<b>Mensual * no. meses</b>	<b>Anual</b>
2006	160*8	1280
2007	170*12	2040
2008	200*2	400
	<b>TOTAL</b>	<b>3 720</b>

**TOTAL ELEMENTO 2: 3 720 USD**

**TOTAL VALOR (A): 6 941,54 + 3 720 = 10 661,54 USD**

**VALOR (B)**

*Elemento 1: Canasta básica*

<b>2008</b>	MAR	488,83
	ABR	495,82
	MAY	503,05
	JUN	506,84
	JUL	507,48
	AGO	507,88
	SEP	509,35
	OCT	507,32
	NOV	506,79
	DIC	508,94
	<b>TOTAL</b>	<b>5 042,30</b>

<b>2009</b>	ENE	512,03
	FEB	513,27
	MAR	519,9
	ABR	522,76
	MAY	522,75
	JUN	522,38
	JUL	521,73
	AGO	519,3
	SEP	521,26
	OCT	522,34
	NOV	522,59
	DIC	528,9
	<b>TOTAL</b>	<b>6 249,21</b>

<b>2010</b>	ENE	534,33
	FEB	535,48

	MAR	535,56
	ABR	539,67
	MAY	538,89
	JUN	538,12
	JUL	536,93
	AGO	538,73
	SEP	539,36
	OCT	540,1
	NOV	541,82
	DIC	544,71
	<b>TOTAL</b>	<b>6463,7</b>

<b>2011</b>	ENE	548,63
	FEB	551,24
	MAR	551,87
	ABR	555,27
	MAY	557,44
	JUN	556,93
	JUL	559,41
	AGO	563,75
	SEP	567,41
	OCT	571,08
	NOV	572,35
	DIC	578,04
	<b>TOTAL</b>	<b>6733,42</b>

<b>2012</b>	ENE	581,21
	FEB	583,27

	MAR	587,36
	ABR	588,48
	MAY	584,71
	JUN	586,18
	JUL	585,81
	AGO	587,86
	SEP	594,06
	OCT	595,44
	NOV	596,42
	DIC	595,7
	<b>TOTAL</b>	<b>7 066,5</b>

<b>2013</b>	ENE	601,61
	FEB	602,07
	MAR	604,25
	ABR	605,52
	MAY	605,92
	JUN	606,29
	JUL	606,48
	AGO	609,57
	SEP	609,57
	OCT	614,01
	NOV	617,54
	DIC	620,86
	<b>TOTAL</b>	<b>7 303,69</b>

<b>2014</b>	ENE	628,27
	FEB	628,22
	MAR	632,19

	ABR	633,61
	MAY	634,27
	JUN	634,66
	JUL	637
	AGO	638,06
	SEP	641,2
	OCT	642,85
	NOV	644,74
	DIC	646,3
	<b>TOTAL</b>	<b>7 641,37</b>

<b>2015</b>	ENE	653,21
	FEB	654,48
	MAR	657,68
	<b>TOTAL</b>	<b>1 965,37</b>

**TOTAL ELEMENTO 1: 48 465,56 USD**

*Elemento 2: Mandato Constituyente No. 2*

SBU	Número de SBU para multiplicar	Remuneración máxima	Número de meses	Total
200	25	5000	85	<b>425 000</b>

**TOTAL ELEMENTO 2: 425.000 USD**

**TOTAL VALOR (B): 48 465,56 + 425 000 = 473 465,56 USD**



**VALOR (C) = VALOR (A) + VALOR (B)**

**VALOR (C): 10 661,54 + 473 465,56 = 484 127,10 USD**

**VALOR (D) = VALOR (C) \* 4**

**VALOR (D): 484 127,10 \* 4 = 1 936 508,40 USD**

282. Es decir, el monto de la indemnización asciende a USD ~~1 936.508,40~~ **1 936.508,40** dólares de los Estados Unidos América, que debe pagar el Banco al actor.

**X**

### **DECISIÓN DE LA SENTENCIA**

283. 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"**, por voto de mayoría resuelve:

- 1) Aceptar parcialmente el recurso de casación presentado por el actor Carlos Bowen Delgado, únicamente en lo que tiene que ver con el caso segundo del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, esto es, incumplimiento del requisito de motivación en la sentencia de segunda instancia.

2) Aceptar parcialmente el recurso de casación presentado por el demandado Banco Pichincha C.A., únicamente en lo que tiene que ver con el caso segundo del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, esto es, incumplimiento del requisito de motivación en la sentencia de segunda instancia.

3) Casar la sentencia de segunda instancia emitida por el tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Manabí, el 3 de diciembre de 2019, las 09h24, por los argumentos justificativos desarrollados en esta sentencia.

4) Disponer que el demandado Banco Pichincha C.A., pague al actor Carlos Bowen Delgado, la suma de un millón novecientos treinta y seis mil quinientos ocho dólares con cuarenta centavos de dólar, (**1.936.508,40 USD**) de los Estados Unidos de América, en atención a la cuantificación realizada por este Tribunal en la presente resolución, que se establece como la aplicación de criterios de prudencia, proporcionalidad y de justicia entre el agente del daño y la víctima de los perjuicios provocados por el daño moral, cuya existencia ha sido demostrada, a modo de reparación.

5) Devuélvase el monto consignado como caución a las partes procesales en igual proporción (50% a cada una), dado que han sido aceptados los dos recursos de manera parcial.

6) Sin costas que declarar en fase de casación.

7) 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)**

**VOTO SALVADO DEL JUEZ NACIONAL (E), SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA.**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.** Quito, miércoles 12 de octubre del 2022, las 15h49.

**VISTOS:** En virtud de los recursos de casación planteados por Carlos Enrique Bowen Delgado, actor, y el doctor Santiago Palacios Cisneros, procurador Judicial del Banco Pichincha C.A. demandado, en

contra de la sentencia dictada el martes 3 de diciembre del 2019, las 09h24, por el Tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, la misma que, resuelve aceptar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada, reformando la sentencia del Juez *a quo*<sup>1</sup>, en cuanto al monto y honorarios, fijando la indemnización pecuniaria a título de reparación la cantidad de noventa mil dólares americanos, por el daño moral demandado; la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, avocó conocimiento de la presente causa; la doctora Rita Annabel Bravo Quijano, Conjueza Nacional, admitió a trámite los medios de impugnación interpuestos, mediante auto de miércoles 16 de junio del 2021, las 15h05; en ese contexto, el Tribunal de Jueces, convocó a audiencia oral, pública y de contradictorio para la fundamentación del recurso; instalada referida diligencia judicial, escuchados los sujetos procesales, en función de los principios de tutela judicial efectiva, defensa y más, de conformidad con lo establecido en los artículos 268 y siguientes del Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP), **en voto salvado del doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E)**, se estimó improcedentes los recursos de casación planteados; así, en ejercicio de las facultades constitucionales, jurisdiccionales, procesales y legales, este órgano jurisdiccional, motiva la sentencia por escrito conforme lo dispuesto en el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ), así como en el artículo 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE); y, las reglas procesales aplicables al caso *in examine*, al siguiente tenor:

### **PRIMERO:**

### **JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.**

Al amparo de los artículos 174 y 201 numeral 1 del COFJ, y conforme la Resolución No. 03-2021, dictada por el Pleno de esta Alta Corte, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, llama a los doctores Wilman Gabriel Terán Carrillo<sup>2</sup>, Himmler Roberto Guzmán Castañeda<sup>3</sup>, y David Isaías Jacho Chicaiza<sup>4</sup>, Conjueces Nacionales, para que asuman los despachos de los doctores Vicente Robalino Villafuerte, María Rosa Merchán Larrea, y Carlos Ramírez Romero, ex Jueces Nacionales, respectivamente, por ausencia definitiva de los indicados operadores de justicia.

---

1 Sentencia emitida por el abogado Jonathan Rodríguez Córdova, Juez de la Unidad Judicial Multicompetente con Sede en el Cantón Piñas de El Oro, de 18 de febrero del 2020.

2 Oficio No. 114-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.

3 Oficio No. 111-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.

4 Oficio No. 112-P-CNJ-2021, de 18 de febrero de 2021.

De conformidad con lo prescrito en el artículo 160.1 del COFJ, mediante sorteo de ley, efectuado el 23 de febrero de 2022, se designó el Tribunal para el conocimiento de la presente causa, quedando integrado por los doctores Himmler Roberto Guzmán Castañeda, Juez Nacional Ponente, y los doctores Wilman Gabriel Terán Carrillo y David Jacho Chicaiza, Jueces Nacionales (E), de acuerdo con lo establecido en los artículos 141 y 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, por lo que asumimos el conocimiento de la presente causa.

La Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, conforme lo disponen los artículos 184 numeral 1 y 76 numeral 7 literal k) de la CRE; artículos 184 y 190 numeral 1 del COFJ; y, artículos 266 y siguientes del COGEP; ergo, en aplicación de los principios establecidos en los artículos 75, 167 y 424 de la CRE, y las normas antes consignadas, el suscrito Tribunal, tiene jurisdicción y competencia, para conocer y resolver los recursos de casación planteados y admitidos; el lugar, fecha y hora en que se dicta la sentencia constan al inicio del presente acto jurisdiccional.

## **SEGUNDO:**

### **LEGISLACIÓN PROCESAL APLICABLE AL CASO *IN EXAMINE*.**

**2.1)** Tomando como referente los principios establecidos en el artículo 76 numeral 3<sup>5</sup> de la CRE, en torno al principio de legalidad procesal, en correspondencia con la garantía normativa del ámbito temporal de aplicación de la ley, considerando que el caso *in examine* inició con la vigencia del COGEP, el recurso de casación planteado es tramitado conforme las garantías normativas de aquel cuerpo normativo.

## **TERCERO:**

### **VALIDEZ PROCESAL.**

---

**5 Constitución de la República del Ecuador:** <sup>a</sup> Art. 76.- *En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento (1/4)*<sup>o</sup>.

**3.1)** El presente recurso se ha tramitado conforme las reglas generales de impugnación dispuestas en los artículos 266 y siguientes del COGEP; ergo, por cumplidos los principios establecidos en los artículos 75, 76, 168 numeral 6 y 169 de la CRE, por cuanto no existe omisión sustancial que constituya *error in procedendo* que pueda influir en la decisión de este recurso, se declara la plena validez formal de lo actuado con ocasión de este medio de impugnación.

#### **CUARTO:**

#### **ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE.**

**4.1)** El ciudadano Carlos Enrique Bowen Delgado, mediante juicio ordinario, demanda a Banco de Pichincha C.A. en el siguiente contexto:

*a (1/4)1.- En base a la documentación que adjunto, esto es, el Juicio Ejecutivo #13306-1996-0273, compuesto de 19 Cuerpos o 1.848 fojas, aparece que esta ciudad de Manta, el Banco Pichincha C.A, Institución Financiera, deduce acción ejecutiva, juicio seguido en mí contra y la de mi ex cónyuge; demanda ejecutiva fundada en un Pagaré a la Orden por \$ 45.000 USD. Cambiaria que está viciado de nulidad, pues los números de mis cédulas puestas en dicha cambiaria no me corresponden.*

*1.2.- Respecto a esa supuesta obligación, citado yo con el juicio ejecutivo de la referencia señalé que yo jamás me obligué para con el Banco Pichincha, por eso lo enfrente y realicé innumerables acciones legales y constitucionales; como el habeas data. En la propia sustanciación del juicio ejecutivo #13306-1996-0273, solicité el detalle de la deuda exactamente en la estación probatoria, tal como consta a fojas 83 del proceso ejecutivo, habiendo obtenido por parte del Banco únicamente evasivas (pues alegaban no tener información al respecto), para esto llamé a confesión judicial a la gerente del Banco Pichincha C.A., quien nunca compareció (Ver fs. 84 del proceso), mientras en cambio el Banco presentaba escritos tendientes a conseguir la sentencia. Hasta la presente fecha por ningún lado aparece el crédito o desembolso de la suma de dinero en mención. La propia Corte Constitucional, con respecto a este mi caso, resolvió*

*ª ¼ Que no puede obligar al Banco a dar información sino la tienenª.*

*1.3.- Dictada la sentencia dentro del juicio ejecutivo #13306-1996-0273 y constante a fs. 99 vuelta, 100 y 100 vuelta; sentencia queª declara con lugar la demandaª, comienza el Banco Pichincha sin motivo alguno y en contra de todos mis elementales derechos, a decir ofensas y burla en mi contra:*

*a).- En la sustanciación del juicio ejecutivo son muchos los escritos presentados por el Banco Pichincha C.A., donde actúan irresponsablemente cuando dirigiéndose a mi persona para quebrantar mi sensibilidad en su escrito de fs. 24 del juicio ejecutivo dice:ª **dizque que su abuelita se ha muerto niñaª**; en el escrito de fs. 563, me tilda deª **loco, de originar incidentes disparatadosª**, en escritos de fojas 721, 722 y 723, me tilda deª **morosoª audaz e inmoralª, agresorª, y dolosoª**. Hechos que produjeron en mi persona angustia, ansiedad, malestar con el consecuente daño a mi persona, cuando estos van **dirigidos a herir mi sensibilidad**, con la intencionalidad de que yo desista de defender mis derechos frente al fraude cometiendo por el Banco.*

*b).- En el año 1996 con la presentación de la demanda ejecutiva y en el año 1997 dentro de la misma causa ejecutiva descrita con el #13306-1996-0273, yo únicamente exigía que el Banco me demuestre el desembolso del supuesto dinero entregado en calidad de préstamo y además que no podían haberme demandado en dólares y cobrarme en dólares, porque estaba prohibido por la Ley de Régimen Monetario contenido en el R.O 930 del 7 de mayo de 1992. **Lo que comprueba que el Banco actuó ilícitamente, demandó mal, con dolo o grave imprudencia cuya irresponsabilidad me causó un perjuicio**. En este sentido, debemos entender que ninguna acción judicial puede ejercitarse si no se apoya en una causa legítima.*

*c).- Esto fue el detonante para dejar yo de un lado mis negocios y únicamente dedicarme a defenderme del agresor Banco y con lo que se iniciaron mis preocupaciones, angustia, ansiedad, padecimiento que con el pasar del tiempo comenzaron a alterar mi normal desenvolvimiento emotivo que terminaron destruyendo mi entorno familiar y social, hasta quebrantar mi salud, al obligárseme desde un primer inicio a pagar una deuda inexistente.*

*Estos hechos acreditan el hecho objetivo, la lesión o violación de un bien jurídico, mediante la acción antijurídica, hecho en forma intencional por el Banco, cuyo proceder, **me causaron lesión de mis sentimientos y consecuentemente un perjuicio**.*

**2.- Este mismo accionar antijurídico también provocó lesión a mis bienes patrimoniales, tal como sigue.-**

Llega la etapa de ejecución de la sentencia, ahora el Banco Pichincha C.A., como institución financiera, **con su accionar antijurídico me ocasiona un daño patrimonial**, cuando el Liquidador de Costas del Cantón, a cargo del Ab. José Ramón López Zambrano, presenta la primera liquidación al Juzgado, **plagada de errores**, cuando saltaba a simple vista lo incongruente entre la sentencia dictada y lo liquidado (Ver fs. 110), **de nada sirvió mis observación e impugnación**, dado que el **Banco con desesperación y apurado exigía que se apruebe esta aberrante liquidación**, lo que lo pruebo con los tres escritos presentados por el Banco (Ver fs. 111, 112 y 115 del expediente ejecutivo).

Es evidente que **el Banco en su anhelo de cobrar, nunca observó que se estaba lesionado otro bien jurídico, el mío, con lo que se demuestra que el Banco Pichincha C.A., estaba consciente de la irregularidad cometida**, ahora también en la liquidación de costas practicada a la sentencia, es decir, me seguía lesionado mi personalidad y mi patrimonio, causándome más **daño**; en total se llegaron a realizar cuatro (4) liquidaciones por la misma deuda, a partir de la segunda liquidación el Banco las denominaba "reliquidación", el fraude es evidente cuando incluso a fs. 115 esta primera liquidación el Banco exige que se la aprueba pero lo que se termina aprobando es una reliquidación (cosa inexistente en nuestra legislación Ecuatoriana), esta irregularidad es aplaudida por el Banco por cuanto aumentaba el valor de la deuda. De allí en adelante todas las restantes liquidaciones de costas son consideradas reliquidaciones y el Banco pedía su inmediata aprobación para su cobro porque en cada una efectuada le aumentaba ilegalmente el valor a cobrar. Insólito todas eran presentadas por el mismo liquidador de Costas del Cantón Manta dentro del juicio ejecutivo enunciado; yo siempre pedía repetidamente se cambie de liquidador y se corrija el error (Ver fs. 189 del juicio ejecutivo) pero el Banco con su accionar antijurídico se oponía tenazmente, por lo que es evidente que estamos ante más hechos antijurídicos, dado que con el resultado de los pedidos (escritos) del Banco, por lo que el daño moral causado es de estricta responsabilidad del Banco Pichincha C.A., por lo que todas estas liquidaciones (nombradas reliquidaciones) fueron fraudulentas por error de cálculo, más lesión a mis sentimientos y mi patrimonio, dado que estas liquidaciones de costas terminaron estableciendo un aumento de más del 100% del valor de la primer liquidación que



*consta (a fojas 109 y 109 vlt.) vista desde el juicio, pero analizada desde el punto jurídico existe un aumento real de más de 2.000%, lo que más adelante detallaré:*

*2.1.- Que, analizando sólo la primera liquidación incurre en la violación del art. 425 (último 415) del Código de Procedimiento Civil, vigente aquella fecha;- También violenta el art. 4 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, contenida en el Registro Oficial #930, del 7 de mayo de 1992, vigente aquella fecha; -Además, vulnera la norma Adjetiva Civil, referida que señalaba "Que habiendo un ordenamiento económico y financiero de amplio conocimiento, el documento tenía que decirlo por conversión a sucres", es decir que si yo firmaba un documento (Pagaré a la Orden) en dólares al tiempo de pago debía convertirse en sucre para liquidarse. En este mismo sentido, la Ley de Régimen Monetario referida, señalaba: "Que las obligaciones de pagar dinero que deban ser ejecutadas y cumplidas en el Ecuador y que no sean efectos de acuerdos originados en el comercio en el comercio internacional, solo serán exigibles en sucres".*

*2.2.- Sólo las transcripciones de estas dos normas jurídicas, muestran que el accionar del Banco Pichincha C.A., como institución financiera desde el momento de estilar su demanda, siempre fue errado, con grave imprudencia, por lo que actuaba ilícitamente. Esta actuación dañina del Banco le generaba ganancias descomunales, lo que justifican la gravedad particular del perjuicio por mi sufrido y cuya responsabilidad exclusiva recae en el Banco Pichincha C.A.; tanto así que repito llegó a aumentar la deuda en más del 2000% vista desde la primera liquidación y la deuda que no ascendía más de los \$6.000,00 como lo tengo probado con las liquidaciones periciales que estoy agregando a esta demanda.*

*2.3.- Así encontramos: Que, tras que la sentencia nacida de un accionar antijurídico o irregular del Banco Pichincha C.A., ahora en la liquidación de costas se altera la sentencia dictada en el juicio ejecutivo, cuando -Nunca se aplicó la convertibilidad, pues esos \$45.000 USD, por mandato de la ley tenían que ser liquidados en sucres, lo que arrojaba un aproximado de 110.000.000,00 de sucres, que convertidos a dólares exageradamente no pasaban de \$ 8.000 dólares americanos; -La sentencia disponía el pago del Interés de la mora, sin embargo el liquidador, procede a liquidar interés convencional no reclamados ni ordenado en sentencia; -Al respecto ese interés de mora debió tomarse o liquidarse de los 110.000.000,00 de Sucres y no de los \$ 45.000,00 Dólares como erróneamente se lo realizó; -En lo que corresponde al sexto por ciento de Ley (un quebrado), según el art. 456 Código de Comercio, erróneamente el liquidador*

*liquida en cambio es al 6 % y en dólares, cosa distinta a lo que señala la Ley; -Cosa rara los honorarios del abogado del Banco, fueron los únicos regulados y liquidados en sucres, esto es, s/. 10.000.000,00 de sucres, tal como la Ley lo establecía, LO QUE DEMUESTRA QUE TENGO LA RAZON Y QUE FUI PERJUDICADO.*

*2.4.- La primera Liquidación de Costas de fojas 108 y 108 vlta. del proceso, con desagrado y justa indignación señalo que favorece exclusivamente al Banco, dado que es contrario a lo que declara la sentencia ejecutiva ejecutoriada de fs. 99, 100 y 100 vuelta; por lo que incurre en Error de cálculo.*

*2.5.-Muestra de que mi reclamación siempre fue justa, es que, a fs. 181 vuelta del proceso ejecutivo, el Juez de la causa, textualmente señala en providencia: " Es evidente que existe alteración en la liquidación realizada por el señor Liquidador de Costas Ab. José López, que eleva la cantidad total de la obligación practicada... "; y lo ratifica en providencia de fs. 193 vuelta; mientras el Banco a fs. 195 del proceso ejecutivo con su accionar antijurídico con el contenido de sus escritos presiona (intimida) al juez para que revoque lo decretado; y así, hace que esta causa ejecutiva llegue a tener una duración de 21 años 7 meses.*

*2.6.- En cada liquidación practicada por el Liquidador de Costas del cantón Manta, Abg. José Ramón López Zambrano, en vez de corregir y hacer la liquidación en sucres, este liquidador de costas, la aumentaba alterando el valor a pagar favoreciendo al Banco Pichincha y por lo cual dicho Banco enseguida presentaba escritos pidiendo se apruebe cada nuevo aumento del valor a pagar, prueba de las acciones del Banco, es que en el proceso ejecutivo tenemos ( 4 ) liquidaciones de costas por la misma obligación, claro a partir de la observación de la primera son llamadas reliquidaciones (1/4)*

*Si observamos es fácil entender, como con cada nueva reliquidación se incrementaba considerablemente el valor a pagarse por la supuesta deuda, lo que supone que el Banco ha hecho dinero con mi dolor y sufrimiento, con el consecuente PERJUICIO en mi contra.*

*En lo referente, al juicio ejecutivo # 13306-1996-0273, el Banco siempre se opuso a que se reconozca mi derecho, de que se corrija el error de cálculo, cuando incluso la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, dispuso en fallos, "se corrija el error de cálculo", así tenemos el fallo de fecha 25 de Abril del 2014, las 11h44; y, en el fallo dictado con fecha 14 de Julio del 2015, las 14h10; y "que dicha*

*corrección se la haga en aplicación de las normas establecidas en la Ley de Régimen Monetario vigentes en esa época, esto es, a Enero de "1998 refiriéndome a la primera liquidación" .*

*Repito que de la primera a la última liquidación de Costas, por pedidos del Banco, me aumento más del 2.000% el fraudulento pago, porque lógico me hacen pagar USD \$ 120.26.88 cuando la real liquidación supera apenas los USD \$ 6.000, lógico todo esto configura un dolo con el único fin de perjudicarme.*

*3.- Existe más daño material, al privárseme del goce de mis bienes, con lo que se consume un daño irreparable.-*

*El Banco, contaba con hipoteca abierta privilegiada sobre mis bienes (Planta Industrial), como lo es, la hipoteca descrita con el número de protocolo 239, del 2 de agosto de 1990, la que recae sobre mi inmueble (planta industrial) de casi una hectárea 9.948,50 metros cuadrados de superficie de terreno, compuesta de tres galpones industriales de 20x50, más un área de 100x8 metros, ubicada frente a la vía principal, Kilometro 1 Montecristi - Manta, tal como consta en el informe de fs. 118 a 121 del proceso ejecutivo.*

*3.1.- Otra de las circunstancias del daño, son: Que, el Banco en su demanda presentada con fecha 8 de marzo de 1996, pide el embargo de mi propiedad dada en Hipoteca, hecho ordenado en el Auto de Calificación de la demanda dictado fecha 1<sup>o</sup> de Abril de 1996, practicado el embargo se entrega mi inmueble al Depositario Judicial el 12 de abril de 1996, con lo que me obligaron a salir de mi empresa; por otro lado, así mismo posteriormente el Banco pide el avalúo de mi propiedad para el remate, lo que se convirtió en un atentado, a mi patrimonio, un nuevo daño, más tormento, más preocupación, dado que existieron en total cuatro ( 4 ) avalúos de mi inmueble, todos fraudulentos pues no reflejaban la realidad de la inversión y el valor del inmueble, denotando dos hechos que el Banco actuó ilícitamente y que sus hechos injurídicos iban en provecho propio del banco Pichincha C.A., cuando solicita en total 5 avalúos a mi inmueble, para con cada nuevo avalúo bajar el valor de la propiedad para el remate, ocasionándome PERJUICIO en mi contra.*

*3.2.- Cada nuevo avalúo el Banco lo publicaba para el remate con el 50 % de rebaja para la venta forzosa, esta lesión sufrida a mi patrimonio me arruinó económicamente con el consecuente PERJUICIO en mi contra (Ver fs. 300 a 319 primer informe pericial de avalúo de mi inmueble), y de fs. 556 a 558 corre el último informe, con el carácter de*

*cuarto avalúo, lo que paso a detallar:*

- El primer avalúo fue de \$ 1.419.826,80 USD Primer señalamiento*
- El segundo avalúo fue de \$ 869.683,00 USD*
- El tercer avalúo fue de \$765.307,00 USD*
- El cuarto avalúo fue de \$479.665,71 USD*

*Esta última publicación para el remate fue sobre el 50 % del avalúo de mis bienes dado que se trataba de un segundo señalamiento.*

*Esta revelación, origina responsabilidad del Banco Pichincha C.A, por el evidente dolo o grave imprudencia, que me causa perjuicio, cuando mi inmueble con el transcurso de los años sufrió depreciación inexplicable, tanto así que paso a tener un valor simbólico, pues es evidente que el 50 % de \$ 479.665,71 como último avalúo por pedido del Banco paso a tener \$ 239.832,82; Lo que contrasta con el avalúo inicial de mi inmueble que según el juicio ejecutivo que correspondía a \$ 1.419.826,80 dólares americanos, por lo que es indudable el PERJUICIO en mi contra.*

*2.3.- En otro aspecto, es evidente que en los más de dieciséis (16) años que el Depositario Judicial estuvo a cargo de mi inmueble (planta industrial), no pude trabajar o producir, tampoco pude arrendarlo, más se deterioró mi planta industrial, se sacaron las maquinarias, y el Banco no hizo nada al respecto, su afán siempre fue perjudicarme como se observa de las piezas procesales del juicio ejecutivo # 13306-1996-0273.*

*3.- La gravedad y naturaleza del daño moral causado por el hecho ilegítimo, cometido por el Banco y descritos en los numerales anteriores dentro del juicio ejecutivo # 13306-1996-0273, dirigidos por el actor del Juicio ejecutivo hacia mi persona y mis bienes, son de su exclusiva responsabilidad, quienes a su tiempo como Institución Financiera, conocedores del mundo de las finanzas, debieron procurar no perjudicarme, al contrario me ocasionaron un derrumbe económico, cuando lo primero que hicieron fue pasarme a la central de riesgo con una calificación de 97 % de probabilidad de riesgo y según certificación del propio Banco del Pichincha C.A., de fs. 219 del proceso ejecutivo, estos me reportaron a la Superintendencia de Bancos con calificación "E" al 31 de diciembre de 1999. Calificación que equivale a PERDIDA; lo que constituye un proceder irregular del Banco de la referencia cuando dicha institución financiera tenía una hipoteca privilegiada sobre mi planta industrial, con embargo a su favor, es decir abusaron de*

*mí. En este sentido, señalo que dada la situación económica de solvencia del Banco Pichincha C.A., el Banco hizo todo lo quisieron conmigo y mis bienes para perjudicarme.*

*3.1.- Esta actuación irregular del Banco Pichincha C.A., la padecí por más de 21 años 7 meses, tiempo en el cual no pude dedicarme ni un minuto a mi actividad habitual que eran los negocios, terminé perdiendo mi familia, llegue a ser la burla de la colectividad Mantéense, me volvieron pordiosero de la justicia por los atropellos cometidos por el banco de la referencia, lo que afectó mi salud, siendo yo actualmente un discapacitado. La prueba madre de que existió un accionar antijurídico del Banco Pichincha C.A., es que el día 7 de Agosto del 2017, las 11h25, la Jueza Dra. Nilda Sofía Aguinaga Ponce, dentro de la causa ejecutiva de la referencia mediante auto, reconoce el error de cálculo reclamado por 21 años 7 meses, disponiendo me sean entregados ciertos valores míos propios retenidos indebidamente por más de 12 años.*

*4.- Mi condición social antes del daño moral sufrido.-*

*Es decir, antes del 8 de marzo de 1996 en que el Banco del Pichincha me demandará con el juicio ejecutivo # 13306-1996-0273), yo era un Empresario y comerciante prospero, exitoso, solvente, todo lo compraba de contado y eso lo conoce la ciudadanía Mantense y del Ecuador y el mismo Banco, pues mi actividad eran los negocios y la transportación masiva (carga pesada) con tráiler propios comprados antes del año de 1996, tuve la representación de las compañías AGENCIA Y REPRESENTACIONES CARLOS BOWEN y TRANSPORTES DELGADO, con oficinas en esta ciudad de Manta, afiliadas a la Cámara de Comercio de Manta. Los galpones industriales embargados justamente eran parte de la empresa por el tema del almacenamiento para la mercadería que llegaba al puerto de Manta; cuando en el año 1996 el Banco embargo mis bienes, se produjo mi derrumbe económico, dado que mi plan industrial paso a manos o bajo el cuidado y control del depositario judicial, por otro lado, yo para subsistir he venido vendiendo todas y cada una del resto de otras propiedades pequeñas, sucesos que me han provocado angustia, desesperación, incertidumbre y miseria, que han conllevado al deterioro de mi salud, siendo yo a la fecha un hombre enfermo y discapacitado por este agravio y gravamen irreparable cometido en mi contra por iniciativa del Banco.*

*4.1.- La forma con la que el BANCO PICHINCHA intervino con la presentación de la demanda ejecutiva con un Pagaré a la Orden oscuro pues desde los propios números de cedula del supuesto deudor (no son los míos) y la acción antijurídica de la demandada*

*dentro de la sustanciación del proceso ejecutivo de la referencia que duro 21 años 7 meses, me ocasionó un perjuicio pecuniario y un dolor o sufrimiento moral, como lo tengo narrado.*

*4.2.- La señora Jueza de la Unidad Judicial Civil de Manta, Dra. Nilda Sofía Aguinaga Ponce, a cargo del juicio Ejecutivo No 13306-1996-0273, mediante decreto dictado con fecha 7 de agosto de 2017, las 11h25, reconoce el error de cálculo que se ha incurrido en la causa de la referencia, y deja a salvo mi derecho para accionar las reclamaciones inherentes que consideren conveniente en defensa de sus legítimos derechos a consecuencia del error de cálculo establecido.*

*5.- La obligación de indemnizar el daño debe recaer sobre el Banco Pichincha C. A..-*

*El Banco Pichincha C.A., a fs. 1737 del juicio ejecutivo de la referencia, después de haberme hecho litigar por 21 años 7 meses, mediante escrito presentado a la Judicatura, señalan aceptar el decreto de existencia de error de cálculo (de la Jueza de la Unidad Judicial Civil de Manta, Dra. Nilda Sofía Aguinaga Ponce, a cargo del juicio Ejecutivo No 13306-1996-0273, mediante decreto dictado con fecha 7 de agosto de 2017, las 11h25). El Banco Pichincha exalta (felicitita) a la Jueza, por su decreto y por devolverme un valor aproximadamente de\$ 50.000,00; pero ya el daño causado es irreversible. Esto demuestra claramente el hecho antijurídico del Banco Pichincha C.A., siendo grave, preciso y concordante.*

*Nuestra legislación Ecuatoriana, nos enseña que el daño moral debe tenerse por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica. Son estos los fundamentos de hecho válidos para deducir la presente acción, cuando me vi obligado a pagar dentro del juicio ejecutivo # 13306-1996-0273 una deuda el 6 de mayo del año 2006 fundada en una "reliquidación de costas" que siempre estuvo al margen de la ley, en todo sentido, como lo tengo demostrado. En esencia, está probado en autos que el Banco Pichincha C.A., ilícitamente retuvo mi propio dinero por más de 12 años, desde que pagué, beneficiándose de mi dinero, enriqueciéndose con mi dinero a mi costa, es una muestra más del daño y el perjuicio que se me ocasionó.*

*Estos hechos acreditan el hecho objetivo, la lesión o violación de un bien jurídico, mediante la acción antijurídica y existe la determinación del sujeto actuante.*

*6.- Establecido el vínculo entre el hecho antijurídico que es la causa del daño, con éste que es su consecuencia, es necesario hacer en esta demanda una evaluación*

*económica del perjuicio sufrido: 1).- Uno de los daños, se da cuando me obligaron a cancelar indebidamente 120.028.88 dólares americanos, en el juicio ejecutivo, cuando la supuesta deuda no superaba ni siquiera los \$ 8.000 como lo tengo probado en autos, quedando un saldo a mi favor de \$ 112.000,00 Dólares americanos pendiente por devolverse de parte del Banco, si sumamos intereses legales a este capital ahora en Banco tendría que devolverme \$ 250.000. 2).- Otro daño, se da cuando mi planta industrial estuvo embargada y entregada al depositario judicial por pedido del Banco Pichincha C.A., por 16 años tal como consta a fs. 19 del proceso, con acta de embargo dictada con fecha 12 de abril del año de 1996, desde aquella fecha me obligaron a abandonar mi empresa, por lo que, la planta comenzó a deteriorarse, lógico no producía, no generaba renta, sólo este hecho se trasluce en un perjuicio en \$. 1 008.000,00 dólares americanos, por los 21 años que estuvo embargada por el Banco Pichincha C.A. que he dejado de percibir dado que solo para el caso de un arriendo normal mínimo de una planta industrial en ese sector frente a la vía principal Montecristi - Manta, no deja de costar \$ 4.000 mensuales, conocido como lucro cesante; 3.- El daño emergente padecido, cuando mi planta industrial en el primer avalúo oscilaba en \$ 1.420.000 dólares americanos, lo pusieron en \$ 239.000 que corresponde al 50 % del último avalúo para el remate, es decir, fui sujeto de un derrumbe económico por parte del Banco, lo que se trasluce en un perjuicio económico, cuando fue tanta la maldad del Banco que mi planta industrial lo depreciaron para poderse llevar el Banco, pues no tiene otra explicación lógica que un inmueble vaya a la baja con el transcurso de los años, en cambio, lo que sí es evidente que el Banco Pichincha C.A., estaba haciendo un gran negocio con mi patrimonio; Tres, Toda esa descarga de ofensas y burlas sufridas dentro del juicio ejecutivo # 13306-1996-0273 lesionó mis sentimientos al afectar mis valores espirituales, mi personalidad, que se trasluce en daño moral, magnitud del daño que no tiene cuantificación cuando por 21 años 7 meses dentro del juicio ejecutivo he tenido que defender mis derechos conculcados, lo que me produjo preocupación, estrés, ansiedad que llegaron a afectar mi salud, pues padezco de diabetes, inyectándome a diario insulina, sufro de problemas renales crónicos predialisis, tengo problemas cardiacos, y estoy casi ciego (por pérdida de la visión), siendo actualmente desde el año de 2014 según credencial del CONADIS un discapacitado de doble vulnerabilidad en un 90 %.*

**LA PRETENSIÓN CLARA Y PRECISA QUE SE EXIGE:**

*PETICION.- En vista de los argumentos esgrimidos y la magnitud de los perjuicios ocasionados, solicito a usted señor (a) Juez (a) de la Unidad Judicial Civil de esta Ciudad de Manta, para que una vez calificada y admitida a trámite esta demanda por DAÑO MORAL, amparado en lo estipulado en el TITULO XXXIII, en sus Art. 2232, 2233, 2234 y siguientes del Código Civil vigente, en concordancia con el Art. 289 del Código Orgánico General de Procesos, demando en juicio de PROCEDIMIENTO ORDINARIO, acción de daño moral, que comporta a la vez un daño material, como ocurre en el presente caso, cuando el mismo hecho concomitante lesivo de daño causado por el Banco Pichincha C.A., en su intervención o hecho antijurídico ejecutado dentro del juicio ejecutivo # 13306-1996-0273 me produjo un perjuicio pecuniario y un dolor o sufrimiento moral, para que en sentencia el BANCO PICHINCHA C.A., sea condenado al pago de la suma de USD \$ 300.000,00, dado su situación económica de liquidez, por daños y perjuicios ocasionados a mi persona, además reclamo el pago de costas y honorarios profesionales de mi abogado patrocinador que me he visto obligada a contratar para deducir esta acción.(1/4)° (Sic).*

**4.2)** El demandado Banco Pichincha C.A., representado legalmente por el doctor Lino Ernesto Romero Ganchozo, contesta a la demanda, planteando las siguientes excepciones:

*<sup>a</sup> (1/4) EXCEPCIONES.- (1/4)*

*8.1.- EXCEPCIONES PREVIAS:*

*8.1.1.-PRESCRIPCIÓN.*

*Dentro de la presente causa la parte accionada en su escrito de demanda, sin manifestar específicamente cual fue el hecho antijurídico que el Banco realizó con el fin de causarle un daño, procede a relatar de mala fe un sin número de hechos inconexos, los cuales se refieren a las etapas procesales del juicio ejecutivo No. 13306-1996-0273 que el Banco inició en su calidad de acreedor con la pretensión legítima de recuperar los valores adeudados por el accionante; por consiguiente, a través de un juicio de razonamiento y utilizando los principios de la lógica, deduzco que los hechos que presuntamente aduce el actor de esta causa, le han causado un daño a sus derechos extrapatrimoniales provienen del inicio de la acción legal que propuso el Banco, es decir que la parte accionante imputa el inicio de las acciones legales seguidas por el Banco como el hecho*



*causante de su angustia, malestar y aflicción, o por lo menos en el libelo de esta causa así lo señala, al manifestar textualmente: "Lo que comprueba que el Banco actuó ilícitamente, demandó mal, con dolo o grave imprudencia cuya irresponsabilidad me causó un perjuicio".*

*Con este antecedente, resulta relevante señalar que el hecho al cual la parte accionante imputa como la acción que ha causado lesión a sus derechos extrapatrimoniales data del año 1996, fecha en la que se dio inicio al Juicio Ejecutivo No. 133306-1996-0273, por lo tanto dicha acción en la actualidad se encuentra prescrita, ya que como lo establece el Código Civil en su artículo 2235: "Las acciones que concede este Título por daño o dolo prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto", además considerando que el referido cuerpo legal define, en su artículo 2392, a la prescripción como un modo de extinguir las acciones y derechos ajenos cuando estos no se hubieren ejercido durante cierto tiempo, esta infundada demanda resulta tan absurda hasta el punto de pretender iniciar una acción por daño moral bajo el presupuesto de un acto acontecido hace 22 años atrás y que de conformidad a la norma invocada claramente se encuentra prescrito.*

#### **8.1.2.- COSA JUZGADA.**

*El art. 76 numeral 7 literal i de la Constitución de la República establece lo siguiente: "Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia". Así mismo el art. 101 del Código General de Procesos dispone "La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables con respecto a las partes que intervinieron en el proceso o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia, no podrá seguirse nuevo proceso cuando en los dos procesos hay tanto identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes; como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, o se funde en la misma causa". En las copias certificadas que estoy adjuntando a la demanda y que se anuncian como prueba, se incluyen 19 copias certificadas que corresponden al juicio ordinario # 1789-98 que por Daño Moral propuso el Ab. Carlos Enrique Bowen Delgado y la Ec. Felisa Mercedes Brito Delgado en contra del Banco Pichincha C.A., en estas copias constan las sentencias dictadas por el Juez de primer nivel y por la Corte Provincial de Justicia de Manabí, (denominación anterior, dicha sentencia se encuentra ejecutoriada) dictada el 29 de Agosto del 2005, desprendiéndose de esta documentación, que existe identidad subjetiva y objetiva entre el juicio en referencia y el actual al tener como actor al mismo Ab. Carlos Enrique Bowen Delgado y como demandado al Banco Pichincha C.A., por un mismo hecho en los*

*dos procesos, esto es por un supuesto daño moral.*

*Sobre la cosa juzgada, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, (denominación anterior) en la sentencia publicada en la Gaceta Judicial, Serie XVII, No. 8, Página 2295 (Quito, 17 de abril de 2002), hace un razonamiento respecto a la cosa juzgada en los siguientes términos: "Según Couture, la cosa juzgada es la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existe contra ella medios de impugnación que permitan modificarla. Es una forma de autoridad, porque es calidad o atributo propio del fallo que emana de un órgano jurisdiccional cuando ha adquirido carácter definitivo, y una medida de eficacia, porque se traduce en la impugnabilidad, la inmutabilidad y la coercibilidad. En razón de la primera la ley impide todo ataque posterior tendiente a obtener la revisión de la sentencia que ha definido un conflicto de intereses; por razón de la inmutabilidad, ni el mismo Juez que la ha emitido, ni otro distinto, pueden modificarla de oficio o a petición de parte, y por razón de la coercibilidad, la sentencia puede ser ejecutada forzosamente, si la parte no lo hace en forma voluntaria. La cosa juzgada es una de las bases de la seguridad jurídica, porque a través de esta institución se elimina la incertidumbre frente a los litigios°; concluyendo la Sala en la sentencia de la siguiente manera: "al demandado le correspondía la prueba de su alegación de que sobre los mismos hechos juzgados por la Primera Sala de la Corte Superior de Quito, en la sentencia recorrida fue juzgado anteriormente, mediante sentencia ejecutoriada, por la Quinta Sala de la misma Corte Superior; es decir, que entre las sentencia pronunciadas por estas dos Salas existe tanto identidad subjetiva como objetiva, entre otras palabras, que la sentencia pronunciada por la Quinta Sala de la Corte Superior de Quito tiene autoridad de cosa juzgada y, por ende, es inimpugnable e inmutable, con efectos vinculantes para un juez futuro y las partes o sus sucesores en el derecho; ya que sobre el bien jurídico determinado reconocido en dicha sentencia no podía discutirse ni menos dictarse un nuevo fallo.- Ahora bien, la prueba pertinente para el objeto era la copia certificada de esa sentencia, dictada por la Quinta Sala de la Corte Superior de Quito, que debía pedirse, presentarse y practicarse en el término de prueba°. En el caso que nos ocupa se ha adjuntado copia certificada de la sentencia, y otras piezas procesales que corresponden al juicio ordinario 1789-98 con lo que se justifica la existencia de la cosa juzgada al existir identidad subjetiva y objetiva, entre los dos procesos propuestos por Carlos Bowen Delgado en contra del Banco Pichincha C.A., me refiero a los juicios ordinarios por Daño Moral No. 1789-98y 13337-2018-00016, por cuyo motivo alego de manera expresa como excepción previa cosa juzgada con soporte en lo que señala el art. 153 del COGEP.° (Sic)*

Asimismo, El Banco Pichincha C.A., entidad demandada, contesta la demanda, en el siguiente sentido:

*<sup>a</sup> (1/4) SEGUNDO: PRONUNCIAMIENTO EXPRESO SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA PARTE ACTORA:*

*2.1.- EL BANCO PICHINCHA C.A. DE MANERA FRONTAL Y CATEGÓRICA NIEGA CADA UNA DE LAS AFIRMACIONES TENDENCIOSAS REALIZADAS POR EL ACTOR DE ESTE PROCESO, ENTRE LAS QUE TENEMOS LAS SIGUIENTES:*

*En el numeral 1.- En la parte pertinente dice <sup>a</sup> "... El Banco Pichincha C.A., Institución Financiera, deduce acción ejecutiva juicio seguido en mi contra y la de mi ex cónyuge; demanda ejecutiva fundada en un pagaré a la orden por \$.45.000 USD. Cambiaría que está viciado de nulidad, pues los números de mi cédula puestas en dicha cambiaria no me corresponden".*

*En el numeral 1. 2.- En la parte pertinente dice "... Respecto a esta supuesta obligación, citado yo con el juicio ejecutivo de la referencia señalé que yo jamás me obligué para con el Banco Pichincha, por eso lo enfrente y realicé innumerables acciones legales y constitucionales como el habeas data...*

*En el numeral 1.3.- literal c).- En la parte pertinente dice: esto fue el detonante para dejar yo de un lado mis negocios y únicamente dedicarme a defenderme del agresor Banco y con lo que se iniciaron mis preocupaciones, angustia, ansiedad, padecimientos que con el pasar del tiempo comenzaron a alterar mi normal desenvolvimiento emotivo que terminaron destruyendo mi entorno familiar y social, hasta quebrantar mi salud, al obligármese desde un primer inicio a pagar una deuda inexistente.*

*Estos hechos acreditan el hecho objetivo, la lesión o violación de un bien jurídico, mediante la acción antijurídica, hecho en forma intencional por el Banco, cuyo proceder me causaron lesiones de mis sentimientos y consecuentemente un perjuicio".*

*Las afirmaciones del actor que textualmente han sido copiadas, insinúan que el actuar del Banco ha sido doloso buscando hacerle un daño, situación que no se puede aceptar y que la rechazo, por cuanto el Banco Pichincha C.A. nunca encamina su actuar negativamente en contra de sus clientes, por el contrario el Banco se caracteriza por*

*brindar el mejor servicio dentro de los parámetros y la normativa constitucional y legal que regula la actividad bancaria. No existe espacio ni cabida para el dolo o para actuaciones dolosas ni del Banco ni de sus funcionarios. Lo afirmado por el actor contrasta con la realidad de lo ocurrido a lo largo de todos los procesos a los que ha tenido que enfrentar el Banco, como consecuencia de acciones legales iniciadas por el actor de esta causa y su cónyuge, los mismos que en un evidente abuso del derecho han planteado toda clase de juicios conforme lo demostraré en el trámite de la causa, inclusive a este juicio de daño moral le antecedió un juicio colusorio, lo que seguro estoy le ha permitido a usted señor Juez conocer la dimensión de la persecución de la que ha sido objeto el Banco Pichincha por parte del accionante y su cónyuge.*

*Respecto al desconocimiento de la deuda de \$.45.000 USO que consta en el pagaré N<sup>o</sup> 06023/951pi, cuyo cobro fue demandado en el juicio ejecutivo 13306-1996-0273, este hecho se desvanece con la propia prueba aportada por el accionante, me refiero a las copias certificadas del juicio 13306-1996-0273, proceso en el que al contestar la demanda en ninguna de sus partes desconoce la obligación, por el contrario, acepta que mantiene una deuda con el Banco Pichincha y que ha propuesto un juicio de suspensión temporal de pago con soporte en art. 1012 del Código de Comercio, escrito de excepciones que fue ratificado en la Junta de Conciliación y en los escritos de prueba presentado. Es de señalar que el juicio de suspensión de pago en efecto existió y que tiene su origen en una demanda propuesta el 27 de Julio de 1994, fecha en la que el Ab. Carlos Bowen Delgado, aparentemente honraba sus deudas al señalar en el numeral dos de dicha demanda lo siguiente: " los nombres de mi acreedor son Banco del Pichincha Sucursal Manta, representado en la persona de su Gerente Dr. Osear Becerras Guarderas, institución que debo \$.45.000 Dólares Americanos y s/. 14000.00010 0 1 de acuerdo a documentos suscritos, existiendo un contrato de hipoteca abierta garantizando el crédito dado por el Banco del Pichincha, deuda que se vence impostergablemente el día 27 de Julio de 1994. ... ." (La negrita y el subrayado me pertenece.) El 19 de Junio de 1996 en el mismo juicio ejecutivo 13306-1996-0273, el Ab. Carlos Bowen Delgado, presenta un escrito de prueba en el que en el ordinal segundo textualmente dice lo siguiente: "SOLICITO que se oficie al señor Gerente del Banco Central del Ecuador .- Sucursal en la ciudad de Manta, para que remita a la judicatura, copia certificada del boletín de las tasas de intereses que regía en el mes de Junio de 1995, fecha en que se suscribió el PAGARE por CUARENTA Y CINCO MIL DOLARES..." (la negrita y el subrayado me pertenece.)*

*La Corte Constitucional del Ecuador con fecha 02 de marzo del 2016 emitió la sentencia dentro de una acción de incumplimiento propuesta por Carlos Enrique Bowen Delgado, sentencia en la que en la parte pertinente que copio textualmente señala: " Como elementos que demuestran el cumplimiento de la resolución dictada el 24 de febrero de 1999, el Banco Pichincha C.A. ha presentado principalmente los pagarés suscritos por el accionante a favor del Banco, mismos que se encontraban destinados asegurar un crédito por 45.000 USO y un crédito por 8000.000,00 de sucres; las comunicaciones dirigidas al Banco el 25 de septiembre de 1997 y el 13 de mayo de 1998, que constituyen comunicaciones en las que el señor Bowen solicita, le sean condonados los intereses de mora del último año y las costas respecto de un préstamo que afirma tener con el Banco, éstas comunicaciones si bien no constituyen precisamente los documentos bancarios solicitados en el hábeas data, los mismos constituyen la aceptación del accionante de poseer obligaciones pendientes con el Banco Pichincha C.A., memorándum de renovación del 29 de Noviembre de 1994 suscrito por el señor Bowen en el que solicita al gerente la renovación del préstamo N.0 004/94 con fecha de vencimiento, julio 25 de 1994, cuyo valor era de 45.000USD, el mismo que fue autorizado por el Banco del Pichincha : finalmente del comprobante de transferencia de cuentas contables, con fecha 25 de enero de 1994, en el cual consta la transferencia de 45.000 USO, a la cuenta corriente N° 1403184-3 perteneciente al señor Carlos Bowen. ... ." (la negrita y el subrayado me pertenece). La documentación antes referida puede entenderse que encuadra dentro de lo exigido por la resolución del 24 de febrero de 1999 en su numeral 5 relativo a "... documentos sustentatorios que respalda cada crédito que se nos haya concedido desde Agosto de 1991".*

*Como verá señor Juez, el objetivo de la defensa del Banco Pichincha C.A. es que a través de este escrito con el que se contesta la demanda, ingrese al proceso la información que de manera intencionada ha omitido la parte accionante para aparecer como supuesta víctima, con el propósito de sorprender a su autoridad para conseguir a título de reparación pecuniaria, lucrar vergonzosamente de la institución demandada, bajo el trillado y abusado pretexto de la acción de daño moral, que en este caso de ninguna manera se configura, conforme se va demostrando con la información que estamos proporcionando y que por el momento hace referencia al otorgamiento de créditos otorgados legalmente por el Banco Pichincha a favor del Ab. Carlos Bowen Delgado, los que en el pasado como ha quedado demostrado fueron aceptados por el referido ciudadano y que ahora en su desesperación por convertirse en víctima para lucrar del Banco, desconoce la existencia de dichas obligaciones, e inclusive llega al*

*extremo de señalar que no ha firmado el pagaré que dio origen al juicio ejecutivo 13306-1996-0273, contradiciendo la aceptación que reitero en el pasado hizo respecto a la suscripción del pagaré y por consiguiente a la deuda adquirida con el Banco Pichincha C.A..*

*2.2.- EN LA DEMANDA EL ACTOR SIGUIENDO LA MISMA LÍNEA DE CONDUCTA ME REFIERO A LAS AFIRMACIONES TENDENCIOSAS, EN EL NUMERAL DOS ACUSA AL BANCO, DE PROVOCARLE LESIÓN A SUS BIENES PATRIMONIALES, AFIRMACIONES ENTRE LAS QUE RESALTAN LAS SIGUIENTES:*

*"Llega la etapa de la ejecución de la sentencia, ahora el Banco Pichincha C.A., como institución financiera con su accionar antijurídico me ocasiona un daño patrimonial, cuando el liquidador de costas del Cantón a cargo del Ab. José Ramón López Zambrano, presenta la primera liquidación al juzgado, plagada de errores, cuando saltaba a simple vista lo incongruente entre la sentencia dictada y lo liquidado, (Ver fs. 110), de nada sirvió mis observación e impugnación, dado que el Banco con desesperación y apurado exigía que se apruebe esta aberrante liquidación".*

*..." Es evidente que el Banco en su anhelo de cobrar, nunca observó que se estaba lesionando otro bien jurídico, el mío con lo que se demuestra que el Banco Pichincha C.A., estaba consciente de la irregularidad cometida".*

*El Abogado Carlos Bowen Delgado de forma temeraria a lo largo de estos años ha venido acusando al Banco, de ser el responsable de las actuaciones de los operadores de justicia que intervinieron en el trámite del juicio ejecutivo 13306- 1996-0273, actuaciones con las que no está de acuerdo por cuyo motivo ha planteado EN DOS OCASIONES JUICIOS COLUSORIOS EN CONTRA DEL BANCO PICHINCHA Y LOS OPERADORES DE JUSTICIA, procesos en los que el Banco ha demostrado que la demanda que propuso y que dio origen al juicio 13306-1996-0273, estuvo encaminada a ejercer su legítimo derecho como acreedor a cobrar una obligación, tal como lo señala la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, en la sentencia dictada en dicho juicio colusorio, el 21 de Junio del 2009, al manifestar en el considerando octavo lo siguiente: "OCTAVO: Es de observar también que el acreedor Banco Pichincha C.A. ejerció las acciones que le confiere la ley para cobrar su crédito hipotecario y por lo cual, tenía un derecho legítimo en el predio materia de la hipoteca y para hacerlo efectivo acudió ante el Juez competente para que de acuerdo con el art. 75 de la Constitución de la República, le otorgue la respectiva tutela jurídica en su derecho*

frente la intervención de los deudores demandados que durante todo el procedimiento han ejercido el derecho a la defensa y contradicción conforme lo garantiza la Constitución Política anterior en el art.194 y actualmente en el art.168 de la Constitución de la República; por lo que quien ejerce un derecho legítimo no tiene necesidad de ponerse a pactar fraudulentamente con otras personas para hacerlo efectivo, ya que es obligación jurídica constitucional y procesal de todo Juez otorgar la tutela jurídica de los derechos reclamados, haciéndoles efectivos de acuerdo con lo que dispone la ley... ". En el otro proceso colusorio propuesto en contra del Banco Pichincha C.A., del Abogado Plácido Isaías Mendoza Loor, Juez de la Unidad Judicial Civil de Manta y del Econ. Carlos Manuel Plaza Hernández, perito liquidador, procesos signados con el número 13337-2016- 00773, el Ab Carlos Enrique Bowen Delgado y la Ec. Mercedes Felisa Brito Delgado, acusaba al Banco y a los otros demandados de haber actuado fraudulentamente, lo que jamás pudo probar, por cuyo motivo se declaró sin lugar la demanda, señalando en el considerando Noveno de la sentencia en la parte pertinente lo siguiente: "... En la presente causa las providencias dictadas o emitidas por el señor Juez Ab. Plácido Isaías Mendoza Loor, no contravienen norma legal alguna o se ha adecuado su conducta en un pacto fraudulento o se han coludido para causar perjuicio a los accionantes, no habiéndose justificado que en las providencias dictadas por el indicado Juez, se haya configurado lo que disponen los arts. 1478,1698 y 1699 del Código Civil para que constituya una violación a las normas indicadas, un acto doloso, cometido para perjudicar a los actores... ". A su vez en el considerando décimo de la sentencia el pronunciamiento fue el siguiente: "DECIMO.- De todo lo expuesto se puede colegir, que la actitud de los demandados no conduce a probar ningún accionar doloso, pues, los accionantes no han comprobado el procedimiento doloso en el actuar de los accionados; no han probado que exista un acuerdo de voluntades entre los señores Plácido Isaías Loor, Banco Pichincha C.A. y el Ec. Carlos Manuel Plaza Hernández, del supuesto acto colusorio que dicen haberles perjudicado; la actuación de los demandados, que a la luz de la prueba presentada. No se adecúa a una actuación dolosa. Cuando se activa esta vía de la acción colusoria para que se resuelva un conflicto, lo que interesa comprobar es el acuerdo doloso al que han llegado los partícipes del mismo, acuerdo que debe tender a despojar de algún derecho sobre un bien inmueble a una tercera persona, cuestión que no ha sido comprobada por los actores mediante ningún medio". (la negrilla y lo subrayado me pertenece). El proceso colusorio materia de la parte pertinente de la sentencia que ha sido transcrita, se encuentra concluido, al no haber apelado de la sentencia dictada en primera

*instancia por su autoridad, apelación que no realizó el actor Ab. Carlos Bowen Delgado, presumo porque se encontraba consiente que la demanda no tenía ningún sustento como se demostró en el trámite de la causa.*

*Como verá señor Juez, el Banco Pichincha C.A. en el juicio ejecutivo 13306- 1996-0273, solo actuó en defensa de sus intereses acudiendo a la administración de justicia para que le tutelén de manera efectiva sus derechos e intereses como lo consagra la Constitución de la República y el Código Orgánico de la Función Judicial; siempre acató las resoluciones emitidas por los jueces a cargo del trámite del proceso, en lo que se incluye la orden emitida por el Juez de devolver \$. 49.598,11 dólares; al haberse establecido un error de cálculo en la liquidación presentada por uno de los peritos, decisión con la que el Banco no estuvo de acuerdo, pero que la aceptó por ser respetuoso de las decisiones emanadas de los operadores de justicia; ocurriendo todo lo contrario con el Ab. Carlos Enrique Bowen Delgado, quien no solo que planteó acciones judiciales en contra del Banco Pichincha C.A. y de los operadores de justicia, sino que también presentó una queja en el Consejo de la Judicatura en contra de los funcionarios judiciales, que dió origen al expediente de investigación N° 002-10-CEG, en el que el órgano disciplinario del Consejo de la Judicatura en una de sus recomendaciones señaló: " En relación al Ab. Carlos Enrique Bowen Delgado, que en su denuncia utiliza permanentemente la diatriba y el insulto en contra de los servidores judiciales, se le deberá aplicar la disposición del art. 337 numeral 5 del Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con el Art. 338 del mismo cuerpo legal". Estas normas legales que recomienda el órgano de control de la Función Judicial se apliquen al Ab. Carlos Bowen Delgado, tienen que ver con la suspensión del ejercicio profesional, por mantener un procedimiento reiterado de injuria, cosa que en efecto ha sucedido no solo en contra de funcionarios judiciales, sino también en contra del Banco del Pichincha C.A.*

**2.3.- EL AB. CARLOS BOWEN DELGADO, EN SU DEMANDA TAMBIÉN HACE LA SIGUIENTE AFIRMACIÓN: RESPECTO A SU CONDICIÓN SOCIAL ANTES DEL SUPUESTO DAÑO MORAL SUFRIDO EN LOS SIGUIENTES TÉRMINOS:**

*"... Es decir, antes del 08 de marzo de 1996 en que el Banco del Pichincha me demandara con el juicio ejecutivo # 13306-1996-0273, yo era un empresario y comerciante prospero, exitoso, solvente, todo lo compraba de contado y eso lo conoce la ciudadanía mantense y del Ecuador y el mismo Banco, pues mi actividad eran los negocios y la transportación masiva (carga pesada) con tráiler propios comprados antes del año 1996, tuve la representación de las compañías Agencias y Representaciones*



*Carlos Bowen y transportes Delgado, con oficinas esta ciudad de Manta afiliadas a la Cámara de Comercio de Manta. Los galpones industriales embargados justamente eran parte de la empresa por el tema del almacenamiento para la mercadería que llegaba al Puerto de Manta, cuando en el año 1996, el Banco embargó mis bienes, se produjo mi derrumbe económico dado que mi planta industrial paso a manos o bajo el cuidado y control del depositario Judicial, por otro lado, yo para subsistir he venido vendiendo todas y cada una del resto de otras propiedades pequeñas, sucesos que me han provocado angustia, desesperación incertidumbre y miseria, que han conllevado al deterioro de mi salud, siendo yo a la fecha un hombre enfermo y discapacitado, por este agravio y gravamen irreparable, cometido en mi contra por iniciativa del Banco"....*

*De lo transcrito señor Juez, se vuelve a evidenciar la intención de sorprender a su autoridad con afirmaciones absolutamente falsas por cuyo motivo las he tildado de tendenciosas, ya que es falso de falsedad absoluta que sea como consecuencia de la acción iniciada por el Banco para el cobro de la obligación, lo que le haya provocado los problemas económicos que el aduce; lamentablemente el Abogado Carlos Bowen Delgado, no pone en el universo del proceso las verdaderas causas que le causaron sus problemas económicos si es que en efecto gozaba de una buena posición económica, no dice que estuvo sindicado en un juicio penal por tráfico de estupefacientes instaurado en el juzgado Octavo de lo Penal de Manabí en el que con fecha 1 de Septiembre de 1993 se dictó prohibición de enajenar bienes por parte del juez a cargo de la causa, según certificado emitido el 22 de Diciembre del 1993 por la Ab. Greta Delgado de Rodríguez, Registradora de la Propiedad del Cantón Montecristí. No dice el Ab. Carlos Bowen Delgado, que el juez de Coactiva del Municipio de Montecristi dispuso con fecha 31 de Mayo del 1991, la prohibición de enajenar sus bienes, conforme consta en el mismo certificado. No dice el Ab. Carlos Bowen Delgado, que dentro del juicio instaurado en el Juzgado Octavo de lo Penal de Manabí, con fecha 9 de Noviembre de 1998 el Ab. Jorge Isaac Guillen Murillo Jefe Zonal CONSEP Manabí, le hizo conocer al Ab. Stalin Villacis Chávez Juez Sexto de lo Civil de Manabí, que el bien hipotecado a favor del Banco Pichincha se encontraba incautado en el juicio 85/93 del operativo Costa y le hace conocer, con otro oficio de fecha 24 de Febrero de 1999, en la parte pertinente lo siguiente: "..En atención a la publicación, aparecida en uno de los Diarios escritos que circulan en la provincia en relación al aviso de remate, del bien inmueble de propiedad del Abg. Carlos Enrique Bowen Delgado, ubicado en el Km 11 de la carretera Montecristi -Manta, me permito reiterar a usted la necesidad de aplicar la ley 108, sobre Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, la misma que como debe ser de*

*su conocimiento tiene el carácter de especial y que en su Art. 2 inciso 2do. Determina "Las instituciones dependencias y Servidores del Sector Público y las personas Naturales o Jurídicas del sector privado están obligadas a suministrar la información y a prestar colaboración que determina esta Ley o que establezca las autoridades a las que compete esta aplicación".*

*Es el caso Sr. Juez, que el antes mencionado bien se encuentra incautado en el juicio 85/9, del "Operativo Costa" en el Juzgado Octavo de lo Penal de Manabí por lo que está a órdenes de esta institución, razón por lo que agradeceré considerar esta situación legal, a fin de evitar futuros contratiempos, toda vez que el bien no puede ser objeto de ninguna transacción hasta que el Sr. Juez competente no disponga lo conveniente".*

*Este hecho, -me refiero al juicio por Tráfico de Estupefacientes-, en el que uno de los sindicados fue el Ab. Carlos Bowen Delgado, y la incautación del bien inmueble por parte del CONSEP, fue materia de análisis por parte de los jueces de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Manabí, que emitieron sentencia dentro del juicio ordinario 1789-98, que por daño moral siguió el abogado Carlos Bowen Delgado, sentencia en la que en el considerando QUINTO señalan lo siguiente: "Para cuantificar con base a la libre discrecionalidad y albedrío del juzgador el monto de indemnizaciones, es menester observar que la situación económica del actor que produjo una supuesta quiebra económica, el derrumbe de sus negocios, sus cierres de cuentas, etc, no es producto exclusivo de esta negligencia en forma total, ya que existieron otros factores detonantes para llevarlo a tal situación como; el propio oficio del CONSEP, el sobreseimiento provisional del 6 de Diciembre de 1994 de un caso de tráfico de estupefaciente ( fojas 169 a 174) que mantuvo al actor en una difícil situación de credibilidad en cuanto a su capacidad económica y su solvencia esto, en un período de varios años hasta lograr el sobreseimiento definitivo que lo alcanza el 1 de diciembre de 1998( fs. 165) o sea la obligación extracontractual producida por el juicio de insolvencia, no genera una reacción económica general causa efecto con los daños causados productos de negligencia al haberse publicado sin tomar o anexarse al proceso ejecutivo iniciado primeramente por el mismo actor Banco del Pichincha y contra el mismo usuario demandado Ab. Bowen quien tenía garantías reales de mucho valor para responder en un remate, que desde luego fue suspendido por orden del CONSEP, pero muy posteriormente a la declaratoria. Nadie duda de la capacidad económica que tuvo el actor, pero tampoco se puede cuantificar su descalabro financiero en el hecho indicado, sencillamente, sus bienes fueron por el producto del proceso penal que sufrió, puesto*

*mucho antes en detrimento en cuanto a su patrimonio". ( La negrilla me pertenece).*

*El análisis hecho por la Sala de lo Civil me inhibe de cualquier comentario respecto a la verdadera causa por la que se vio afectado su patrimonio, si es que aquello sucedió, porque todo lo que dice el Abogado Carlos Bowen Delgado genera duda por la facilidad con la que hace afirmaciones que resultan ser falsas y por lo tanto tendenciosas como lo he dejado señalado.*

*En virtud de lo expuesto, sigo insistiendo que rechazo la demanda al carecer de *sindéresis* jurídica, ya que la misma ha sido conceptualizada en base a exageraciones y falsas imputaciones respecto al accionar del Banco, al pretender hacerlas aparecer como dolosas, con la única finalidad de ubicarse como víctima del Banco Pichincha, lo que no puedo aceptar bajo ninguna consideración fáctica ni jurídica, razón por la que las rechazo de manera categórica. (1/4)<sup>o</sup>.(Sic)*

**4.3)** Desarrollado el proceso, llevadas a efecto, las audiencias correspondientes, el abogado Holger Antonio Rodríguez Andrade, Juez de la Unidad Judicial Civil con sede en cantón Manta, emite su sentencia declarando con lugar la demanda, la misma que es reducida a escrito el lunes 25 de febrero de 2019, las 16h26, en el siguiente contexto:

*<sup>a</sup> (1/4) ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA<sup>o</sup> acepta la demanda propuesta por el ciudadano Carlos Enrique Bowen Delgado, por lo que de conformidad a la facultad conferida por el inciso final del Art. 2232 del Código Civil, fijo como resarcimiento o indemnización pecuniaria, a título de reparación del daño moral y material causado en DOS MILLONES DE DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (USD \$ 2.000.000,00) que deberá pagar el Banco Pichincha C.A., con Registro Único de Contribuyente No. 1790010937001 a través de la persona natural que legalmente le represente al momento del pago al ciudadano CARLOS ENRIQUE BOWEN DELGADO, titular de la cédula de ciudadanía No. 1301428098. En USD \$ 50.000,00 dólares de los Estados Unidos de América, se regulan los honorarios profesionales de los abogados de la defensa del actor del presente proceso, distribuidos en USD \$ 10.000,00 para el abogado Víctor I. Alcívar Rosado, y USD \$ 40.000,00 para el Abogado Wilson Odilón Gómez Salcedo que fue el*

*profesional que ha actuado en las audiencias llevadas a efecto dentro del presente proceso. 9. PROCEDENCIA O NO DEL PAGO DE INDEMNIZACIONES, INTERESES Y COSTAS.- No ha lugar al pago de costas, dado que no se cumple con lo establecido en el artículo 284 y 286 del Código Orgánico General de Procesos.(¼)° (Sic)*

**4.4)** Frente al recurso de apelación interpuesto por el demandado, doctor Santiago Palacios Cisneros, Procurador Judicial de Banco Pichincha C.A., el Tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, en sentencia de fecha 3 de diciembre del 2019, las 09h24, acepta parcialmente el recurso de apelación y reforma la sentencia del Juez *a quo*, al siguiente tenor:

*° (¼)ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO Y POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS LEYES DE LA REPUBLICA°, Acepta parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada, reformando la sentencia venida en grado que declara con lugar la demanda, reformándola en cuanto al monto y honorarios mandados a pagar, en aplicación al contenido del inciso final del Art. 2232 del Código Civil, fijándose la indemnización pecuniaria a título de reparación la cantidad de NOVENTA MIL DOLARES AMERICANOS, que deberá pagar el BANCO PICHINCHA C.A., al actor señor CARLOS ENRIQUE BOWEN DELGADO. En la cantidad de CINCO MIL DOLARES AMERICANOS (\$5.000,00), se regulan los honorarios profesionales de los abogados de la defensa del actor, distribuidos en Mil dólares americanos (\$1.000,00) para el Ab. Víctor Alcívar Rosado y Cuatro Mil dólares americanos (\$4.000,00) para el Ab. Wilson Odilón Gómez Salcedo. Sin costas.° (Sic)*

**4.5)** Inconformes con la sentencia dictada por el Tribunal *ad quem*, antes referida, dentro del término legal, Carlos Enrique Bowen Delgado, actor, y Santiago Palacios Cisneros, Procurador Judicial de Banco Pichincha C.A. demandado, interponen recursos de casación para ante la Corte Nacional de Justicia.

**4.6)** La doctora Rita Annabel Bravo Quijano, Conjueza Nacional de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 16 de junio del 2021, las 15h05, admitió a trámite el recurso de casación en el siguiente sentido:

*<sup>a</sup> (1/4) DECISIÓN.- Con sustento en las consideraciones que anteceden y toda vez que <sup>a</sup> la tutela judicial efectiva que consagra la Constitución, es el derecho de toda persona no solo para acudir a los órganos jurisdiccionales, sino que, a través de los debidos causes procesales y con las mínimas garantías, obtenga una decisión fundada en derecho respecto de sus pretensiones<sup>o</sup>, la suscrita Conjueza de la Corte Nacional de Justicia, resuelve: i) **ADMITIR** a trámite el recurso de casación interpuesto por CARLOS ENRIQUE BOWEN DELGADO por los casos 2, 4 y 5 del Art. 268 del COGEP; ii) **INADMITIR** el recurso interpuesto por BANCO PICHINCHA por los casos 2 y 5, a la vez que **ADMITE** la demanda casacional por el caso 3 del Art. 268 del Código Orgánico General de Procesos (1/4).<sup>o</sup> (Sic).*

4.7) El suscrito Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, convoca a audiencia de fundamentación del recurso de casación, conforme las garantías normativas del artículo 272 y más pertinentes del COGEP, actuación jurisdiccional que consta íntegramente en el audio correspondiente.

## **QUINTO:**

### **LA CASACIÓN COMO GARANTÍA NORMATIVA Y COMO RECURSO EXTRAORDINARIO EN LA JURISDICCIÓN CIVIL Y MERCANTIL ECUATORIANA.**

#### **5.1) LA CASACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA:**

La CRE, aprobada mediante referéndum de 28 de septiembre de 2008, y vigente desde el 20 de octubre del mismo año, en su artículo primero declara que el Ecuador es *“...un Estado constitucional de derechos y justicia...”*. Esta declaración, lejos de configurarse en un mero enunciado, implicó una transformación sustancial en el modelo de Estado, pues, permitió el cambio del paradigma constitucional en cuanto al respeto, protección y garantía de los derechos humanos, por tal motivo, a continuación referimos el ámbito conceptual del modelo de Estado adoptado constitucionalmente por

el Ecuador:

a) El Ecuador es un Estado constitucional, pues:

*“...la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos...”<sup>6</sup>.*

Es decir, la CRE, materializa ciertos principios, entre ellos el derecho a impugnar las resoluciones judiciales, como parte de los derechos de protección, del debido proceso y del derecho a la defensa; en ese contexto, en su artículo 76.7.m), la CRE, establece lo siguiente:

*“...En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos...”<sup>6</sup>.*

Este derecho, *per se*, es el antecedente constitucional que da origen a la casación como recurso extraordinario, materializando así el derecho a recurrir el fallo, desde la óptica del Estado constitucional.

Asimismo, cabe anotar que la CRE, es orgánica, pues, determina el órgano -Función Judicial-, que como parte del Estado, está llamado a garantizar los derechos de los usuarios del sistema de justicia,

---

<sup>6</sup> Ramiro Ávila Santamaría, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, V&M Gráficas, Quito, Ecuador, 2008, p. 22.

en sentido amplio, la Corte Nacional de Justicia, con jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación y revisión<sup>7</sup>; y, en sentido estricto, la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, con competencia para conocer los recursos de casación y de apelación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, que establezca la ley, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión<sup>8</sup>.

En consecuencia, se avizora que la casación tiene su antecedente jurídico en el ámbito material y orgánico del Estado constitucional.

b) Adicionalmente, resulta menester destacar que el Ecuador es un Estado de derechos, al respecto, Ávila Santamaría anota lo siguiente:

*“...El Estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del Estado desde dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado. (1/4) En el Estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican (1/4) En suma, el sistema formal no es el único Derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica...”<sup>9</sup>.*

Lo anotado nos coloca frente al concepto de bloque de constitucionalidad, institución que supone el pleno ejercicio de los derechos, sin que dicho ejercicio dependa de la expedición de una norma jurídica de carácter positivo; la CRE, acogió esta institución en su artículo 426, estableciendo lo siguiente:

---

**7 Constitución de la República del Ecuador: Art. 182:** “(1/4) La Corte Nacional de Justicia tendrá jurisdicción en todo el territorio nacional y su sede estará en Quito.”; **Art. 184:** “Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley. (1/4)”.

**8 Código Orgánico de la Función Judicial: Art. 190:** “Art. 190.- COMPETENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- La Sala Especializada de lo Civil y Mercantil conocerá: 1. Los recursos de casación y de apelación en materia civil y mercantil que no conozcan otras Salas, que establezca la ley, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión;

<sup>9</sup> Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., pp. 29,30.

*<sup>a</sup>...Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos...<sup>o</sup>*  
(Énfasis añadido).

En concordancia con el precepto transcrito, el artículo 11.9 *ibídem* declara lo siguiente:

*<sup>a</sup>...El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento...<sup>o</sup>.*

En este mismo sentido, el preámbulo de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos expresa que: *<sup>a</sup>...los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana...<sup>o</sup>.*

En consecuencia, los derechos son de imperativo respeto, observancia y cumplimiento para los órganos jurisdiccionales, pues, el derecho a impugnar las resoluciones judiciales, base fundamental del recurso de casación, se sustenta en principios y normas de instrumentos internacionales sobre derechos humanos que, *per se*, forman parte del bloque de constitucionalidad, entre ellos, el Artículo 8, numeral 2, literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que en torno a las garantías judiciales categóricamente señala que<sup>a</sup> *...Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior...<sup>o</sup>.*

En ese contexto, se determina la naturaleza jurídica del Estado de derechos en torno al derecho de



impugnación.

c) Finalmente, la Constitución de la República determina que el Ecuador es un Estado de justicia, sobre este punto, Ávila Santamaría refiere que:

*<sup>a</sup>...una norma y un sistema jurídico debe contener tres elementos para su cabal comprensión: descriptivo, que es el único que ha sido considerado por la ciencia jurídica tradicional (la regla o enunciado lingüístico), prescriptivo (los principios y, entre ellos, los derechos humanos), y valorativo o axiológico (la justicia). Sin uno de estos tres elementos, el análisis constitucional del derecho sería incompleto e inconveniente. Se funden tres planos del análisis, el legal, el constitucional y el filosófico-moral, todos en conjunto para que la norma jurídica tenga impacto en la realidad (eficacia del derecho).<sup>o 10</sup>, concluye sobre el tema indicando que <sup>a (1/4)</sup> la invocación del Estado a la justicia no significa otra cosa que el resultado del quehacer estatal, al estar condicionado por la Constitución y los derechos en ella reconocidos, no puede sino ser una organización social y política justa...<sup>o 11</sup>.*

En razón de lo expuesto, se avizora que el Estado de justicia tiene como fin último la concreción de la justicia a través de la aplicación del derecho (principios y reglas); en el ámbito de la casación, como medio de impugnación, se determina ciertamente que, el derecho a recurrir el fallo está materializado con las garantías normativas establecidas por el legislador para este instituto jurídico de carácter extraordinario y taxativo con el objetivo de materializar los fines de este instituto procesal y cristalizar la justicia especializada en materia civil y mercantil.

## **5.2) LA CASACIÓN COMO GARANTÍA NORMATIVA DEL DERECHO A RECURRIR Y DEL DERECHO DE IMPUGNACIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA:**

---

10 Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., p. 27.

11 Ibídem, Pág. 28

La Corte Constitucional del Ecuador, respecto al derecho a recurrir, ha señalado lo siguiente:

*“...La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad...”*.<sup>12</sup>

La garantía normativa de la casación está determinada en las reglas del COGEP, aplicable al *in examine*, en función del principio de legalidad, así, los artículos 266, 268 y 269, del cuerpo normativo invocado establecen lo siguiente:

*“Art. 266.- Procedencia. El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo.*

*Igualmente procederá respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales 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.*

*Se interpondrá de manera escrita dentro del término de treinta días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o*

---

<sup>12</sup> Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 095-14-SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 2230-11-EP.

*aclaración° .*

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

*1. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal.*

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

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

*4. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia o auto.*

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

*Art. 269.- Procedimiento. El recurso de casación será de competencia de la Corte Nacional de Justicia, conforme con la ley (1/4)<sup>o</sup>*

Por su parte, el artículo 250 inciso segundo del COGEP, determina la siguiente regla procesal: *“Art. 250.- (1/4) Se concederán únicamente los recursos previstos en la ley. Serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad<sup>o</sup> ; de lo cual, se colige que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, “...La casación procede única y exclusivamente por las causales que expresamente consagra el sistema jurídico positivo; no existen causales distintas...”<sup>o</sup> 13.*

El principio de taxatividad (*numerus clausus*) limita el ámbito de acción del recurso de casación, otorgándole una naturaleza extraordinaria y excepcional, pues, solamente prospera cuando el recurrente acredita la violación a la ley, bajo una de las modalidades expresamente descritas en el COGEP, conforme lo dispuesto en su artículo 268, por consiguiente, se puede colegir que estas causales constituyen presupuestos *sine qua non*, para determinar la violación a la ley en la resolución impugnada.

Es preciso indicar que, *“la casación (1/4) es un recurso cerrado, ya que procede única y exclusivamente contra las resoluciones judiciales respecto de las cuales la ley en forma expresa lo concede<sup>o</sup>, en este sentido, “rompe la unidad del proceso con la sentencia recurrida, en realidad es un nuevo proceso, en el que cambia por completo el objeto del mismo: es un debate entre la sentencia y la ley.”<sup>o</sup> 14*

El recurso extraordinario de casación, tiene por objeto ejercer el control de legalidad de los actos jurisdiccionales establecidos en las garantías normativas desarrolladas para el efecto, y su naturaleza extraordinaria lo vuelve de alta técnica jurídica, formal, excepcional y riguroso. 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*

13 Orlando Rodríguez Ch., *Casación y Revisión*, Temis, Bogotá, 2008, p. 67

14 Santiago Andrade, *La Casación Civil en el Ecuador*, Andrade y AsociADOS, Quito, 2005, pag. 41.

*ley por parte de los Tribunales de Justicia*<sup>15</sup>.

En este sentido, 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 <sup>a</sup> (¼) *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*<sup>16</sup>.

Ahora bien, las garantías normativas del COGEP, al delimitar la forma de una propuesta casacional, en su artículo 267, textualmente señala:

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

*1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.*

*2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.*

*3. La determinación de las causales en que se funda.*

*4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada*<sup>o</sup>.

---

15 Mario Nájera, *Derecho Procesal Civil*, 2da. Ed., Guatemala, IUS Ediciones, 2006, pág. 649.

16 Último inciso del artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, el doctrinario argentino Fernando de la Rúa precisa que la casación: *“...es un instituto procesal, un medio acordado por la ley para impugnar, en ciertos casos y bajo ciertos presupuestos, las sentencias de los tribunales de juicio, limitadamente a la cuestión jurídica...”*<sup>17</sup>.

Por su parte, el jurista Piero Calamandrei define la casación como un instituto judicial *“...consistente en un órgano único del Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas...”*<sup>18</sup>.

En razón de lo anotado, se advierte que la casación, tiene fuertes características técnicas, cuyo especial y único cometido se concreta en el control de legalidad de la resolución impugnada, pero cuando puntualmente se hayan cumplido los presupuestos establecidos en las causales del régimen procesal, por lo que su naturaleza conlleva a ser un recurso de carácter vertical, extraordinario y de excepción, encaminado a corregir los errores *“in iudicando”* existentes en las sentencias o autos que ponen fin a los procesos de conocimiento dictados por los Tribunales *ad quem*, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de cierre; este es el ámbito conceptual, constitucional, jurídico y procesal del recurso de casación en la jurisdicción civil y mercantil, en el Estado constitucional de derechos y justicia.

## **SEXTO:**

### **ARGUMENTACIÓN Y EXAMEN DEL TRIBUNAL SOBRE LOS CARGOS CASACIONALES Y EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.**

**6.1)** La casación, al tratarse de un recurso extraordinario, se encamina a corregir los *errores in iudicando*, los errores de derecho, existentes, en el caso concreto, en la sentencia del Tribunal *ad*

---

<sup>17</sup> Fernando de la Rúa, *El Recurso de Casación*, Victor P. de Zavalia Editores, Buenos Aires, 1968, p. 20

<sup>18</sup> Piero Calamandrei, *La casación*, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1961, T.I, Vol. II, p. 376.

*quem*; por ello, *per se*, es una garantía normativa que procura la efectiva aplicación de los principios de legalidad y seguridad jurídica en el Estado constitucional de derechos y justicia, así como los principios de tutela judicial efectiva, debido proceso, defensa e impugnación.

A través de este medio de impugnación, corresponde al órgano jurisdiccional determinar procesalmente si existe la violación de la ley en la sentencia impugnada, por una de las causales previstas en el COGEP, aplicable al caso.

En el *in examine*, la Conjuenza Nacional competente, ha efectuado el respectivo examen de admisibilidad, y conforme se señaló *ut supra*, en el numeral 4.6) de la presente sentencia, se aceptó a trámite los recursos de casación, limitando los mismos a los cargos establecidos en los numerales 2, 4 y 5 del artículo 268 del COGEP, en el caso del señor Carlos Enrique Bowen Delgado, y el numeral 3 respecto de la impugnación planteada por el accionado Banco Pichincha C.A.; ergo, inexorablemente las parte recurrentes, debían referirse en sus fundamentaciones exclusivamente a estas causales, siendo por lo tanto, improcedentes, alegaciones distintas o contrarias a las señaladas.

## **6.2) Análisis de la causal 2 descrita en el artículo 268 del COGEP, en relación con el argumento planteado por el señor Carlos Enrique Bowen Delgado.**

El caso seleccionado para realizar el juicio de legalidad a la sentencia del *ad quem* (numeral 2 del artículo 268 del COGEP) establece lo siguiente:

*<sup>a</sup> Art. 268.- Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos (1/4)*

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

Ahora bien, dicho caso, establece la posibilidad de tres vicios del fallo que pueden dar lugar a que el mismo sea casado: **a)** que la resolución impugnada no contenga los requisitos que exige la ley; **b)** que en la parte dispositiva se adopten disposiciones contradictorias o incompatibles; y, **c)** que el fallo no cumpla el requisito de motivación.

Por su parte, el autor Santiago Andrade Ubidia, sobre el tema, señala:

*“Pero también pueden presentarse vicios de inconsistencia o incongruencia en el fallo mismo, cuando no hay armonía entre la parte considerativa y la resolutive (...) que prevé defectos en la estructura del fallo (que no contenga los requisitos exigidos por la Ley), al igual que la contradicción o incompatibilidad en la parte dispositiva: debe entenderse que estos vicios emanan del simple análisis del fallo cuestionado (1/4) El fallo casado será incongruente cuando se contradiga a sí mismo, en cambio será inconsistente cuando la conclusión del silogismo no esté debidamente respaldada por las premisas del mismo. El recurrente deberá efectuar el 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”.*<sup>19</sup>

Ergo, del análisis de la causal de casación, se estima que, para su configuración, se debe discriminar los siguientes aspectos, al momento de fundamentar la misma:

- Si el cuestionamiento versa sobre una sentencia que no contenga los requisitos exigidos por la ley.
- Si la acusación radica en que, la sentencia, en su parte dispositiva adopta decisiones contradictorias o incompatibles.
- Si la impugnación hace relación a que el fallo no cumple el requisito de motivación.

---

<sup>19</sup> Santiago Andrade, La Casación Civil en el Ecuador, Primera Edición, Editorial Andrade & Asociados Quito, 2005, p. 135-136.



Por tanto, la parte impugnante tenía la obligación de sustentar su cargo casacional, en ese sentido, pues, en virtud del principio dispositivo<sup>20</sup>, son las partes las que fijan el ámbito de resolución de los juzgadores.

De los enunciados de la parte recurrente, en torno a este cargo, se advierte que, su fundamentación, de forma abstracta se circunscribe a la falta de motivación e indica que se han soslayado los artículos 76 numeral 7 literal 1) de la CRE, y 89 del COGEP.

Ahora bien, corresponde advertir que la garantía de la motivación de las resoluciones se encuentra consagrada constitucional, legal, convencional<sup>21</sup>, doctrinaria<sup>22</sup>, y jurisprudencialmente<sup>23</sup>.

---

**20 Constitución de la República del Ecuador:** *“ Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: (...) 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo”.*

**21 Desde la óptica del pluralismo jurídico y del bloque de constitucionalidad,** en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en torno al estándar mínimo que debe cumplir una resolución para ser considerada debidamente motivada, ha desarrollado el siguiente argumento, en el caso *Aptiz Barbera y otros vs. Venezuela*: *“ El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las debidas garantías incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso”.* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Aptiz Barbera y otros Vs. Venezuela*, 5 de agosto de 2008, párrafos 77 y 78.)

**22 Dentro del ámbito doctrinario,** respecto al tema de la motivación encontramos una diversidad de criterios emitidos por varios tratadistas, de los cuales recogemos el siguiente: *“ (1/4) La motivación, afirma MUÑOZ SABATE, es una necesidad y una obligación que ha sido puesta en relación con la tutela judicial efectiva. Más concretamente, se encuentra integrada en el sistema de las garantías procesales del artículo 24 CE, al igual que el sistema de recursos, además de ser un principio jurídico-político fundamental. Efectivamente, es un derecho-deber de las decisiones judiciales. Deber porque vincula ineludiblemente a los órganos judiciales y derecho, de carácter público y naturaleza subjetiva, porque son titulares de la misma todos los ciudadanos que acceden a los Tribunales con el fin de recabar la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos. Afirmábamos anteriormente que las partes han de procurar que la prueba practicada lleve al órgano jurisdiccional a la convicción de sus respectivas posiciones. Una vez que ha llegado a esta convicción es éste el que ha de persuadir, en su resolución a las partes, a la comunidad jurídica y a la sociedad en general de los fundamentos probatorios que avalan la versión de lo sucedido y de la razonabilidad de la aplicación de la normativa invocada. De esta manera, la motivación se concreta como criterio diferenciador entre racionalidad y arbitrariedad. Un razonamiento será arbitrario cuando carezca de todo fundamento o bien sea erróneo. Se trata, en definitiva, del uso de la racionalidad para dirimir conflictos habidos en una sociedad que se configura ordenada por la razón y la lógica (1/4)”.* (Gaceta Judicial Serie XVII N°. 2, Resolución No -558-99 Juicio No 63-99 R.O. No 348 de 28 de diciembre de 1999, Juicio verbal sumario que por obra nueva sigue el Dr. Marcelo Regalado Serrano contra Edgar Ramiro Zurita Mantilla y Juana Tinizaray Jiménez.)

**23 Desde la óptica de la jurisprudencia como fuente del derecho,** la Corte Constitucional, ha desarrollado varios precedentes en torno al ámbito normativo y material del principio de la motivación, en el siguiente contexto:

La garantía de la motivación de las sentencias se halla establecida tanto en la norma constitucional como legal, así mismo desarrollada:

**CRE:** *“ Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.*

**COFJ:** *“ Art. 130.- FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.- Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones*

---

<sup>a</sup> (1/4) *La motivación de un acto de autoridad pública es la expresión, oral o escrita, del razonamiento con el que la autoridad busca justificar dicho acto<sup>2</sup>. La motivación puede alcanzar diversos grados de calidad, puede ser mejor o peor. Sin embargo, como también ha señalado esta Corte, “ los órganos del poder público” tienen el deber de “ desarrollar la mejor argumentación posible en apoyo de sus decisiones”<sup>3</sup>. De ahí que todo acto del poder público debe contar con una motivación correcta, en el sentido de que toda decisión de autoridad debe basarse en: (i) una fundamentación normativa correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme al Derecho; y, (ii) una fundamentación fáctica correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme a los hechos” (Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No.1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021,p. 6).*

Dentro del ámbito jurisprudencial, la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en torno al tema de la motivación, ha desarrollado el siguiente argumento:

*“ Toda sentencia debe ser motivada, esto es, contener las razones o fundamentos para llegar a la conclusión o parte resolutive. La falta de motivación está ubicada en la causal 5ª del artículo 3 de la Ley de Casación y tiene como efecto la anulación del fallo. Cabe asimismo ese vicio, cuando los considerandos son inconciliables o contienen contradicciones por los cuales se destruyen los unos a los otros, por ejemplo, cuando el sentenciador afirma y niega, al mismo tiempo, una misma circunstancia, creando así un razonamiento incompatible con los principios de la lógica formal. Para encontrar los yerros acusados, el tribunal no debe atenerse exclusivamente a la parte resolutive sino también a la parte motivada, pues entre la una y la otra existe una relación causa y efecto, y forman una unidad” (Ecuador, Corte Suprema de Justicia Resolución N.º .271 de 19 de julio de 2001, juicio 90-01 (DAC vs Cobo) R.O 418 de 24 de septiembre de 2001).*

*jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben:*

*(...) 4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos°.*

**COGEP:** *° Art. 89.- Motivación. Toda sentencia y auto serán motivados, bajo pena de nulidad. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho. La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación°.*

En forma concomitante, la emisión de un fallo que en su parte dispositiva tenga decisiones contradictorias o incompatibles, tiene relación con la falta o ausencia de motivación, *per se*, dicha cuestión constituye uno de los errores *in judicando* previstos en el derecho positivo, bajo la modalidad del caso 2 previsto en el artículo 268 del COGEP.

Una vez delimitado el alcance de la causal de casación en análisis, corresponde estudiar el contenido de las normas jurídicas supuestamente soslayadas por los juzgadores de segunda instancia, por tal razón, es necesario advertir que la motivación debe ser apreciada desde una doble perspectiva, por una parte, como una garantía del debido proceso, que asegura a los justiciables que las resoluciones de los órganos jurisdiccionales no serán arbitrarias, sino consecuencia de un razonamiento lógico, y, por otro lado, como una indefectible obligación de los administradores de justicia, que les impone el deber de justificar fáctica y jurídicamente la razón de sus decisiones.

Además, se debe ser enfático en lo siguiente: la obligación de motivar las resoluciones judiciales busca que la misma <sup>a</sup> *reúna ciertos elementos argumentativos mínimos*<sup>o</sup> y que la decisión cuente con una estructura mínimamente completa para establecer que es <sup>a</sup> *suficiente*<sup>o</sup>, es decir que, la argumentación contenga una <sup>a</sup> *fundamentación normativa suficiente*<sup>o</sup> y una <sup>a</sup> *fundamentación fáctica suficiente*<sup>o</sup>, con la finalidad de que el fallo se encuentre debidamente motivado, pues, no puede entenderse a la motivación como una simple enunciación mecánica de normas, doctrina, principios jurídicos y de antecedentes de hecho, sin conexión alguna; esta fundamentación necesariamente ha de estructurarse sobre criterios de coherencia y pertinencia, así lo exige el artículo 130 numeral 4 del COFJ:

*<sup>a</sup> (1/4) Art. 130.- (1/4) 4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se **explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho**. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos<sup>o</sup>. (Énfasis añadido).*

Respecto a la obligación de explicar razonadamente la pertinencia de la aplicación de las normas jurídicas a los antecedentes fácticos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expuesto en reiteradas ocasiones que: <sup>a</sup> *...la motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión...*<sup>o</sup> <sup>24</sup> (Énfasis añadido).

Es decir, tanto las normas jurídicas mencionadas en el presente fallo, como las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, imponen a los administradores de justicia el deber de construir sus fallos en base a un razonamiento lógico, el cual se consuma cuando los jueces explican razonadamente la conexión entre las preceptos jurídicos aludidos en su resolución, con los hechos que han sido debidamente acreditados en la especie, esta labor intelectual les permite llegar a una adecuada conclusión.

La Corte Constitucional del Ecuador, mediante sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021, dictada dentro del caso No. 1158-17-EP, para examinar un cargo de vulneración de la garantía

---

<sup>24</sup> Caso Apitz Barbera VS Venezuela; caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez VS Ecuador.

de motivación, ha desarrollado pautas jurisprudenciales, que establecen el siguiente criterio rector:

*<sup>a</sup> 1/4 En suma, el criterio rector para examinar un cargo de vulneración de la garantía de motivación establece que una argumentación jurídica es suficiente cuando cuenta con una estructura mínimamente completa, es decir, integrada por estos dos elementos: (i) una fundamentación normativa suficiente, y (ii) una fundamentación fáctica suficiente. Esto quiere decir lo siguiente:*

*61.1. Que la fundamentación normativa debe contener la enunciación y justificación suficiente de las normas y principios jurídicos en que se funda la decisión, así como la justificación suficiente de su aplicación a los hechos del caso. Como ha sostenido la Corte IDH, la referida fundamentación jurídica no puede consistir en "la mera enumeración de las normas que podrían resultar aplicables a los hechos o conductas". O, en términos de la jurisprudencia de esta Corte, "[l]a motivación no puede limitarse a citar normas" y menos a "la mera enunciación inconexa [o "dispersa"] de normas jurídicas", sino que debe entrañar un razonamiento relativo a la interpretación y aplicación del Derecho en las que se funda la resolución del caso.*

*61.2. Que la fundamentación fáctica debe contener una justificación suficiente de los hechos dados por probados en el caso. Como lo ha señalado esta Corte, "la motivación no se agota con la mera enunciación de [1/4 los] antecedentes de hecho [es decir, de los hechos probados]", sino que, por el contrario, "los jueces [...] no motiva[n] su sentencia [1/4 si] no se analizan las pruebas". En la misma dirección, la Corte IDH ha establecido que la motivación sobre los hechos no puede consistir en "la mera descripción de las actividades o diligencias [probatorias] realizadas", sino que se debe: "exponer [1/4] el acervo probatorio aportado a los autos", "mostrar que [...] el conjunto de pruebas ha sido analizado" y "permitir conocer cuáles son los hechos". Sin embargo, hay casos donde la fundamentación fáctica puede ser obviada o tener un desarrollo ínfimo por tratarse, por ejemplo, de causas donde se deciden cuestiones de puro derecho, en las que existe acuerdo sobre los hechos o los hechos son notorios o públicamente evidentes"<sup>25</sup>*

---

25 Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021

Por ende, a efectos de obtener del Tribunal de casación un fallo que enmiende la violación argüida, la parte interpelante tenía la obligación de acreditar que los jueces de segunda instancia, al momento de reducir su sentencia a escrito, incurrieron en los yerros señalados *ut supra*, mediante la exposición de una fundamentación de orden técnico jurídico, capaz de llevar al convencimiento de los integrantes del Tribunal de casación, del cometimiento de la transgresión alegada.

En razón de lo expuesto, se puede colegir que, si la parte recurrente pretendía justificar la causal 2 prevista en el artículo 268 del COGEP, en torno al incumplimiento del requisito de motivación en la sentencia recurrida; tenía el deber de justificar, <sup>a</sup> *con aceptable claridad y precisión las razones por las que se habría vulnerado la garantía de motivación*<sup>o 26</sup>.

**6.2.1)** Delimitado el alcance, tanto de la causal invocada, como de la garantía de la motivación, es posible sintetizar el alcance del cargo formulado por la parte impugnante, en la falta de motivación de la resolución de segunda instancia.

Ahora bien, ¿Cómo debía acreditar la mentada falta de motivación la parte recurrente?

Conforme anticipamos en líneas anteriores, el recurso de casación es técnico, por tal motivo, la acreditación de la violación argüida debía ajustarse a los siguientes estándares:

- Trascendencia, lo cual implica que el cargo casacional planteado debe ser de tal naturaleza, que si no se hubiera materializado en la sentencia, el resultado sería sustancialmente distinto.
  
- No debate de instancia, exigencia que prohíbe al o la impugnante sustentar reproches que impliquen valoración probatoria, o que se refieran a materias ajenas al recurso de casación.

---

26 Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No.1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021,p. 33.

6.2.2) Dicho esto, la labor intelectual de los integrantes del presente Tribunal de casación, debe concretarse en la resolución del siguiente problema jurídico:

**¿La sentencia dictada el martes 3 de diciembre del 2019, las 09h24, por el Tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, adolece de motivación, por contener decisiones contradictorias o incompatibles, o por adolecer de una <sup>a</sup> fundamentación normativa suficiente<sup>o</sup> o una <sup>a</sup> fundamentación fáctica suficiente<sup>o</sup>?**

Al fundamentar el cargo casacional, la parte recurrente, refiere que la sentencia impugnada adolece de motivación, en el siguiente sentido:

*<sup>a</sup> (1/4) La sentencia impugnada no cumple los requisitos esenciales que debe reunir una decisión judicial para que pueda considerarse motivada, por cuanto conforme se indicó y demostró en puntos anteriores las conclusiones fácticas alas que llega el fallo provienen de un razonamiento jurídico que no se adecua a las pruebas, de las cuales algunas no fueron valoradas y otras lo fueron hechas de manera inadecuada, por lo que, en consecuencia determina una valoración absurda de la prueba, puesto que la sentencia de marras prescinde de la sana crítica y la prudencia al momento de hacer su valoración, y, acorde a los criterios expuestos por la Corte Nacional en diferentes jurisprudencias, esto se traduce en una motivación inválida de la sentencia, y si la motivación no es válida, jurídicamente la resolución carece de motivación.*

*En virtud de que por error se formuló una conclusión contraria a la razón, a la justicia y a las leyes, como lo fue fijar solamente una indemnización moral por el valor noventa mil dólares prescindiéndose de pruebas esenciales como las indicadas en puntos anteriores y valorando pruebas inválidas, constituyéndose de esta manera en una arbitrariedad, criterio que sobre el tema ha expresado la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, y que consta en varias resoluciones como la Nro. 202-2002, publicada en el R.O. No. 710, 22 de noviembre del 2002; No. 172-2002, publicado en el R.O. No. 666 del 19 de septiembre del 2022, como también se ha indicado.*

*Ya que, si bien es cierto que en ella se enumeran algunos elementos probatorios que*

*sustentan su decisión, así como hace mención de algunos artículos en los que funda su decisión, en la parte resolutive de la sentencia no se determina la forma en la que hace el cálculo en el que apoya la decisión, pues no es suficiente determinar de forma aislada un monto indemnizatorio, sino que es obligación del juzgador hacer constar en el fallo su propia reflexión en cuanto a los parámetros utilizados para determinar la cantidad de noventa mil dólares que condenó a pagar a la parte demandada, tomando en cuenta todos y cada uno de los medios probatorios acorde a lo que exige el artículo 164 del COGEP que no fue aplicado (1/4)º (Sic)*

Del enunciado del recurrente, se logra extraer los puntos medulares de su impugnación, los cuales hacen relación a que la sentencia del *ad quem*, contiene una decisión contraria a la razón, ya que las conclusiones fácticas a las que llega provienen de un razonamiento jurídico que no se adecúa a las pruebas, de las cuales algunas no fueron valoradas y otras fueron hechas de manera inadecuada.

Ahora bien, al tratar de dotar de sustento a su cargo casacional, el recurrente, incurre en una imprecisión, ya que procuran de parte del Tribunal de casación una nueva valoración probatoria, dicha cuestión la encontramos en el relato de la fundamentación descrita *ut supra*.

Ergo, este Tribunal advierte que el cargo planteado, incurre en la prohibición establecida en el artículo 270 del COGEP, que señala: *“No procede el recurso de casación cuando de manera evidente lo que se pretende es la revisión de la prueba”*; y, al configurarse tal pretensión, en los enunciados de la formulación propuesta, dicha cuestión deriva en la transgresión del principio de *no debate de instancia*, ya que se evidencia que el censor procura una nueva valoración probatoria, situación proscrita en sede casacional, así lo ha expresado esta Alta Corte en sus resoluciones:

*“(1/4) La valoración de la prueba es una operación mental en virtud de la cual el juzgador determina la fuerza de convicción, en conjunto, de los elementos de prueba aportados por las partes, para inferir si son ciertas o no las afirmaciones tanto del actor como del demandado, en la demanda y la contestación a la demanda respectivamente. Esta operación mental de valoración o apreciación de la prueba es potestad exclusiva de los jueces y tribunales de instancia; el Tribunal de Casación no*



*tiene atribuciones para hacer otra y nueva valoración de la prueba, sino únicamente para comprobar si en la valoración de la prueba se han violado o no las normas de derecho concernientes a esa valoración, y si la violación en la valoración de la prueba ha conducido indirectamente a la violación de normas sustantivas en la sentencia (1/4)*

*la valoración de la prueba es una atribución jurisdiccional soberana o autónoma de los jueces o tribunales de instancia. El Tribunal de Casación no tiene otra atribución que la de fiscalizar o controlar que en esa valoración no se haya violado normas de derecho que se regulan expresamente la valoración de la prueba (1/4)<sup>27</sup>*

Es preciso señalar que la valoración de la prueba, está vedada en esta sede, pues la misma, es propia de los Tribunales de instancia, evidenciándose de la fundamentación esgrimida que, existe una evidente intención de abrir la discusión probatoria del proceso nuevamente, lo cual es violatorio al principio de "*no debate de instancia*", por el cual, dado que el recurso de casación no tiene la finalidad de juzgar nuevamente, sino puntualmente corregir el error de legalidad en la sentencia que se impugna, la fundamentación pertinente, es la encaminada al ejercicio de demostración de dicho error y su incidencia en la resolución, lo cual a decir de Murcia Ballén "*se apunta a la corrección de errores de derecho y no a clarificar la situación fáctica en que se fundamenta la sentencia de instancia*"<sup>28</sup>. El recurrente debía delimitar el ámbito de la causal analizada (motivación) y la trascendencia de la violación argüida, lo cual no es lo mismo que realizar valoración de la prueba, por lo cual, no se avizora debida fundamentación, demostración y trascendencia en el cargo planteado.

**6.2.3)** Conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>29</sup>, para examinar un cargo de vulneración de la garantía de motivación, se debe determinar si la sentencia recurrida cuenta con una argumentación jurídica suficiente, es decir, con una estructura mínimamente completa, integrada por estos dos elementos: *una fundamentación normativa suficiente*, y *una fundamentación fáctica suficiente*, lo cual constituye el **criterio rector** para un análisis adecuado.

---

27 Corte Suprema de Justicia, 11-II-99, Expediente No. 83-99, Primera Sala, R.O. 159, 30-III-99.

28 Murcia Ballén, Humberto, "*Recurso de Casación Civil*", 4a edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996, p. 59

29 Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021

Cuando se incumple aquel criterio rector, la argumentación jurídica adolece de ausencia motivacional, observándose desde la óptica de la jurisprudencia constitucional, tres tipos básicos de deficiencia motivacional que son: la inexistencia; la insuficiencia; y, la apariencia. Por lo que todo cargo de vulneración de la garantía de motivación puede corresponder a alguna de estas tipologías elementales:

**Inexistencia.-** Una argumentación jurídica es inexistente cuando la respectiva decisión carece totalmente de fundamentación normativa y de fundamentación fáctica<sup>30</sup>.

**Insuficiencia.-** Una argumentación jurídica es insuficiente cuando la respectiva decisión cuenta con alguna fundamentación normativa y alguna fundamentación fáctica, pero alguna de ellas es insuficiente porque no cumple el correspondiente estándar de suficiencia.<sup>31</sup> Manuel Atienza, señala que *“el ideal de la motivación judicial se produce cuando se ofrecen buenas razones organizadas en la forma adecuada para que sea posible la persuasión”*, en este sentido *“motivar suficientemente significa que se haya alcanzado en grado suficiente de expresión la explicitación del proceso lógico y mental que ha conducido a la decisión”*<sup>32</sup>

**Apariencia.-** Una argumentación jurídica es aparente cuando, a primera vista, cuenta con una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, pero alguna de ellas es, en realidad, inexistente o insuficiente porque está afectada por algún tipo de vicio motivacional. En la jurisprudencia constitucional, se han identificado los siguientes tipos de vicio motivacional, aunque esta enumeración no debe entenderse como una tipología estricta ni cerrada: incoherencia; inatención; incongruencia; e, incomprensibilidad<sup>33</sup>, conceptualmente, las mismas están delimitadas en el siguiente contexto:

**Incoherencia.-** Hay incoherencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se verifica: o bien, una contradicción entre los enunciados que las componen -sus premisas y conclusiones- (incoherencia lógica), o bien, una inconsistencia entre la conclusión final de la

---

30 *Ibíd.*

31 Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021

32 Manuel Atienza, Curso de Argumentación Jurídica, Editorial Trotta, 2018, p. 136-138

33 Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021

argumentación y la decisión (incoherencia decisional). Lo primero se da cuando un enunciado afirma lo que otro niega; y lo segundo, cuando se decide algo distinto a la conclusión previamente establecida.

La incoherencia lógica implica que la argumentación jurídica es aparente, es decir, que se vulnera la garantía de la motivación, solamente si, dejando de lado los enunciados contradictorios, no quedan otros que logren configurar una argumentación jurídica suficiente. En cambio, una incoherencia decisional siempre implica que la argumentación jurídica es aparente y, por tanto, que se vulnera la garantía de la motivación<sup>34</sup>.

**Inatinencia.-** Hay inatinencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se esgrimen razones que no <sup>a</sup> tienen que ver<sup>o</sup> con el punto controvertido, esto es, no guardan relación semántica general con la conclusión final de la argumentación y, por tanto, con el problema jurídico de que se trate. Dicho de otro modo, una inatinencia se produce cuando el razonamiento del juez <sup>a</sup> equivoca el punto<sup>o</sup> de la controversia judicial.

La *inatinencia* implica que una argumentación jurídica es aparente, es decir, que se vulnera la garantía de la motivación, solamente si, dejando de lado las razones inatinentes, no quedan otras que logren configurar una argumentación jurídica suficiente<sup>35</sup>.

**Incongruencia.-** Hay incongruencia cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica, o bien, no se ha contestado algún argumento relevante de las partes procesales (incongruencia frente a las partes), o bien, no se ha contestado alguna cuestión que el sistema jurídico -ley o la jurisprudencia- impone abordar en la resolución de los problemas jurídicos conectados con cierto tipo de decisiones, generalmente, con miras a tutelar de manera reforzada un derecho fundamental (incongruencia frente al Derecho).

---

34 *Ibíd.*

35 *Ibíd.*

La incongruencia frente a las partes puede darse por omisión, si no se contesta en absoluto a los argumentos relevantes de la parte, o por acción, si el juzgador contesta a los argumentos relevantes de las partes mediante tergiversaciones, de tal manera que efectivamente no los contesta.

La incongruencia (sea frente a las partes o sea frente al Derecho) siempre implica que la argumentación jurídica es aparente, es decir, que se vulnera la garantía de la motivación.<sup>36</sup>

**Incomprensibilidad.-** Hay incomprensibilidad cuando un fragmento del texto (oral o escrito) en que se contiene la fundamentación normativa y la fundamentación fáctica de toda argumentación jurídica no es razonablemente inteligible para un profesional del Derecho o -cuando la parte procesal interviene sin patrocinio de abogado (como puede suceder, por ejemplo, en las causas de alimentos o de garantías jurisdiccionales)- para un ciudadano o ciudadana.<sup>37</sup>

Ahora bien, la debida fundamentación y demostración requiere que la parte procesal recurrente formule con aceptable claridad y precisión las razones por las que se habría vulnerado la garantía de la motivación. Es decir, no basta con realizar afirmaciones genéricas del tipo, sino que debe especificarse en qué consiste el supuesto defecto en la motivación. La carga de la argumentación la tiene quien afirma que la garantía de la motivación ha sido transgredida, toda vez que la suficiencia de la motivación se presume, como ocurre con toda condición de validez de los actos del poder público.

En el *in examine*, se insiste, los enunciados de la parte recurrente, en la postulación del cargo, estuvieron enfocados en cuestionar la valoración probatoria realizada por el *ad quem*, lo cual soslaya el principio de *no debate de instancia*, razón suficiente para concluir que el impugnante no ha formulado con aceptable claridad y precisión las razones por las que se habría vulnerado la garantía de la motivación.

Por todo lo indicado, no se advierte error de derecho en la labor intelectual de los juzgadores de apelación, la sentencia impugnada respeta los preceptos de los artículos 89 del COGEP, 130 numeral

---

36 Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021

37 Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1158-17-EP, Sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021

4 del COFJ; y, letra l) del numeral 7 del artículo 76 de la CRE; ergo, en el cargo planteado por la parte recurrente persistió la ausencia de sustentación suficiente y crítica vinculante, así, la tesis esbozada soslayó el principio de debida fundamentación y demostración, y trascendencia, por lo que, lo alegado en sede de casación, en torno a que la sentencia del *ad quem*, no contiene el requisito de la motivación, es improcedente.

### **6.3) Estudio de la causal tercera prevista en el artículo 268 del COGEP, en relación con el argumento planteado por el recurrente Banco Pichincha C.A.**

El numeral 3 del artículo 268 del COGEP, establece el siguiente cargo casacional:

*<sup>a</sup> Art. 268.- Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (¼)*

*3. Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia<sup>o</sup>.*

El ámbito de irradiación del mentado caso, según lo explica Humberto Murcia Ballén, consiste en: <sup>a</sup>¼ *la falta de conformidad entre lo pedido y lo resuelto, o la falta de la necesaria correspondencia entre la resolución de la sentencia y las peticiones de las partes, lo que autoriza la casación del fallo incongruente, inconsonante, o disonante,<sup>o</sup> 38*, en este sentido, <sup>a</sup> *la incongruencia del fallo puede revestir tres formas: a) cuando se decide más de lo pedido (plus o ultra petita); b) cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita); y, c) cuando se deja de resolver algo pedido (citra petita)<sup>o</sup>*, <sup>39</sup> en consonancia, el Tratadista Guillermo Enderle señala al respecto:

*<sup>a</sup> El vicio de incongruencia puede exteriorizarse, por regla, tanto al decidir cuestiones*

<sup>38</sup> Humberto Murcia Ballén, *a Recurso de Casación Civil<sup>o</sup>*, sexta edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005, Pág. 506.

<sup>39</sup> Gaceta Judicial, Año CIX-CX Serie XVIII, No. 6. Página 2317. (Quito, 25 de Marzo de 2009).

*ajenas o distintas de las peticionadas temporalmente por las partes (extra petita); omitir decisión respecto a cuestiones planteadas en tiempo y modo oportuno (citra petita) o rebasar o exceder el contenido de la pretensión u oposición añadiendo algo no solicitado, no obstante haber sido cumplidos los requisitos de actividad requeridos para estos casos (ultra o petita)<sup>40</sup>*

Esta Alta Corte, respecto al tema analizado, ha indicado lo siguiente:

<sup>a</sup>(1/4) El principio de la congruencia, resumido en los siguientes principios jurídicos: *sententia debet esse confirmis libelo, ne eat judex, ultra, extra, o citra petita partium y tantum litigatum quantum judicatum, judex judicare debet secundum alligata et probata*, delimita el contenido de la sentencia en tanto en cuanto ésta debe proferirse de acuerdo con el sentido y alcance de las pretensiones o impugnaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas a fin de que exista la identidad jurídica entre lo pedido y lo resuelto. La incongruencia es un error *in procedendo* que tiene tres aspectos: a) Cuando se otorga más de lo pedido (plus o ultra petita); b) Cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita); y, c) Cuando se deja de resolver sobre algo pedido (citra petita). Entonces como instrumento de análisis, el defecto procesal de incongruencia debe resultar de la comparación entre la súplica de la demanda y la parte dispositiva de la sentencia, lo cual ha de estar perfectamente explicitado en la fundamentación del recurso<sup>41</sup>.

En este sentido, es importante señalar lo que establece el artículo 92 del COGEP: *“Las sentencias deberán ser claras, precisas y congruentes con los puntos materia del proceso. Resolverán sobre las peticiones realizadas por las partes y decidirán sobre los puntos litigiosos del proceso.”*, en relación con lo que dispone el artículo 91 *ibídem*: *“La o el juzgador debe corregir las omisiones o errores de derecho en que hayan incurrido las personas que intervienen en el proceso. Sin embargo, no podrá otorgar o declarar mayores o diferentes derechos a los pretendidos en la demanda, ni fundar su decisión en hechos distintos a los alegados por las partes”*; por lo tanto, al juez le está absolutamente vedado decidir en la sentencia puntos diversos de los que consta en la traba de la litis; no puede introducir punto alguno que no fuera materia exclusiva de resolución y, esa materia exclusiva, no es

---

<sup>40</sup> Enderle Guillermo Jorge, *a La Congruencia Procesal*, Rubinzal ± Culzon Editores, Buenos Aires ± Argentina, Pag. 103.  
<sup>41</sup> G.J.S. XVI No. 4, pp. 895-896 (Rossova vs. Fundación Amigos del Ecuador)

sino la que es materia del litigio<sup>42</sup>.

En tal virtud, la congruencia exige <sup>a</sup> *al juez que su pronunciamiento en sentencia se corresponda con el objeto del proceso, resuelva sobre las peticiones realizadas por las partes y decida los puntos litigiosos del proceso*<sup>o</sup>.<sup>43</sup>

*<sup>a</sup> ¼ Por principio general, en materia civil, el juez no puede conceder más de lo que le pidan las partes; si no puede conceder más, tampoco puede introducir en el proceso otros asuntos que no constituyen materia del litigio; de hacerlo, el juez sería agente oficioso en favor de una de las partes e inclinaría la balanza de la justicia hacia esa parte favorecida por la ilegal acción del juzgador que resentiría los valores de justicia y de equidad respetados y venerados por toda sociedad civilizada¼<sup>o</sup>.<sup>44</sup>*

Ergo, del análisis de la causal invocada, se advierte que, al momento de fundamentar la misma, para su procedencia, corresponde:

- Identificar de forma concreta cual fue la petición planteada al órgano jurisdiccional, en el libelo de la demanda que es génesis del proceso.
- Singularizar las excepciones desarrolladas por el legítimo contradictor, al contestar la demanda.
- Identificar, de ser el caso, la reconvención esbozada por el demandado, así como las excepciones planteadas a la misma.

---

42 Luis Cueva Carrión, La Casación en materia civil, Segunda Edición, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2011, p 323.

43 Oswaldo Navas, Teoría General del Proceso, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2019, p 101

44 Luis Cueva Carrión, La Casación en materia civil, Segunda Edición, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2011, p 321.

- Verificar, de ser el caso, las peticiones o incidentes, planteados por las partes en el desarrollo del proceso.
- Delimitado lo anterior, corresponde realizar un ejercicio comparativo entre la demanda, las excepciones, reconvención u otras peticiones (de ser el caso), y lo resuelto en la sentencia o auto definitivo.
- Ulteriormente, luego del ejercicio comparativo descrito *ut supra*, corresponde justificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, si en efecto existe el yerro o incongruencia alegada: Si se ha otorgado más de lo pedido (*plus o ultra petita*), si se ha concedido algo distinto a lo pedido (*extra petita*), o se ha dejado de resolver sobre algo pedido (*citra petita*) (*debida fundamentación y demostración*).
- El yerro acusado, debe ser determinante en la parte dispositiva de la sentencia impugnada (*principio de trascendencia*).

**6.3.1)** El recurrente, al fundamentar su propuesta casacional, en lo primordial esgrime los siguientes argumentos:

*“ (1/4) Banco Pichincha contestó la demanda y se excepcionó en relación al fundamento mencionado por el actor en su demanda que fue el estar en la Central de Riesgos con una calificación “E” a pesar de tener una hipoteca, trabándose la litis exclusivamente en torno a dicha afirmación. En virtud del principio de congruencia, la sentencia recurrida debió decidir únicamente sobre los aspectos que se fundamentaron en la demanda.*

*No obstante en la parte resolutive de la sentencia se creó **una supuesta obligación de Banco de: “1/4 a la fecha de cancelación de la deuda 6 de mayo de 2006, el Banco Pichincha C.A., tenía la obligación de oficiar directamente a la Central de Riesgos o***



solicitar al Juez de la causa a través del juicio Ejecutivo, se le restablezca su calificación de riesgo<sup>1/4</sup> °, cuestión que no fue alegada en la demanda. Insisto, en ningún momento el actor relato o alegó una supuesta obligación de eliminarlo del Registro de Datos Crediticios.

Es claro entonces que **la sentencia resolvió algo que no fue objeto de litigio**, pues el reporte a la Central de Riesgos y el hecho de sacar a borrar del Registro de Datos Crediticios nunca fue objeto de demanda, conforme se ha señalado. Debo insistir en que, al no haberse fundamentado la demanda en una supuesta conducta ilegítima de no retirar al actor del Registro de Datos Crediticios, el juez ni el tribunal podía haber resuelto sobre ello. Por tanto, se evidencia que se configuró el vicio de extra petita por cuanto el tribunal ad quem resolvió algo distinto a lo demandado por el Actor.

En conclusión, se ha demostrado como la sentencia recurrida ha incurrido en un vicio de incongruencia extra petita y, por tanto, debe ser casada con fundamento en el caso tercero del Art. 268 de COGEP. La existencia de este vicio es una clara contravención a lo prescrito en el Art. 92 del COGEP según el cual <sup>a</sup> Las sentencias deberán ser claras, precisas y congruentes con los puntos materia del proceso. **Resolverán sobre las peticiones realizadas por las partes y decidirán sobre los puntos litigiosos del proceso<sup>o</sup>.** (Resaltado fuera del texto), implica una transgresión a lo previsto en el artículo 294 No. 2 del COGEP que establece que el Juez fija el objeto de la controversia al momento de la audiencia preliminar y en efecto dicho objeto dice; <sup>a</sup> <sup>1/4</sup> de acuerdo a los fundamentos de su demanda<sup>1/4</sup>.<sup>o</sup> y contraría al principio dispositivo previsto en los artículos 18 y 19 del Código Orgánico de la Función Judicial que dispone que los jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso, principio artículo 76 de la Constitución que establece la garantía del debido proceso en su numeral 1. (<sup>1/4</sup>)<sup>o</sup> (Sic)

De forma concreta, el recurrente, acusa *extra petita*, ya que indica que la parte actora nunca planteó como uno de los actos antijurídicos que provocaron el daño moral, su reporte y, calificación en el Registro de Datos Crediticios, menos aún el no retiro de sus datos del mismo.

**6.3.2)** En el *in examine*, se precisa una revisión del fondo del caso a fin de evidenciar si existió o no un vicio de incongruencia, para ello se requiere determinar si se ha otorgado más de lo pedido (*plus o ultra petita*), si se ha concedido algo distinto a lo pedido (*extra petita*), o se ha dejado de resolver sobre algo pedido (*citra petita*). Las garantías normativas que regulan la emisión de la resolución judicial, determinan que ésta debe decidir con claridad los puntos sobre los que se trabó la litis y los incidentes originados durante el juicio, fundándose en la Constitución, la ley y los méritos del proceso; la omisión de resolución de las pretensiones o el otorgamiento más allá de aquellas, o algo distinto a las mismas, constituyen errores *in iure*, que dan lugar a la casación.

Lo que jurídicamente calificado como *traba de la litis*<sup>o</sup>, se compone de la pretensión formulada por el actor en la demanda, (exigencia fundada o no) y de la resistencia esgrimida en contra (excepciones). Fijados los puntos del litigio y desarrollada su discusión, corresponde al órgano jurisdiccional, pronunciarse y decidir sobre cada una de las cuestiones o razones que fundamentan la pretensión y la oposición, para construir los fundamentos o la motivación de la decisión, en armonía con lo exigido y las defensas invocadas. El tratadista Humberto Murcia Ballén señala al respecto <sup>a</sup> *1/4 la actividad del juez, al proferir la sentencia, no es ni puede ser ilimitada; que solo puede decidir sin rebasar el campo que le demarquen los litigantes, o, en otros términos, que solamente debe moverse dentro del espacio que le determina el demandante en su demanda o el demandado en la contestación*<sup>o 45</sup>.

Ahora bien, en el *in examine*, se acusa que en la sentencia del *ad quem*, se ha otorgado algo distinto a lo pedido, lo que produjo la vulneración de los artículos 76 y 168 de la CRE, 92, 294.2 del COGEP, y 18 y 19 del COFJ, lo que provocó la inobservancia del principio de congruencia; por lo que, es oportuno examinar si se resolvió *extra petita*.

Para dilucidar aquello, en función del artículo 19 del COFJ, que establece el principio dispositivo, bajo el cual todo proceso se promueve por iniciativa de parte legitimada, este Tribunal contrasta la pretensión de la demanda, las excepciones, su contradictorio, la impugnación, y la resolución recurrida:

---

<sup>45</sup> Humberto Murcia Ballén, <sup>a</sup> *La Casación Civil en Colombia*<sup>o</sup>, Quinta Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez C. Ltda. Santa Fe de Bogotá, Pag. 480.

**6.3.3)** La actora, plantea una acción de daño moral, estableciendo la siguiente pretensión:

<sup>a</sup> (1/4) *PETICION.- En vista de los argumentos esgrimidos y la magnitud de los perjuicios ocasionados, solicito a usted señor (a) Juez (a) de la Unidad Judicial Civil de esta Ciudad de Manta, para que una vez calificada y admitida a trámite esta demanda por DAÑO MORAL, amparado en lo estipulado en el TITULO XXXIII, en sus Art. 2232, 2233, 2234 y siguientes del Código Civil vigente, en concordancia con el Art. 289 del Código Orgánico General de Procesos, demando en juicio de PROCEDIMIENTO ORDINARIO, acción de daño moral, que comporta a la vez un daño material, como ocurre en el presente caso, cuando el mismo hecho concomitante lesivo de daño causado por el Banco Pichincha C.A., en su intervención o hecho antijurídico ejecutado dentro del juicio ejecutivo # 13306-1996-0273 me produjo un perjuicio pecuniario y un dolor o sufrimiento moral, para que en sentencia el BANCO PICHINCHA C.A., sea condenado al pago de la suma de USD \$ 3000.000,00, dado su situación económica de liquidez, por daños y perjuicios ocasionados a mi persona, además reclamo el pago de costas y honorarios profesionales de mi abogado patrocinador que me he visto obligada a contratar para deducir esta acción.*(1/4)<sup>o</sup> (Sic).

En función del contradictorio, la parte accionada, contesta la demanda alegando excepciones previas y de fondo, negando los fundamentos de hecho y de derecho planteados por la actora, según lo señalado en el numeral 4.2 de esta sentencia.

**6.3.4)** Descrito lo anterior, jurisdiccionalmente, sobre la base de la traba de la litis, correspondía al *ad quem*, justipreciar los elementos probatorios aportados y fijar si se tenían como hechos ciertos aquellos necesarios para determinar su correspondencia o no con los fundamentos facticos y jurídicos planteados por la parte accionante, o, *a contrario sensu*, con las excepciones o argumentos deducidos por el legítimo contradictor, a fin de dilucidar sobre la procedencia o no de la demanda de daño moral.

**6.3.5)** De la revisión del planteamiento realizado por la parte recurrente, no se evidencia argumento adecuado alguno tendiente a realizar un ejercicio comparativo entre los elementos fácticos y jurídicos contenidos en la súplica y su contradictorio ejercido en la contestación a la demanda, con la propuesta de excepciones, y lo resuelto en sentencia; *a contrario sensu*, los enunciados esbozados en torno a que en la sentencia del *ad quem*, se otorgó algo distinto a lo pedido, se reduce a cuestionar ciertos *obiter dicta*, desarrollados en la sentencia para concluir reformando la decisión apelada; entonces siempre se concedió lo pedido, y no se otorgó algo distinto en el caso, ya que la pretensión siempre fue la declaratoria del daño moral y la cuantificación del monto del mismo; ergo, la propuesta impugnatoria adolece de debida fundamentación y demostración, por tanto no es trascendente, menos aún procedente.

**6.4) Estudio de la causal cuarta prevista en el artículo 268 del COGEP, en relación con el argumento planteado por el recurrente Carlos Enrique Bowen Delgado.**

La causal establecida en el numeral 4 del artículo 268 del COGEP, señala lo siguiente:

*<sup>a</sup> Art. 268.- Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos (1/4)*

*4. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia o auto<sup>o</sup>.*

Del ámbito literal y teleológico establecido en la norma invocada, se avizoran tres modos de infracción, tres vicios o cargos a través de los cuales se puede interpelar una sentencia del *ad quem*, vía recurso de casación, en procesos de conocimiento, cargos que, a su vez, conducen a otros dos modos de infracción. Ergo, en la sentencia, el primer yerro, puede ocurrir por: 1) aplicación indebida, 2) falta de aplicación, o, 3) errónea interpretación, de <sup>a</sup> preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba<sup>o</sup>; y, el segundo por: a) equivocada aplicación, o, b) por la no aplicación de normas de derecho sustantivo; *per se*, para la procedencia del recurso por la causal objeto de análisis, es

imprescindible la concurrencia de dos infracciones continuadas, la primera de <sup>a</sup>preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba<sup>o</sup>; y, la segunda de <sup>a</sup>normas de derecho sustantivo<sup>o</sup>, lo cual se explica por el doctor Carlos Ramírez, en el siguiente sentido:

*<sup>a</sup> Estas exigencias completan la figura de la violación indirecta que tipifica esta causal; pues el error respecto a los preceptos jurídicos aplicables a la violación de la prueba conduce a otra violación, a la violación de normas de derecho sustantivo. Es decir que, si no hay violación de un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, no puede haber violación de la norma sustantiva como para configurar esta causal<sup>46o</sup>.*

Ergo, del análisis de la causal de casación propuesta, se advierte que, para su procedencia, se debe discriminar los siguientes aspectos, al momento de fundamentar la misma:

- Se debe elegir uno de los cargos casacionales descritos en la norma: Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación (*principio de taxatividad*).
- La fundamentación de la causal de casación por más de uno de los cargos indicados *ut supra*, en relación con la misma norma violada, conlleva a la contradicción de la propuesta casacional, toda vez que, cada cargo casacional cuenta con su naturaleza jurídica, y características únicas y contrapuestas entre sí (*principio de no contradicción*).
- El cargo casacional escogido, debe ir relacionado con un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba.
- La violación del precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, por medio de uno de los cargos casacionales señalados *ut supra*, a la vez, debe derivar en una equivocada aplicación o en la no aplicación de normas de derecho (norma sustantiva). De este enunciado,

---

<sup>46</sup> Carlos Ramírez, *Medios de impugnación en el Código Orgánico General de Procesos*, Grupo Editorial ONI, Primera Edición, Quito ± Ecuador, pag. 120

se desprende también dos cargos que deben justificarse en la propuesta casacional: 1) Equivocada aplicación; o, 2) No aplicación, de normas de derecho sustancial.

Así también, para una correcta argumentación de la causal de casación aludida, se debe identificar varios aspectos, a saber:

- El medio o medios de prueba en los que, según el argumento casacional, se ha infringido la norma que regula la valoración de dichas pruebas.
- La norma o normas que regulan la valoración de la prueba, cuya aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación se acusa.
- Identificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, en que consiste la trasgresión acusada, estableciendo el nexo entre los medios de prueba y la norma violada.
- Singularizar la norma sustantiva que como consecuencia del yerro *in iure* acusado, ha sido **indirectamente** transgredida.

Ergo, frente a este cargo casacional, es preciso observar que:

*“La demostración de este caso implica revisar la aplicación de los preceptos jurídicos relativos a la valoración de la prueba, lo que conduce a corregir el error judicial de la segunda violación, aplicando otras normas de derecho sustancial o a la aplicación de las que la sentencia no ha aplicado (1/4) la valoración de la prueba es la operación mental que realiza el juzgador para, con la debida argumentación y ponderación, determinar si los hechos del caso tienen relación con la norma o normas a aplicar y conducir si son ciertas o no las afirmaciones del actor y/o del demandado; y, sobre todo, la valoración implica una decisión sobre la credibilidad de la fuente  $\pm$  medio de la*

*prueba(1/4) la facultad de valorar prueba es privativa de los jueces de instancia; por lo que el tribunal de casación, en la primera fase de tratamiento del recurso, no puede juzgar los motivos que formaron la convicción del tribunal ad quem, ni realizar una valoración nueva y distinta de las pruebas que obran de autos, sino comprobar si en la valoración de la prueba se ha violado o no los preceptos jurídicos relativos a la valoración de la prueba y si esta violación ha conducido a la violación de las normas sustantivas.*<sup>47o</sup>

**6.4.1)** Descrita la naturaleza jurídica del cargo planteado, corresponde confrontar el mismo con los yerros *in iure* acusados por la parte recurrente, admitidos a trámite, esto es la falta de aplicación del artículo 164 del COGEP, y la violación indirecta de los artículos 1572, 2231 y 2232 del Código Civil, quien sostiene lo siguiente:

*a (1/4) Ahora bien, se hace necesario resaltar que, entre las pruebas admitidas y practicadas en este proceso para demostrar los hechos y justificar la pretensión conforme lo exige la Ley, se encuentra la Copia Certificada de la sentencia No. 008-16-SIS-CC, de fecha Quito 2 de marzo del 2016, dictada por la Corte Constitucional del Ecuador, visible de fojas 1629 a 1637, en la que se señala que, los documentos contables que acrediten haber realizado el desembolso del supuesto crédito por parte del Banco Pichincha a mi favor y que originó el desembolso del supuesto crédito por parte del Banco Pichincha a mi favor y que originó el juicio ejecutivo No. 13306-1996-00273, que me causó graves daños y perjuicios tanto morales como económicos, no existen en la entidad demandada, esto es, en el Banco Pichincha, por lo que la Corte no podía obligar al Banco a generarlos; con lo que se desvanece la afirmación hecha por el Banco Pichincha, del supuesto préstamos que me dieron, y por el cual me demandaron injustamente en el juicio ejecutivo, y , en consecuencia, se desvirtúa probatoriamente la aseveración hecha (1/4)*

*Prueba que al no ser valorada se incurre en una violación del precepto jurídico aplicable a la valoración de a prueba, esto es, el artículo 164 del COGEP, incurriéndose en la causal invocada.*

*Así mismo, consta como medio probatorio el Informe Pericial emitido por el Magister en Auditoria Willian Alonzo Gracia, que obra de fojas 1951 a 1962, y que fue debidamente*

---

47 Carlos Ramírez, *Medios de impugnación en el Código Orgánico General de Procesos*, Grupo Editorial ONI, Primera Edición, Quito ± Ecuador, pag. 120 -121.

*sustentado en audiencia acorde a lo exigido por la Ley, en el cual constan los valores que, en caso de haber existido la obligación, le correspondía cobrar el Banco Pichincha por el supuesto crédito que me habían concedido, y que se traducen en la cantidad de USD. 8.435,63 y no en la suma de USD. 70.437,77, como cobró, existiendo un diferencial adicional que pagué ilegítimamente al Banco en la cantidad de USD. 61.636,87 dólares, lo que se traduce en grave perjuicio material, tanto por el pago hecho en demasía, como por el hecho de que de haber cobrado lo que según correspondía, es decir, USD. 8.435,63 jamás hubiese sido necesario rematar mi planta industrial valorada en USD. 1.419.826,80 dólares, conforme se desprende del avalúo realizado dentro del juicio ejecutivo No. 13306-1996-00273, prueba que tampoco fue valorada en la sentencia de marras para determinar el valor de la indemnización, incurriendo en la infracción indicada.*

*De lo manifestado, se traduce que, el perjuicio causado, en el supuesto no consentido de que la obligación con el banco hubiese existido, es de USD. 1.411.391,17 dólares, que es el diferencial que resulta entre el valor de mi planta industrial ilegítimamente rematada y el valor real supuestamente adeudado, el cual, multiplicado por los 16 años que el Depositario Judicial estuvo a cargo la planta industrial producto del embargo, la cual estuvo deteriorándose y me impidió tener actividad comercial con la que sustentaba a mi familia, totalizan la cantidad USD. 22.582.258,72 dólares de perjuicio, ocasionado en mi contra por el Banco Pichincha producto de su mal proceder, en razón de que como bien señala la sentencia de marras (¼)*

*tuve la voluntad de pagar la supuesta deuda y buscar mecanismos distintos para hacerlo de forma inmediata, con el objeto de impedir la continuidad del daño por más tiempo, y el Banco Pichincha me anuló esa posibilidad ocasionando que los daños y perjuicios a mi persona y patrimonio se continuaran perpetrando por más de dos décadas, constituyéndose esto es un acto ilegítimo.*

*De lo expuesto el yerro en el que se incurrió en cuanto a la valoración de la prueba (¼) se omitió valorar medios de prueba que obra del proceso, esto es, la Copia Certificada de la sentencia No. 008-16-SIS-CC, de fecha Quito 2 de marzo del 2.016, dictada por la Corte Constitucional del Ecuador, visible de fojas 1629 a 1637, en la que se señala que, los documentos contables que acrediten haber realizado el desembolso del supuesto crédito por parte del Banco Pichincha a mi favor no existen en la entidad demandada, esto es, en el Banco Pichincha, y cuyo valor probatorio fue descrito en puntos anteriores; el Informe Pericial emitido por el Magister en Auditoria Willian Alonzo Gracia, que obra de fojas 1951 a 1962, y que fue debidamente sustentado en audiencia acorde a lo exigido*



*por la Ley, en el cual constan los valores que realmente debió cobrar el Banco Pichincha por el supuesto crédito que me habían concedido, demostrándose con ello el cobro ilegítimo que hizo de mi dinero; los escritos pertenecientes al juicio ejecutivo No. 13306-1996-0273, en los que se impugnaba la liquidación y el banco se oponía generándome un grave perjuicio económico con ello, y el valor del avalúo de la planta industrial de mi propiedad que fue embargada y rematada injustamente por el Banco, que indiscutiblemente constituyen medios probatorios de importancia para la decisión de la causa, pues influyen directamente en la proporción de la indemnización por los daños, y que como muestra la sentencia recurrida no fueron considerados al momento de evaluar los daños, puesto que de haber sido considerados y valorados como medios de prueba, la decisión de la causa hubiese sido distinta en cuanto al valor de la indemnización. (1/4)*

*De esta manera, por el yerro en la valoración probatoria de la forma en que ha sido expuesta, se incurrió por consiguiente, en la violación de los artículos 1572, 2231 y 2232 del Código Civil, en cuanto a la falta de determinación del valor a indemnizar por daño emergente y lucro cesante y el último artículo por cuanto dicha norma establece en su último inciso que la determinación del valor de la indemnización del daño moral queda a la prudencia del juez, prudencia que no fue aplicada (1/4)° ( Sic).*

**6.4.2)** De los enunciados planteados, se verifica que el contenido de la propuesta casacional, procura sostener el cargo de **falta de aplicación de la ley**, el mismo, en el caso 4 del artículo 268 del COGEP, opera cuando el juzgador omite aplicar al caso controvertido normas atinentes a preceptos jurídicos relacionados con la valoración de la prueba, cuya observancia era exigible, y que de haberlo hecho, dicha situación, por efecto, determinaba la aplicación real y correcta de las normas de derecho sustantivo en la sentencia.

**6.4.3)** Delimitados y observados los principios de taxatividad y autonomía, en la propuesta casacional planteada, corresponde verificar si la misma no incurre en la vulneración de otros principios que rigen el medio de impugnación, así mismo, si está dotada de sustento y argumento válido, al respecto:

**6.4.4)** El recurrente incurre en una imprecisión, ya que, procura de parte del Tribunal de casación una nueva valoración probatoria, dicha cuestión la encontramos en el relato de la fundamentación.

Ergo, este Tribunal advierte que el cargo planteado, incurre en la prohibición establecida en el cuarto inciso del artículo 270 COGEP, que señala: *“No procede el recurso de casación cuando de manera evidente lo que se pretende es la revisión de la prueba”*; y, al configurarse tal pretensión, en los enunciados de la formulación propuesta, dicha cuestión deriva en la transgresión del principio de *no debate de instancia*, ya que se evidencia que la parte impugnante procura una nueva valoración probatoria, situación proscrita en sede casacional, así lo ha expresado esta Alta Corte en sus resoluciones:

*“(1/4) La valoración de la prueba es una operación mental en virtud de la cual el juzgador determina la fuerza de convicción, en conjunto, de los elementos de prueba aportados por las partes, para inferir si son ciertas o no las afirmaciones tanto del actor como del demandado, en la demanda y la contestación a la demanda respectivamente. Esta operación mental de valoración o apreciación de la prueba es potestad exclusiva de los jueces y tribunales de instancia; el Tribunal de Casación no tiene atribuciones para hacer otra y nueva valoración de la prueba, sino únicamente para comprobar si en la valoración de la prueba se han violado o no las normas de derecho concernientes a esa valoración, y si la violación en la valoración de la prueba ha conducido indirectamente a la violación de normas sustantivas en la sentencia (1/4)*

*la valoración de la prueba es una atribución jurisdiccional soberana o autónoma de los jueces o tribunales de instancia. El Tribunal de Casación no tiene otra atribución que la de fiscalizar o controlar que en esa valoración no se haya violado normas de derecho que se regulan expresamente la valoración de la prueba (1/4)”*<sup>48</sup>

Es preciso señalar que la valoración de la prueba, está vedada en esta sede, pues la misma, es propia de los Tribunales de instancia, evidenciándose de la fundamentación esgrimida que, existe una evidente intención de abrir la discusión probatoria del proceso nuevamente, lo cual es violatorio al principio de *“no debate de instancia”*, por el cual, dado que el recurso de casación no tiene la finalidad de juzgar nuevamente, sino puntualmente corregir el error de legalidad en la sentencia que se

---

48 Corte Suprema de Justicia, 11-II-99, Expediente No. 83-99, Primera Sala, R.O. 159, 30-III-99.

impugna, la fundamentación pertinente, es la encaminada al ejercicio de demostración de dicho error y su incidencia en la sentencia, lo cual a decir de Murcia Ballén "*se apunta a la corrección de errores de derecho y no a clarificar la situación fáctica en que se fundamenta la sentencia de instancia*"<sup>49</sup>. La parte recurrente debía delimitar el ámbito de los preceptos de valoración probatoria soslayados y su trascendencia, lo cual no es lo mismo que realizar valoración de la prueba, por lo cual se descarta la existencia de los yerros imputados relacionados con los artículos acusados.

Por otra parte, se verifica que, la casacionista, no desarrolla el fundamento del cargo, con el carácter técnico que exige el medio de impugnación, ya que, de forma por demás abstracta, en sus enunciados, hace relación a un sinnúmero de medios de prueba en las cuales presuntamente se observa una violación de los preceptos del artículo 164 del COGEP, sin identificar, en concreto, cual es el medio o medios de prueba respecto de los cuales no se aplicó el precepto jurídico acusado como violado, lo que impide la demostración adecuada del nexo entre estos dos presupuestos, lo que torna a su propuesta impugnatoria en vaga y estéril, tanto más que, lo que se verifica conforme lo indicado *ut supra*, es un debate de instancia, proscrito en esta sede.

**6.4.5)** Sin dejar de lado las imprecisiones técnicas descritas en los párrafos que preceden, corresponde analizar el yerro *in iure* propuesto; ahora bien, desde la órbita del régimen procesal vigente, el Título II, del COGEP, hace relación a la prueba, por su parte, el Capítulo I, establece las reglas generales; así, respecto a su valoración, la prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión.

Frente a lo señalado en el párrafo que precede, es preciso indicar que, en torno al artículo 164 del COGEP, dicha norma establece el sistema de sana crítica para la valoración de la prueba indicando que <sup>a</sup> *La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo a las reglas de la sana crítica*<sup>o</sup>, norma en la cual se obliga al juzgador a <sup>a</sup> *justipreciar la prueba en su conjunto y a aplicarle a toda ella las normas y los juicios lógicos y axiológicos*<sup>o50</sup>, garantía normativa que según la línea argumentativa de esta Sala, al no ir concatenada con otra regla jurídica, no se constituye en un precepto jurídico de

---

49 Murcia Ballén, Humberto, "*Recurso de Casación Civil*", 4a edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996, p. 59

50 Luis Cueva Carrión, *La Casación en Materia Civil*, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2011, p. 304

valoración probatoria, en *estricto sensu*, por lo que se descarta el yerro aludido.

En conclusión el Tribunal *ad quem*, en el marco de sus atribuciones constitucionales y legales, justipreció las pruebas aportadas por las partes, sin haber violado normas de derecho concernientes a esa valoración; por otra parte, no se verifica que la cuestión alegada por la parte impugnante, haya conducido indirectamente a la violación de normas sustantivas en la sentencia, relacionadas con la esencia del daño moral.

Dicho lo anterior, es preciso señalar que entre las características del recurso extraordinario de Casación, se encuentra su carácter eminentemente formalista, el cual <sup>a</sup> *impone al recurrente, al estructurar la demanda con la cual lo sustenta, el inexorable deber de observar todas la exigencias de la técnica de casación, a tal punto que el olvido o desprecio de ellas conduce a la frustración del recurso y aun al rechazo in limine del correspondiente libelo<sup>o 51</sup>*; en este sentido, le corresponde al Tribunal establecer la existencia de los yerros imputados en la línea de otorgar procedencia del recurso cuyo efecto es dejar sin valor la sentencia impugnada, lo cual, por falta de debida fundamentación y demostración, y trascendencia, en la propuesta planteada, es imposible.

#### **6.5) Análisis de la causal 5 descrita en el artículo 268 del COGEP, como cargo casacional planteado por Carlos Enrique Bowen Delgado.**

El numeral 5 del artículo 268 del COGEP, establece:

*<sup>a</sup> Art. 268.- Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (1/4)*

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

---

51 Humberto Murcia Ballen, *Recurso de Casación Civil*, Ediciones Jurídicas G.I., Sexta Edición, Bogotá, 2005, p.91.

*la sentencia o auto° .*

En el mentado caso, <sup>a</sup> *no cabe consideración en cuanto a los hechos ni hay lugar a ninguna clase de análisis probatorio, pues se parte de la base de la correcta estimación de ambos por el Tribunal de instancia. Cuando el juzgador dicta sentencia y llega a la convicción de la verdad de determinados hechos, alegados ya sea por la parte actora, ya sea por la parte demandada, en la demanda y en la contestación a la demanda, respectivamente; luego de reducir los hechos a los tipos jurídicos conducentes, busca la norma o normas de derecho sustantivo que le sean aplicables. A esta operación se llama en la doctrina subsunción del hecho en la norma. Una norma sustancial o material, estructuralmente, tiene dos partes: la primera un supuesto, y la segunda una consecuencia. Muchas veces una norma no contiene esas dos partes sino que se complementa con una o más normas, con las cuales forma una proposición completa. La subsunción no es sino el encadenamiento lógico de una situación fáctica específica, concreta en la previsión abstracta, genérica o hipotético contenido en la norma. El vicio de juzgamiento o in iudicando contemplado en la causal (1/4) se da en tres casos: 1) Cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y de no haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida. 2) Cuando el juzgador entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto factico diferente al hipotético contemplado en ella. Incurre de esta manera en un error consistente en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido. 3) Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica al interpretar la norma, atribuyéndose un sentido y alcance que no tiene.(1/4)<sup>52</sup>*

Ergo, del análisis de la causal invocada, se advierte que, al momento de fundamentar la misma, para su procedencia, se debe verificar e identificar los siguientes aspectos:

- Se debe elegir uno de los cargos casacionales descritos en la norma: Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación (*principio de taxatividad*).
- La fundamentación de la causal de casación por más de uno de los cargos indicados *ut supra*, en relación con la misma norma o precedente jurisprudencial obligatorio violado, conlleva a la

---

52 Ecuador, Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 323 de 31 de agosto de 2000, juicio Nro. 89-99, R.O. 201 de 10 de noviembre de 2000, y más..

contradicción de la propuesta casacional, toda vez que, cada cargo casacional cuenta con su naturaleza jurídica, y características únicas y contrapuestas entre sí (*principio de no contradicción*).

- El cargo casacional elegido (*aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación*), debe ir relacionado con la violación de una norma de derecho sustancial o un precedente jurisprudencial obligatorio, que debe ser identificado claramente.
- Identificar y demostrar, de forma lógica, clara, completa y exacta, en que consiste la trasgresión acusada (*debida fundamentación y demostración*)
- La violación de la norma o precedente jurisprudencial obligatorio, por medio de uno de los cargos casacionales señalados *ut supra*, debe ser determinante en la parte dispositiva de la sentencia impugnada (*principio de trascendencia*).

La causal 5 del artículo 268 del COGEP, contiene la llamada violación directa de la ley sustantiva o de los precedentes jurisprudenciales obligatorios en la sentencia recurrida, que haya sido determinante de su parte resolutive, sobre la misma, esta Alta Corte ha señalado:

*<sup>a</sup> 1/4 se trata de la llamada transgresión directa de la norma legal en la sentencia, y en ella no cabe consideración respecto de los hechos, pues se parte de la base que es correcta la apreciación del Tribunal ad-quen sobre el valor de los medios de prueba incorporados al proceso, por lo que corresponde al tribunal de casación examinar, a base de los hechos considerados como ciertos en la sentencia, sobre la falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de los artículos citados por el recurrente<sup>o 53</sup>*

Frente a esta causal, es preciso analizar el concepto de norma sustantiva, al respecto, esta Alta Corte,

---

53 Resolución 192 de 24 de marzo de 1999, juicio No. 84-98 (Villaroel vs. Licta)R.O.S. 211 de 14 de junio de 1999.

ha indicado lo siguiente:

*<sup>a</sup> (1/4) Norma sustancial que la doctrina actual la concibe como aquella<sup>1/4</sup> que declara o regla la existencia, inexistencia o modificación de una relación jurídica sustancial o material<sup>o</sup> (Zenón Prieto Rincón, Casación Civil, Ediciones Librería de Profesional, Bogotá, 1989, p. 14). La norma sustancial de derecho estructuralmente contiene dos partes: 1) un supuesto de hecho, y, 2) un efecto jurídico. La primera consiste en una hipótesis, un supuesto; en tanto que, la segunda viene a ser una consecuencia, un efecto. La norma de derecho sustancial, como ya se dijo reconoce derechos subjetivos de las personas, elimina, crea o modifica la relación jurídica sustancial; pero fundamentalmente parte del supuesto para otorgar un efecto; cuando no se encuentren esas dos partes en una norma sustancial de derecho, es porque la norma se halla incompleta, por lo que hay que complementarla con otra norma u otras normas y así formar la proposición jurídica completa, es decir, deben integrarse las normas de derecho complementarias que permitan hacer la proposición de derecho completa para que así tenga el supuesto de hecho y el efecto jurídico. El juez, al fallar, establece una comparación entre el caso controvertido y la o las normas de derecho que reglen esa relación (1/4)<sup>o</sup> <sup>54</sup>*

**6.5.1)** Descrita la naturaleza jurídica del cargo planteado, corresponde confrontar el mismo con los yerros *in iure* acusados; al fundamentar el medio de impugnación, la parte recurrente señala:

*<sup>a</sup> (1/4) la sentencia de marra infringe el precitado artículo 2231 del Código Civil, pues no le dio o atribuyó la consecuencia jurídica que realmente determina la norma, en razón de no haber establecido el daño emergente ni el lucro cesante que dispone dicho artículo, y que me correspondía recibir como parte de la indemnización pecuniaria, sino que, interpretándolo erróneamente, determina, solamente a título de reparación por daño moral la cantidad de NOVENTA MIL DOLARES AMERICANOS, no dándole la interpretación lógico jurídica adecuada.*

*Ya que, es un hecho claro y comprobado que por catorce años el Banco Pichincha retuvo ilegítimamente la cantidad de USD. 49.589,11 dólares, dinero de mi propiedad,*

---

54 Juicio No. 509-2012. Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia.

*producto de un error de cálculo que fue alegado por el compareciente durante año e ignorado por la parte demandada con el ánimo de causarme un perjuicio, dinero del cual me vi privado de obtener ganancias probables por culpa en el actuar del Banco Pichincha, constituyéndose este hecho en un lucro cesante, que no fue considerado en la sentencia de marras que sumado a la falta de indemnización de daño emergente, se configura la infracción expuesta.*

*3.- Esta infracción deviene además en la FALTA DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1572 DEL CÓDIGO CIVIL, DENTRO DEL CASO NO. 5, como norma de derecho sustantivo, que ha sido determinante en la parte dispositiva de la sentencia (¼)*

*correspondía determinar en la sentencia de marras la indemnización del daño emergente y lucro cesante, siendo que la misma no subsumió los hechos ocurridos y demostrados procesalmente en el presente caso, en la precitada norma jurídica, esto es, en el artículo 1572 del Código Civil, la cual los califica jurídicamente, y desde la interpretación lógico jurídica adecuada, efectivamente le correspondía aplicarla acorde con los presupuestos normativos que la misma norma establece; por lo que al omitirse el cálculo tanto del daño emergente como del lucro cesante, eximiéndose a la parte demandada de la obligación que tiene de indemnizarme por estos perjuicios que claramente por disposición legal le corresponde, se infringe el precitado artículo por falta de aplicación. (¼)*

*Y del extracto resolutorio de la sentencia de marras citado al inicio, no se evidencia que, la reparación monetaria ordenada, haya considerado los elementos indemnizatorios establecidos legalmente, esto es, el daño emergente y el lucro cesante, con arreglo al mérito probatorio que arroja el proceso, sino solamente establece una irrisoria indemnización por daño moral que no concuerda con las dos décadas de sufrimiento, pérdidas económicas y materiales, y se aleja por completo de la equidad y la justicia, configurándose de esa manera en una omisión por falta de aplicación del artículo 1572 del Código Civil.*

*4.- DENTRO DEL CASO NO. 5: INFRACCIÓN POR ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 2232 DEL CÓDIGO CIVIL, normas de derecho sustantivo, que fue determinante en la parte dispositiva de la sentencia (¼)*

*De lo que se concluye que la sentencia recurrida no aplica la prudencia que exige la precitada norma, en la determinación del valor de la indemnización que fue condenada a pagar la parte demandada, pues de la misma, no se evidencian los parámetros de*



*cálculos utilizados para determinar el valor por indemnización, así como los fundamentos y elementos probatorios, cuando en el proceso, como se ha indicado, existen medios de pruebas que determinan la magnitud del daño en términos económicos, y que superan los millones de dólares, siendo que, a falta de parámetros idóneos acorde con los medios probatorios, conforme lo exige el artículo 164 del COGEP ya estudiando en este recurso, se evidencia por consecuencia, un cálculo basado en el impulso y en la adivinación, alejado de la realidad propia del caso y de la del compareciente, lo que deviene en una desestimación de todos los daños que han sido causados por la parte accionada en mi contra, y por consecuencia de los medios probatorios, puesto que, fijando la indemnización en la cantidad irrisoria de noventa mil dólares, valorados que resulta lejos del consejo, juicio y aplicación de la acción que exige la prudencia, acorde a todo el tiempo en que fui perjudicado por el Banco Pichincha, esto es, más de dos décadas, producto de todas sus acciones dolosas, más las pérdidas económicas que tuve también a consecuencia de las mismas, se traducen a una miserable cantidad de diez dólares diarios de indemnización, que ha determinado la sentencia de marras como indemnización reparatoria, y que sumados a un mes, no llegan ni siquiera a un salario básico unificado, lo que es un absurdo, sin considerar además, que soy una persona de la tercera edad, que forma parte del grupo de atención prioritaria tal cual lo determina el artículo 35 y 36 de la Constitución de la República del Ecuador.*

*Lo que lleva a hacernos las siguientes preguntas: ¿Es congruente esa cantidad de diez dólares diarios con toda la pérdida de dinero que tuve producto de las acciones dolosas del Banco Pichincha que fueron procesalmente demostradas?, ¿Está acorde ese valor a los principios de la sana crítica?*

*Pues se hace evidente que no se ha elaborado el fallo observando los principios de la lógica, en base a los hechos expuestos, pues la lógica constituye una regla de la sana crítica, y sus principios exigen que las conclusiones fácticas a las que llegan los tribunales provengan de un razonamiento jurídico que se adecuen las pruebas y los hechos afirmados por las partes a las normas, de lo que se deriva conforme indiqué en una valoración absurda de la prueba, que ya fue demostrado en puntos anteriores.*

*(1/4)°*

**6.5.2)** En concreto, el censor, acusa que en la sentencia impugnada existe errónea interpretación del

artículo 2231, falta de aplicación del artículo 1572, y errónea interpretación del artículo 2232 del Código Civil.

**6.5.3)** De los enunciados planteados, se verifica que el contenido de la propuesta casacional, procura sostener el cargo de **falta de aplicación de la ley**, el mismo, opera cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas de derecho sustantivo o precedentes jurisprudenciales obligatorios que ha debido aplicar, y que de haberlo hecho, determinarían que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida.

Asimismo, el recurso, en este punto, sostiene el cargo de **errónea interpretación**, el mismo que opera cuando el juzgador aplicando la disposición pertinente para la resolución del caso concreto, le da un sentido y alcance diferente al expresado por su tenor literal, soslayando el ámbito teleológico de la norma cuestionada.

El autor Jorge Carrión Lugo explicando esta causal señala:

*<sup>a</sup> Habrá interpretación errónea cuando la Sala Jurisdiccional en su resolución le da a la norma un sentido que no tiene: aplica la norma pertinente al caso, pero le otorga un sentido diferente. La interpretación errónea de la norma es una forma de violarla<sup>55</sup>.*

*Per se*, la errónea interpretación de las normas de derecho, consiste en la falta que incurre el juzgador al dar desacertadamente a la norma jurídica aplicada, un alcance mayor o menor o distinto, que el descrito por el legislador, que utiliza para resolver la controversia judicial<sup>56</sup>.

**6.5.4)** Delimitados y observados los principios de taxatividad y autonomía, en la propuesta casacional planteada, corresponde verificar si la misma no incurre en la vulneración de otros principios que rigen el medio de impugnación, asimismo, si está dotada de sustento y argumento válido, al respecto:

---

<sup>55</sup> Jorge Carrión Lugo, *El Recurso de Casación en el Perú, Volumen I*, Segunda Edición, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2003, p. 218.

<sup>56</sup> Sala de lo Civil y Mercantil, Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 10. Pág. 2558. (Quito, 20 de enero de 1998)

**6.5.5)** Se precisa considerar que *“la obligación de reparar el daño causado en la persona o bienes de otro es tan antigua como el hombre mismo”*<sup>57</sup>. Ahora bien, este ámbito conceptual, ha ido mutando en los diversos escenarios temporales. Uno de los hitos, sobre el tema, emerge en la etapa de la venganza, reflejada en el Código de Hammurabi y su Ley del Talión<sup>58</sup>. Como afirma Ihering, *“la injusticia es apreciada no según su causa, sino según su efecto; no según las circunstancias relativas a la persona del actor, sino desde el ángulo de la víctima. La piedra lo ha golpeado, él siente dolor, y el dolor lo empuja a la venganza”*<sup>59</sup>.

Desde un ámbito abstracto, se entiende al daño como el *“perjuicio”* o *“lesión”* que se ocasiona a un ente o realidad, que *prima facie* debió resultar favorable, pero que, a consecuencia de la inobservancia de la norma, la consecuencia es precisamente el quebranto de aquella, dada la importancia de las secuelas que crea en aquel que lo sufre. Ahora, es preciso observar que, si bien el *“daño”* genera el derecho a una reparación, esto es, imponer a quien lo haya cometido el pago de una indemnización, es de relevancia, que el daño sea cierto, concreto; es decir, que haya sido realmente ocasionado, además que el perjuicio sufrido debe ser relevante, osea aquel que trae consigo consecuencias de carácter jurídico.

El daño, *per se*, se erige como el primer elemento o supuesto de la responsabilidad, cuya inexistencia, o falta de prueba, hace infructuosa cualquier imputación frente al causante del mismo. Sin daño, es inoficiosa cualquier actividad procesal encaminada a lograr una respuesta a la súplica presentada argumentando su presencia. Ergo, el daño se refiere a aquel evento en el cual se causa un detrimento o menoscabo, es decir, cuando se vulneran los intereses de una persona en alguna de sus órbitas, en otras palabras, es: *“La ofensa o lesión de un derecho o de un bien jurídico cualquiera”*<sup>60</sup>; ciertos teóricos, sostienen que en esta concepción se debe incluir también la *“amenaza o puesta en peligro del interés”*<sup>61</sup>, con lo cual la función preventiva se materializaría de mejor forma.

---

57 Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Segunda Edición (Bogotá: Editorial Themis, 2016), 189.

58 id

59 Rudolf von Ihering, *Études complémentaires de l'esprit de droit romain* (París: De la Faute en droit privé, 1880), 10 (traducción no oficial).

60 ORGAZ, *“El Daño Resarcible”*, 2ª Edición, Buenos Aires, Pág. 36.

61 DE LORENZO, *“El Daño Injusto en la Responsabilidad Civil”*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Pág. 17.

La Real Academia de la Lengua Española, define al daño en el siguiente sentido: *“detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia”*<sup>62</sup>. Y en nuestra legislación, el artículo 2214 Código Civil, señala que: *“El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.”*<sup>63</sup>

En el sentido indicado, Carbonnier, delimita la responsabilidad civil como la *“obligación de reparar el perjuicio causado a otro”*<sup>64</sup>. *“Con otra orientación, se ha dicho que la responsabilidad civil se traduce en una deuda de reparación que pesa sobre el autor del perjuicio, en provecho de la víctima”*<sup>65</sup>. Ahora bien, la responsabilidad civil, llamada, en la contemporaneidad, por cierto sector de la academia como DERECHO DE DAÑOS, emerge como uno de los pilares básicos del derecho civil patrimonial.

Para lograr un desarrollo armónico y equilibrado de la sociedad, los seres humanos debemos respetar ciertos criterios y principios esenciales. Esta regla está expresada en la antigüedad con el *alterum non laedere*, es decir *“no dañar a otro”*, y en este sentido el no dañar a otro es quizá la más importante regla que gobierna la convivencia humana.

Ahora bien, se precisa comprender la naturaleza del *“daño”*.

En un intento por definir el Daño, Ramírez Gronda señala que es todo menoscabo o detrimento que se sufre física, moral o patrimonialmente, o dicho de otro modo, el perjuicio material o moral sufrido por una persona. Esta definición es insuficiente en cuanto a describir los elementos que componen el daño en sí.

Cabanellas, sostiene que *“Daño”* es todo perjuicio o menoscabo, que por acción de otro se recibe en la persona o en los bienes, y que sus causas pueden ser el dolo, culpa, negligencia, o caso fortuito, según

---

62 Diccionario de la Real Academia Española, *“daño”*, Versión en línea <https://dle.rae.es/da%C3%B1ar?m=form> (consultado el 31 de marzo de 2020).

63 Código Civil

64 CARBONNIER Jean, Droit civil, vol. II, Paris, Themis, 1959, Pág. 569.

65 FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luca, Droit civil. Les obligations, vol. II, París, collection Armand Colin, 1981, Pág. 566.

el grado de malicia, negligencia o causalidad entre el autor y el efecto.

Complementando esta idea, Ossorio señala que si el daño es causado por el dueño de los bienes, el hecho tiene escasa o ninguna relevancia jurídica. La relevancia jurídica se concreta cuando el daño es producido por la acción u omisión de una persona en los bienes de otra. La importancia de esta afirmación es la consecuencia jurídica que genera la consumación del daño por la acción u omisión de esa <sup>a</sup> otra<sup>o</sup> persona, quien puede estar, previo a la generación del daño, vinculada a la víctima o no. Este es el factor que determina que la responsabilidad civil sea contractual o extracontractual.

El artículo 2214 del Código Civil ecuatoriano determina los hechos generadores del daño y prescribe: *“El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.”*<sup>o</sup>

El artículo 1572 del mismo cuerpo normativo establece: <sup>a</sup>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<sup>o</sup>.

Así, la estructura del derecho civil protege a la víctima de los daños, y forja para el agente dañoso la obligación de restituir y/o reparar a esa víctima por el menoscabo patrimonial que su accionar le haya causado. A esta obligación jurídica de indemnizar el daño causado, es lo que de modo general se denomina <sup>a</sup> Responsabilidad Civil<sup>o</sup>, que se distingue de la responsabilidad penal.

La obligación de <sup>a</sup> responder<sup>o</sup> por los daños causados tiene su origen en el principio universal de justicia que pretende la restitución del patrimonio de la víctima al estado anterior a la concreción del acto dañoso. Existe en esta afirmación un elemento filosófico que es el concepto de <sup>a</sup> justicia<sup>o</sup>, y uno económico que es la restitución del detrimento patrimonial.

Jurídicamente el bien tutelado es el derecho subjetivo del agraviado por el daño inferido por la conducta del agente. El fin último de la responsabilidad civil es la indemnización del menoscabo que

se ocasiona a terceras personas como derivación del incumplimiento de una relación jurídica obligacional, o por los efectos negativos que las actividades de una persona generan en otra, sin que exista un vínculo previo entre el generador del daño y la víctima; de los enunciados expuestos emerge el concepto de responsabilidad civil contractual y extracontractual.

El Código Civil ecuatoriano, en su artículo 1453 señala: *“Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”*.

La norma *in comento* establece cuales son las fuentes de las obligaciones en nuestra jurisdicción civil, así, las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones (responsabilidad civil contractual), ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos (responsabilidad civil extracontractual).

Ahora bien, es de relevancia referirnos a la **Responsabilidad Civil Extracontractual**, la misma resulta de la concurrencia de una serie de elementos que tiene como resultado un daño inferido, sin vínculo contractual con la víctima.

Respecto de los requisitos que deben coexistir para la configuración de la responsabilidad civil, en el Ecuador, la Jurisprudencia establecida en la gaceta judicial Año CVIII, No. 3 Página 848 de 19 de marzo de 2007, señala:

*“para la responsabilidad civil debe reunirse estos tres presupuestos o elementos: 1 un daño o un perjuicio, material o moral. 2. Una culpa de mostrada o preexistente. 3. un vínculo de causalidad entre el uno y el otro. En la actualidad, se considera a los términos “daño” y “perjuicio” Como sinónimos, lo que ocurría originalmente, en que*

*como herencia del derecho romano a ambas expresiones se les daba significaciones diferentes. La responsabilidad civil en nuestra legislación es en esencia subjetiva; es decir, requiere la presencia de la culpabilidad como elemento indispensable para su configuración°.*

Sobre la base de lo indicado, es pertinente analizar desde la teoría y jurisprudencia, en tratándose de la responsabilidad civil extracontractual, cuáles son sus elementos:

**El hecho y/ o acto dañoso**, es considerado, tanto por la doctrina como la jurisprudencia, el primer presupuesto de la responsabilidad civil, sobre entendiéndose que este hecho y/o acto debe exteriorizarse, ya que los pensamientos e ideas del ser humano, mientras no tengan presencia en el mundo real, y no sean exteriorizados, no son relevantes para una imputación desde la óptica del derecho; asimismo, para que una conducta externa se considere como acción u omisión, es necesario el concurso de la voluntad, este hecho y/o acto (conducta) debe ser además imputable a un ser humano que tenga la capacidad jurídica para generarlo.

Para hablar de violación de normas legales y reglamentarias, **el hecho que se ha señalado debe ser contrario al ordenamiento jurídico**, es así que la ilicitud objetiva surge de la confrontación de la conducta obrada con la ley en sentido material o lato o amplio, o sea toda norma general dictada por escrito por la autoridad competente, y no en sentido formal (escrito o restringido).

Por otra parte los denominados **factores de atribución** no son otra cosa que la razón suficiente por la cual se justifica que el daño que ha sufrido una persona se traslade económicamente a otro. Vale decir que hay dos principales factores de atribución de responsabilidad civil - subjetivo y objetivo.

El daño en su concepción más amplia es asimilado al perjuicio, puede darse a los intereses materiales de una persona (bienes) o morales (extrapatrimoniales), Juan Larrea Holguin aclara que no debe existir una simple violación de la Ley para que genere la obligación de responder, sino que esta violación **debe haber causado un daño a otra persona o a sus derechos**.

Respecto al nexo de causalidad, la ex Corte Suprema ha señalado <sup>a</sup> *Otro de los presupuestos que debe concurrir para la responsabilidad civil extracontractual es la relación de causalidad entre el hecho y el daño. El principio de que debe haber una relación de causa a efecto entre el hecho ilícito y el daño es claro e indiscutible*<sup>o</sup> (expediente 229, registro Oficial 43, 19 de marzo de 2003)

Sobre la base del análisis desarrollado, es que emergen las garantías normativas de los artículos 2231, 2232 y 1572 del Código Civil, cuya vulneración se acusa.

En el *in examine*, se observa que el *ad quem*, ha identificado el hecho y/ o acto dañoso, contrario al ordenamiento jurídico, respecto del cual ha delimitado el factor de atribución, por haber causado un daño al actor, estableciendo sobre todo la relación de causalidad entre el hecho y el daño, por lo cual ha declarado procedente la demanda, sobre la base de los hechos fijados como ciertos.

Los hechos inamovibles, no establecen a ciencia cierta la verosimilitud de todas las afirmaciones vertidas por el actor, para enervar la prudencia del *ad quem*, al establecer el monto de la indemnización, ya que el origen del conflicto tiene que ver con la existencia de una obligación cambiaria negada y aceptada a la vez por Carlos Bowen Delgado, respecto de la cual curiosamente existía una garantía real (hipoteca); tampoco se determina el nexo de causalidad entre su discapacidad y el hecho dañoso; menos aún el menoscabo de su <sup>a</sup> condición social<sup>o</sup> por los actos del demandado, ya que es claro que Carlos Bowen fue imputado por conductas típicas relacionadas con el fenómeno socioeconómico de las drogas, lo que pudo haber provocado su presunta condición descrita en la súplica, por ello, el modificar el *quantum* indemnizatorio, aduciendo la deficiencia motivacional, y sobre la base de aparentes parámetros no aplicables al caso concreto, practicando una actividad proscrita en sede casacional, cual es la justipreciación del acervo probatorio, enervaría los principios del sistema de justicia en el Estado constitucional de derechos y justicia.

Desde la técnica casacional, al postular la errónea interpretación de normas sustantivas, debía formularse una proposición jurídica, es decir, *prima facie*, aceptar que la norma utilizada es la correcta para la solución del caso, y explicar cuál es la interpretación errada dada a la misma, para



ulteriormente indicar cuál era la interpretación verdadera que correspondía, dicho ejercicio argumentativo no se avizora en la postulación del cargo, lo que deviene en una falta de fundamentación.

Por todo lo indicado, no se advierte falta de aplicación de normas de derecho sustantivo, en la labor intelectual de los juzgadores de apelación; ergo, las afirmaciones esgrimidas por la parte impugnante, a través del medio impugnatorio, no coadyuvan a confrontar el razonamiento del juzgador, sobre las normas que se consideran violadas y por ende provocarían un error de derecho; asimismo, no explica la influencia que han tenido los presuntos *errores in iure*, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada, con lo cual se ve enervado el principio de trascendencia, propio del recurso objeto de análisis; ergo, en el cargo planteado, persistió la ausencia de sustentación suficiente y crítica vinculante, así, las tesis esbozadas soslayaron el principio de debida fundamentación y demostración, por lo que, lo alegado en sede de casación, en torno a que en la sentencia del *ad quem*, se vislumbre una errónea interpretación de los artículos 2231 y 2232 del Código Civil, y una falta de aplicación del artículo 1572 *ibídem*, es improcedente.

#### **SÉPTIMO:**

#### **DECISIÓN.**

En virtud de lo expuesto, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con el artículo 273 y más pertinentes del COGEP, **en voto salvado del doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E), ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,**

#### **RESUELVE:**

**7.1)** Declarar la improcedencia de los recursos de casación planteados por Carlos Enrique Bowen Delgado, actor, y el doctor Santiago Palacios Cisneros, procurador Judicial del Banco Pichincha C.A.

demandado, en virtud de no haber fundamentado los respectivos medios de impugnación conforme lo establecido en la ley de la materia, más aun, no haber demostrado los errores *in iudicando* y los cargos acusados.

**7.2)** Al verificarse la consignación de la caución correspondiente por la parte accionada, y el rechazo total del recurso de casación, conforme la parte final del artículo 275 del Código Orgánico General de Procesos, corresponde al juzgador competente, entregar a la parte perjudicada (actor), por la demora, el valor total de la caución.

**7.3)** Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el proceso al Tribunal correspondiente para los fines de ley.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

DR. ROBERTO GUZMAN CASTAÑEDA

**JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)**

DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA

**JUEZ NACIONAL (E)**

DR. WILMAN GABRIEL TERAN CARRILLO

**JUEZ NACIONAL (E)**