



Carrera de Derecho.

Trabajo de investigación de análisis de caso

Previo a la obtención del título de:

Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador.

Tema:

Caso Civil N° 13337-2018-00016, Seguido por Bowen Delgado Carlos Enrique en contra de banco Pichincha C.A: “Inobservancia del daño permanente e inadecuada valoración de la prueba en la declaración de prescripción de la acción civil de daño moral”.

Autores:

Figuroa Santana Andy David.

Velásquez Gorozabel Luis Andrés.

Tutor personalizado:

Abg. Jorge Luis Farfán Intriago.

Cantón Portoviejo-Provincia de Manabí-República del Ecuador.

2019

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR.

Figuroa Santana Andy David y Velásquez Gorozabel Luis Andrés, de manera expresan hacen la cesión de los derechos de autor y propiedad intelectual del presente trabajo investigativo: Caso Civil N° 13337-2018-00016, Seguido por Bowen Delgado Carlos Enrique en contra de banco Pichincha C.A: “Inobservancia del daño permanente e inadecuada valoración de la prueba en la declaración de prescripción de la acción civil de daño moral”., a favor de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, por haber sido elaborada bajo su patrocinio institucional.

Portoviejo, septiembre 2019.

Figuroa Santana Andy David
C.C.
Autor.

Velásquez Gorozabel Luis Andrés
C.C.
Autor.

INDICE

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR.	I
1. INTRODUCCION	4
2. MARCO TEÓRICO.....	6
1.1. El daño moral: antecedentes y generalidades.....	6
1.2. Definiciones	7
1.3. El daño moral, desde el ámbito procesal.....	9
1.4. Interés legal tutelado	11
1.5. La prueba y su valoración en las acciones civiles.....	13
1.6. La sana crítica, en la valoración de la prueba y reparación del daño moral	15
1.7. Inadmisión de la acción.....	17
2. Análisis de caso.....	18
2.1. Hechos facticos	18
3. Conclusiones	44
4. BIBLIOGRAFIA	45

1. INTRODUCCION

En el Derecho Civil, la figura legal del Daño Moral, siempre ha tenido conflictos, respecto de la interpretación, indemnizaciones, formas de probarse, entre otras, por ello, es significativo el análisis de casos que refieren a esta figura Civil tanto en lo sustantivo como en la parte procesal.

En el caso Caso Civil N° 13337-2018-00016, la problemática encontrada, se enfoca en la procedencia del daño moral en materia procesal, del cómo deben valorarse las pruebas para acoger una excepción como la prescripción de la acción civil por daño moral.

Se va a exponer la inadecuada valoración los hechos y de las pruebas por parte del Juez de primera instancia, quien declara que si ha existido un daño hacia el actor, pero que el plazo para interponer la acción ha caducado, apegándose solo a la legalidad de la norma sin consultar jurisprudencia, ponderar derechos y hacer una correcta valoración de la prueba, púes, entre las principales que adjuntó el actor, y que reconoció el mismo banco están: la retención de fondos al actor por 11 años, que hasta el 2015 lo tenía en central de riesgo sin que tenga deuda alguna, el reconocimiento de los errores de cálculo en los que incurrieron los peritos que practicaron las liquidaciones emitida por los Jueces competentes.

Cabe señalar que, en relación al daño moral, el enfoque involucrado en su naturaleza jurídica, consiste en la tesis de resarcir el daño o satisfacerlo, que alcanza a señalar, que en ningún momento; la indemnización por este tipo de acciones, entra para

satisfacer como un equivalente al daño causado, es decir, lo que tiene que entenderse es que la figura no pretende ponerle precio al dolor, a las afecciones que se le causa a un particular, sino que, más bien; para lo que surgió como institución jurídica, es para poder sancionar al individuo que originó la afectación.

El daño moral, consigue afectar la psiquis de la persona, alcanzando a producir una alteración sobre la denominada Homeostasis, misma que hace referencia a la transformación de aquella capacidad que tienen las personas, para mantener un correcto nivel de salud, en este sentido, no hay que ser médicos para entender que, cualquiera que sea la transgresión, puede llegar a producir una alteración que efectivamente, llega a afectar el equilibrio de la persona, ello, tiende a provocar un sentimiento de angustia, esta zozobra, desasosiego logra desequilibrar emocionalmente, por tal razón, el ordenamiento jurídico contempla una figura que indemniza estas acciones.

De lo antedicho, para la correcta indemnización, las normas procesales, como en todas las materias, obliga a los jueces a que, se valore cada uno de los elementos probatorios, para que en base a criterios universales de equidad, de sana crítica, de legalidad, la parte afectada alcance la justicia que busca por el daño ocasionado.

2. MARCO TEÓRICO

1.1. El daño moral: antecedentes y generalidades.

El daño moral es una figura que aparece desde épocas antiguas, dentro de la historia jurídica, la Dra. María Rueda¹ (2007) como fenómeno de esta figura menciona en un artículo científico:

Un fenómeno que ha podido identificar de manera institucional, una codificación de variada penetración en el campo legal y judicial, en unos casos, orientado hacia una noción amplia de daño moral, en otros confundiéndolo con distintos tipos de daños y, en algunos eventos, concretándole una autonomía a su noción y a su valuación pecuniaria. Por ejemplo el tratamiento del daño a comienzos del siglo XX en Francia e Italia, se dispuso de manera distinta legislativa y jurisprudencialmente. Para algunos autores franceses (entre ellos los doctrinantes Mazeaud y Tunc) cuando se identificaba el daño en el artículo 1382 del Code Civil, se comprendía tanto el daño material como el moral en sentido amplio; otros asumieron una postura cerrada a la interpretación de la norma delineándole exclusivamente rasgos del daño material. Mientras que en Italia el daño moral comprendía sólo y exclusivamente los casos señalados por la ley cuya fuente había sido una conducta ilícita (págs. 21-22)

Etimológicamente, su significado se encuentra en todos los diccionario de derecho, para Cabanellas² (2010): “De forma vasta, el daño moral, es aquella acción que tienen a deteriorar los intereses intrínsecos de las personas, legalmente denominados; legalmente tutelados” (Cabanellas, 2010, pág. 88).

En el Ecuador, esta figura como tal, nace con la Ley sobre la reparación de Daños Morales, recién en 1984, antes de ello, solo eran considerados los daños a bienes de carácter material, esta ley logra contener cerca de 21 situaciones por las que puede

¹ Rueda, M. (2007). *Las vertientes doctrinarias del daño moral o pretium doloris*. Bolivia: Iuris Tantum
² Cabanellas, G. (2010). *Diccionario jurídico elemental*. Buenos Aires: Heliasta.

producirse el daño, entre las cuales, alcanza a contemplar el desprestigio y sufrimiento en la persona, esta ley según Noboa³ (1990): “La ley llegó a promulgarse, en Julio del 1984, con ella se produjo la reformativa al Código Civil, misma que alcanzó a dejar constancia, del alcance además, de la pena en el delito y el cuasi delito, separando a esta acción” (pág. 45).

1.2. Definiciones

La doctrina ha sido la encargada de ampliar las conceptualizaciones, que en la mayoría de los códigos civiles; no es completa respecto de esta institución, en nuestro Código Civil, de esta figura se relacionan los siguientes artículos:

- Art 2234.- independencia de la acción por daño moral.
- Art. 2231.- Las imputaciones de carácter injuriosas, contra la honra o el crédito de un sujeto, esta contiene la declaratoria de demandar indemnización pecuniaria y habla en específico del daño moral.
- Art 2214.- delitos y cuasidelitos.
- Art 1574.- extensión de la reparación.

Revisando a Abarca⁴. (2011), Define al daño, apegándose a la institución legal como: “Lesión, detrimento o menoscabo, que por acción de otro se ocasiona en una persona o en sus bienes. Este daño alcanza a derivarse de un acto de dolo, de culpa o de caso fortuito (pág.36).

³ Noboa, R. (1990). Daño Moral en la Legislación Ecuatoriana. Quito: Jurídica.

⁴ Abarca, L. (2011). *El daño moral y su reparación en el derecho positivo*. Quito: Jurídica del Ecuador

Para Noboa Bejarano⁵ (2010):

Esa misma moral, logra decirle de forma incansable, al que agredió sea por pasión, o por error; originado en presiones de carácter social o político, de ocasión, pudiendo ejecutarse por temas caprichosos, sensacionales; o por simple y frecuente pequeñez humana, entendamos que el reparar un daño no únicamente se refiere a la temática de precio y pago: que es asunto de vida, y que la vida es más larga que una deuda, y más exigente y grave que una disposición legal. Y que no se repara un honor ofendido; con sólo reconocer y pedir perdón o excusa, sino también y sobre todo haciendo la demostración de un cambio de actitud y de vida, que si la verdad es muy cara, solo con ella se adquiere la verdadera libertad. Cuanto valgo Yo?. Valgo mi libertad, mi honor y mi verdad. Nada más (pág. 33).

Calles Poveda⁶ (2018) citando a García Falconí, expuso:

Aquella especie de agravio implicado con la violación de alguno de los derechos personalísimos sea de sus derechos subjetivos que protegen como bien jurídico los presupuestos de la personalidad, la paz, la tranquilidad de espíritu, la vida íntima o derecho de privacidad, la libertad individual, la integridad física, el honor, la honra de la persona. Entonces se entiende que la figura de daño moral es utilizada para definir el menoscabo que sufre una persona en su honra, sentimiento, en su intimidad, pero que por su naturaleza subjetiva no es susceptible de cuantificación económica (pág. 10).

De lo manifestado, puede señalarse que, por daño moral ha de identificarse o concebirse a aquella figura legal, que logra atañer de manera exclusiva, al agravio psíquico, emocional e inclusive físico, al que se somete a una persona, la persona logra sufrirlo con la acción de otra, también por la omisión, que daña su salud, su integridad, su espíritu.

La doctrina además, ha logrado identificar tres clases de daño moral que encierran a estas definiciones generales: así Torralba⁷ (2014) señala los siguientes:

⁵ Noboa, R. (2010). *EL daño moral*. Quito: Jurídica Cevallos.

⁶ Calles, L. (2018). *La discrecionalidad que otorga el Código Civil a los jueces para la valoración del daño moral, viola el Derecho a la Seguridad Jurídica*. Recuperado (02, septiembre, 2019). Disponible en: (<http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/16088/1/T-UCE-0013-JUR-055.pdf>)

⁷ Torralba, P. (2014). *Daños permanentes, continuados y sobreenvenidos*. Recuperado el: [01 de junio de 2019]. Disponible en:

1. Daño continuado o de producción sucesiva.
2. Daños sobrevenidos.
3. Daños permanentes o duraderos (pág. 52).

De estas clases, hay que entender que, el daño continuado o de producción sucesiva, se identifica como aquel que logra producirse, día a día, ello, es el resultado de una actividad dañosa continua, pero: “Para que exista daño continuado, es necesario que el perjudicado lo esté sufriendo realmente a diario” (Torralba, 2014, pág. 52).

Por su parte, el autor menciona del segundo tipo de daño, esto es, los daños sobrevenidos, son aquellos consiguen manifestarse luego de que transcurre cierto espacio de tiempo, es decir: “Después de la causa que llegó a producirlos” (Torralba, 2014, pág. 52).

Respecto de los terceros, esto es, los daños permanentes o duraderos, el autor los define como aquellos que se produjeron en un determinado tiempo, cuyos efectos tienden a durar un largo tiempo, inclusive menciona que por la duración o prolongación puede llegar a agravarse. Por todo lo manifestado, es que se ha configurado la figura de indemnización, o reparación cuando se ocasiona un daño moral a una persona en los ordenamientos.

1.3. El daño moral, desde el ámbito procesal.

El daño del Daño Moral, se ejecuta mediante acción civil, es decir, cuando acontece el escenario de que una persona se ha sentido afectada de sus derechos

[<http://academicae.unavarra.es/xmlui/bitstream/handle/2454/11264/torralba69066.pdf?sequence=1&isAllowed=y>].

extrapatrimoniales, como es la moral de las personas, tiene el derecho de hacer reclamos de su reparación.

La Acción, logra definirse como: “Aquella facultad, que le otorga a ley a todo individuo, para que reclame ante los Jueces competentes, lo que considere que le corresponde de modo justo; de este modo, toda acción civil; como fin tiene el resarcimiento de carácter pecuniario, por los daños y perjuicios que hayan afectado el patrimonio de otra persona” (Calles, 2018, pág. 16).

Por su parte, el Dr. García Falconí⁸ (2004) establece el objeto de esta acción:

- 1) Que se obtenga la restitución de los efectos provenientes del delito; 2. En subsidio, obtener el pago del valor de esos mismos efectos cuando ellos han perecido para su dueño. 3. Obtener la indemnización por daños y perjuicios causados por el delito o cuasidelito. 4. Obtener las reparaciones pecuniarias en beneficio del ofendido (pág. 69).

En nuestra legislación, la acción de daño moral, es totalmente independiente, no hace falta que se tenga alguna resolución para interponer la acción por esta figura legal, ellos se manifiesta en el Código Civil

...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.” (Asamblea Nacional, 2015)⁹

Al indicar la independencia de la acción, la ley declara la posibilidad de la interposición de esta sin que, como se ha mencionado, exista algún requisito previo, y le faculta de forma exclusiva, al sujeto afectado, por el agravio; a interponer esta acción.

⁸ García, J (2004). *Manual Teórico Práctico en Materia Civil: Análisis Jurídico de la Ley No. 171 que regula la Reparación por Daño Moral en el Código Civil*. Quito: Universitaria.

⁹ Ecuador, Asamblea Nacional. (2015). *Código Civil*. Quito: CEP.

1.4. Interés legal tutelado

Se ha venido mencionando en las definiciones del daño moral, que este demanda el reparo de la lesión de un interés legal que está debidamente tutelado. Ahora, estos bienes que tutela esta figura legal, son por naturaleza, aquellos inherentes propios de las personas, es decir, los denominados derechos de la personalidad.

Los derechos de personalidad, en palabras de Santos Cifuentes¹⁰ (2000): WHace referencia, a aquellos que logran constituir manifestaciones determinadas, físicas o espirituales del individuo, objetivadas por el ordenamiento normativo, y llevadas al rango de bienes jurídico” (pág. 13).

Brito¹¹ (2013), en su investigación cita al jurista al jurista Karl Larenz, quien de este tipo de bien indicó:

El bien jurídicamente protegido, por los derechos de la personalidad, es genéricamente, la auto existencia de la persona, la persona no puede ser considerada únicamente como instrumento o como medio, a ello corresponde igualmente el reconocimiento de lo que caracteriza su individualidad, así como de un ámbito existencial propio de cada individuo, en el cual puede existir únicamente para sí mismo (pág. 31).

Entonces, de acuerdo a lo referido, los Derechos de personalidad, son aquellos considerados particulares, atributos, que son inherentes al ser humano, en relación a su desenvolvimiento y establecimiento de relaciones reciprocas con sus semejantes dentro de una sociedad.

¹⁰ Santos, C. (2000). *Elementos del Derecho Civil*. Buenos Aires: Astrea

¹¹ Brito, M. (2013). *El daño moral y los criterios para la determinación de su indemnización*. Recuperado: (06, septiembre, 2019). Disponible en: (<http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/3186/1/09960.pdf>).

Del artículo 2231 del Código Civil, que ya ha sido citado, se desprende que, los terrinos que se describen en el mismo, hacen alusión al campo de las afecciones, y que el bien jurídico que se tutela es la honra de la persona, con el propósito de que se evite su corrupción o degeneración, y de esta modo brindar garantía; del goce de los mismos.

Por otro lado, el art 2232 indica:

... 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 (Asamblea Nacional, 2015)¹².

Del presente artículo se desprende la facultad de la persona, de demandar indemnización de carácter pecuniario, a quien hayan sufrido un daño, netamente moral, al realizarse esta descripción, el bien tutelado consigue ampliarse; sobre todos aquellos aspectos que puedan trastornar las afecciones del ser humano, entre los cuales como más relevante se podrían mencionar:

- Las emociones.
- Sentimientos.
- Vida privada.
- Reputación.
- Aspectos físicos.
- Desacreditación.
- Difamación.

¹² Ecuador, Asamblea Nacional. (2015). *Código Civil*. Quito: CEP

1.5. La prueba y su valoración en las acciones civiles

Concepto y objeto

Dentro de todo proceso, la prueba es fundamental, con ella se asegura la existencia de la transgresión de un Derecho o una norma cometido por un individuo, en este caso, se prueba, la real concurrencia del daño. El COGEP, nos menciona que los elementos probatorios han de ser de tipo documental u oral, siendo estas:

- El documento.
- El testimonio.
- Las pericias.

Citando a Arazi¹³ (2008):

El vocablo prueba, generalmente se utiliza, para la designación de los distintos medios, con los cuales se puede acreditar; la existencia de un hecho; en tal sentido decimos prueba de testigos, prueba de peritos, etc. Pero probar consigue ir más allá, el significado de tal verbo alcanza a la comprensión de una actividad de carácter complejo de los sujetos, actividad que se encamina a la demostración de la existencia, o las cualidades de las personas o cosas. Dentro del ámbito del derecho procesal, la teoría general de la prueba; logra incluir el estudio del objeto, los medios y fuentes, la carga y la valoración de la prueba (pág. 58).

De acuerdo al COGEP, el propósito o fin de ésta, es proporcionarle al Juzgador, el convencimiento ineludible, para que alcance a tomar una decisión acerca del litigio. No suele bastar en los proceso, las alegaciones que hagan las partes, pues, las

¹³ Arazi, R. (2008). *La prueba en el Proceso Civil*. Janés: Plaza.

alegaciones son eso, solo exposiciones, que para ser comprobadas, necesitan ser legalmente probadas.

El jurista, Parra Quijano¹⁴ (2009) del fin de la prueba expresó: “Sin que se relacione con ningún proceso en particular, es aquella finalidad noción de carácter objetivo y abstracta” ... (...) la percepción es un proceso cognoscitivo, una forma de conocer el mundo” (pág. 153).

De lo expuesto, se puede concluir que, en este tipo de acciones, le corresponde a la víctima, a la perjudicada, probar la efectividad de que existe el hecho que le ha dañado, este daño que como se ha repetido, no puede ser otro que moral, para ello deberá obligatoriamente, aportar todos los medios, estos serán:

- Necesarios.
- Oportunos.
- Idóneos.
- Convincentes.

Con las características de estos medios, el Jugador, procederá a formar su criterio, y de acuerdo a éste, dictará la procedencia o no de la acción de daño moral.

Rol del juez en esta valoración

¹⁴ Parra, J. (2009). *Manual De Derecho Probatorio*. Cali: ABC.

El juzgador, es quien tiene el papel más importante en la valoración de los elementos que se practican como prueba en los procesos, esta relevancia, se plasma en el inciso 2 del artículo 164 del COGEP, donde se imprime la obligación de los Jueces, de expresar en sus sentencias, la valoración de absolutamente todas las pruebas, que haya aprovechado, para justificar su decisión.

En este nuevo sistema adversarial, el COGEP logra incorporar, el practica de las pruebas, al principio oral de contradicción, mismo que radica en el Derecho que le asisten a las partes, de conocer de forma oportuna; las pruebas que se van a practicar, para con este legal conocimiento, poder asentar oposición y refutación.

1.6. La sana crítica, en la valoración de la prueba y reparación del daño moral

La sana crítica, no es otra cosa, que una de las máximas de la experiencia. Pertenece al denominada sistema de valoración probatorio. El tratadista Juan Isaac Lobato¹⁵ (2013), sobre estas pautas reglamentarias, ha dicho:

Las reglas de la sana crítica son reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia (pág. 34).

El Juez como experto, conocedor de derechos, protector de éstos, debe valorar los hechos, las pruebas en conjunto con la sana crítica, en las acciones de daño moral, el criterio que el Juez, debe tenerse en cuenta para calificar el daño, y consiguientemente, para fijar el monto de la indemnización.

¹⁵ 3 Lovato, J. (2013). *Programa Analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano*. Quito: Edino.

Entonces tenemos que la sana crítica involucra lo siguiente:

- Aplicación de la experiencia.
- Revisión de casos análogos que ya ha tenido el Juez respecto de un litigio.
- Uso de la razonabilidad.
- Uso de la lógica.
- Ponderación de Derechos.

Todos estos elementos mencionados, no solo llevan a la adecuada valoración de las pruebas para aclarar los hechos, sino que además, son de gran ayuda, porque logran que una resolución este bien motivada, fundamentada, sin que vulnere ningún derecho o principio.

Las reglas de la experiencia, también conocidas así a la sana crítica, en los procesos civiles, son aquellas conductas que tienden a indicar, la correcta valoración probatoria, el origen de estas, como se ha explicado, deriva en la costumbre, ello le da validez en el contexto histórico.

En este sentido, las reglas de la experiencia, alcanza a tener como características a las siguientes:

- a. Valora de forma rigurosa a la prueba.
- b. Es un método de sistematización.
- c. Se basa en el sentido común.
- d. Incorpora el criterio lógico, entre otros.

1.7. Inadmisión de la acción

La acción civil por daño moral, no siempre ha de admitirse, es decir, no siempre ha de aceptarse con lugar la demanda. La inadmisión, definida como: “Una técnica de control, para los actos de parte, cuyo propósito es el de controlar “*in limine*” su validez, impide que al proceso, logre incorporarse; actos defectuosos” (Gorigoitía, 2015, pág. 50)¹⁶.

El Juez, para la admisión de la demanda, previo a notificar lo correspondiente, ha de hacer un análisis de los elementos que constituyen a la acción, de no encontrarlos, la vía que le queda es la inadmisión, la misma que ha de cumplir además, la garantía de la motivación que reza la norma suprema.

¹⁶ Gorigoitía F. (2015). *La regulación de la nulidad procesal en el nuevo código procesal boliviano: un análisis a partir de cuatro cuestiones*. Bolivia: Iuris Tantum.

2. Análisis de caso

2.1. Hechos facticos

Los hechos facticos, se detallan a continuación, de forma resumida, y sin emisiones de juicios de valor, pues, es solo para que el lector tenga conocimiento de los hechos que han llevado a la acción, y al estudio del caso en específico, elegido por estos investigadores.

El 09 de agosto de 2018, procede a interponer demanda por daño moral el señor Carlos Enrique Bowen Delgado en contra del Banco Pichincha, los fundamentos de hecho de la demanda del actor derivan de un proceso ejecutivo seguido en su contra.

Alega y anexa con la demanda, que el Banco de Pichincha en 1996 le siguió el juicio ejecutivo No. 13306-1996-0273, en su contra y la de su ex cónyuge. Demanda ejecutiva fundada en un pagaré a la orden por \$ 45.000,00, el actor menciona que dicho pagaré está viciado de nulidad, pues los números de sus cédulas puestas en dicho documento no le corresponden.

Que, respecto a esta supuesta obligación, citado con el juicio ejecutivo referido, señaló que jamás se obligó para con el Banco Pichincha, por eso lo enfrentó y realizó innumerables acciones legales s legales y constitucionales, como el habeas data.

Que, en la propia sustanciación del juico ejecutivo No. 13306-1996-0273, solicitó el detalle de la deuda, exactamente en la estación probatoria, habiendo obtenido por parte del Banco únicamente evasivas (pues alegaban no tener información al respecto), para esto llamó a confesión judicial a la gerente del Banco Pichincha C.A., quien nunca compareció mientras en cambio el Banco presentaba escritos tendientes a conseguir la sentencia.

Señala que, hasta la presente fecha por ningún lado aparece el crédito o desembolso de la suma de dinero en mención. Que, la propia Corte Constitucional, con respecto a este su caso resolvió “Que no puede obligar al Banco a dar información si no la tienen”.

Que, dictada la sentencia dentro del juicio ejecutivo que declara con lugar la demanda, comienza el Banco Pichincha sin motivo alguno y en contra de todos sus elementales derechos, a decir ofensas y burla en su contra, las que resalta en su demanda.

Que, en la sustanciación del juicio ejecutivo son muchos los escritos presentados por el Banco, donde actúan irresponsablemente cuando dirigiéndose a su persona para quebrantar su sensibilidad en escrito de fs., 24 del juicio ejecutivo dice: “dizque que su abuelita se ha muerto niña”; en el escrito de fs. 563, lo tilda de “loco, de originar incidentes disparatados”, en escritos de fojas 721, 722 y 723 lo tilda de “moroso”, “audaz e inmoral”, “agresor”, y “doloso”.

Hechos que produjeron en su persona angustia, ansiedad, malestar con él, consecuente daño a su persona, cuando estos van dirigidos a herir su sensibilidad, con la intencionalidad de que él desista de defender sus derechos frente al fraude cometido por el Banco.

Que, 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 No. 13306-1996-0273, él únicamente exigía que el banco le demuestre el desembolso del supuesto dinero entregado en calidad de préstamo y además que no podían haberle demandado en dólares y cobrarle en dólares, porque estaba prohibido por la Ley de Régimen Monetario contenida 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 le causó un perjuicio.

Que, en este sentido, debe entenderse que ninguna acción judicial puede ejercitarse si no se apoya en una causa legítima. Que, esto fue el detonante para dejar de un lado sus negocios y únicamente dedicarse a defenderse del agresor Banco y con lo que se iniciaron sus preocupaciones, angustia, ansiedad, padecimientos que con el pasar del tiempo comenzaron a alterar su normal desenvolvimiento emotivo que terminaron destruyendo su entorno familiar y social hasta quebrantar su salud, al obligársele desde un primer inicio a pagar una deuda inexistente.

Que, 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, le causaron lesión de sus sentimientos y consecuentemente un perjuicio.

Que, este mismo accionar antijurídico, también le provocó lesión a sus bienes patrimoniales, ya que llegada la etapa de ejecución de la sentencia, el Banco., como institución financiera, con su accionar antijurídico le ocasiona un daño patrimonial cuando el liquidador de costas del cantón, presenta la primera liquidación al Juzgado, plagada de errores, cuando saltaba a simple vista lo incongruente entre la sentencia dictada y lo liquidado, de nada sirvió su observación e impugnación, dado que el Banco con desesperación y apurado exigía que se apruebe esa aberrante liquidación, lo que prueba con los tres escritos presentados por el Banco (Ver fs. 111, 112 y 115 del expediente ejecutivo).

Que, es evidente que el Banco en su anhelo de cobrar, nunca observó que se estaba lesionando otro bien jurídico, el suyo, 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, le seguía lesionando su personalidad y su patrimonio, causándole más daños; 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 esa primera liquidación el Banco exige que se la apruebe 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.

Que, 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. Que, insólitamente todas eran presentadas por el mismo liquidador de costas del cantón Manta dentro del juicio ejecutivo enunciado.

Que, pedía repetidamente se cambie de liquidador y se corrija el error, pero el Banco con su accionar antijurídico se oponía tenazmente, por lo que es evidente que estamos ante más hechos antijurídicos, dado que son 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 las liquidaciones (nombradas reliquidaciones) fueron fraudulentas por error de cálculo, más lesión a sus sentimientos y su patrimonio, dado que estas liquidaciones de costas terminaron estableciendo un aumento de más de 100% del valor de la primera liquidación que consta (a fojas 109 y 109 vta.) vista desde el juicio, pero analizada desde el punto jurídico existe un aumento real de más del 2.000%, lo que más adelante detallaré.

Que, analizada sólo la primera liquidación incurre en la violación del art. 425 (último 415) del Código de Procedimientos Civil, vigente a aquella fecha. Que, también violenta el art. 4 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, contenida en el Régimen Oficial # 930, del 7 de mayo de 1992, vigente a aquella fecha. Que 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 él firmaba un documento (Pagaré a la Orden) en dólares al tiempo de pago debía convertirse en sucre para liquidarse.

Que, en este mismo sentido, la Ley de Régimen Monetario referida, señalaba: “Que el pago de las obligaciones pendientes, serán exigibles en sucres”. Que, solo las transcripciones de estas dos normas jurídicas, muestran que el accionar del Banco, como institución financiera desde el momento de estilar su demanda, siempre fue errado, con grave imprudencia, por lo que actuaba ilícitamente.

Que, esta actuación dañina del Banco le generaba ganancias descomunales, lo que justifican la gravedad particular del perjuicio por él sufrido y cuya responsabilidad exclusiva recae en el Banco, tanto así que repite, 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 tiene probado con las liquidaciones periciales que está agregando a la demanda.

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 pasaba de \$ 8.000 dólares americanos.

Que la sentencia disponía el pago de Interés de la mora, sin embargo el liquidador, procede a liquidar interés convencional no reclamados ni ordenado en

sentencia. Que, 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.

Que, muestra de que su 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, 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.

Que, 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. Liquidación (descrita como Una). Fojas 108 y 108 vta. Liquidación de Fecha 19/01/1998 \$ 74.072.50 USD. Pero fue aprobada como reliquidación por \$ 85.191,84 USD.

Menciona en su demanda que 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 su dolor y sufrimiento, con el consecuente perjuicio en su contra.

Que en el fraudulento juicio ejecutivo, el Banco siempre se opuso a que se reconozca su 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 que el banco le hace pagar USD \$ 120.026,88 cuando la real liquidación supera apenas los USD \$ 6.000, lógico todo esto configura un dolo con el único fin de perjudicarme.

Dice que existe más daño material, al privárseme del goce de mis bienes, con lo que se consuma un daño irreparable. El Banco, contaba con hipoteca abierta privilegiada sobre sus bienes (Planta Industrial), y que el Banco en su demanda de 1996, pide el embargo su propiedad dada en Hipoteca, hecho ordenado en el Auto de Calificación de la demanda dictado fecha 1 de Abril de 1996, practicado el embargo se entrega mi inmueble al Depositario Judicial el 12 de abril de 1996, con lo que lo obligaron a salir de su empresa; por otro lado, así mismo posteriormente el Banco pide el avalúo de su propiedad para el remate, lo que se convirtió en un atentado, a su patrimonio, un nuevo daño, más tormentoso, más preocupación, dado que existieron en total cuatro (4) avalúos de su 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, cuando solicita en total 5 avalúo a su inmueble, para con cada nuevo

avalúo bajar el valor de la propiedad para el remate, ocasionándole perjuicio en su contra, que un primer avalúo superaba el millón de dólares y el último fue de 479.665,71 USD.

Que, esta última publicación para el remate fue sobre el 50% del avalúo de sus bienes dado que se trataba de un segundo señalamiento, como último avalúo por pedido del Banco paso a tener \$ 239.832,82; Lo que contrasta con el avalúo inicial de su inmueble que según el juicio ejecutivo correspondía a \$ 1.419.80 dólares americanos, por lo que es indudable el perjuicio en su contra.

Que, en otro aspecto, es evidente que con los más de dieciséis (16) años que el Depositario Judicial estuvo a cargo de su inmueble (planta industrial), no pudo trabajar o producir, tampoco pudo arrendarlo, más se deterioró su planta industrial, se sacaron las maquinarias, y el Banco no hizo nada al respecto, su afán siempre fue perjudicarlo, que, la gravedad y naturaleza del daño moral causado por el hecho ilegítimo, cometido por el Banco, le ocasionaron un derrumbe económico, cuando lo primero que hicieron fue pasarle a la central de riesgo con una calificación de 97% de probabilidad de riesgo y según certificación del propio Banco, estos le reportaron a la Superintendencia de Bancos con calificación “E” al 31 de diciembre de 1999. Calificación que equivale a pérdida; lo que constituye un proceder irregular del Banco de la referencia, cuando dicha institución financiera tenía una hipoteca privilegiada sobre su planta industrial, con embargo a su favor, es decir abusaron de él.

Que, en este sentido, señala que dada la situación económica de solvencia del Banco Pichincha C.A, el Banco hizo todo lo que quisieron con él y sus bienes para perjudicarlo. Que, esta actuación irregular del Banco, la padeció por más de 21 años 7 meses, tiempo en el cual no pudo dedicarse ni un minuto a su actividad habitual que eran los negocios, terminó perdiendo su familia, llegó hacer la burla de la colectividad mantéense, le volvieron pordiosero de la justicia por los atropellos cometidos por el banco de la referencia, lo que afectó su salud, siendo actualmente un discapacitado.

Que, la prueba madre de que existió un accionar 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 que le sean entregados ciertos valores suyos propios retenidos indebidamente por más de 12 años.

Que, su condición social antes del daño moral sufrido, es decir, antes del 8 de marzo de 1996 en que el Banco del Pichincha le demandará con el juicio ejecutivo # 13306-1996-0273, era la de un empresario y comerciante próspero, exitoso, solvente, todo lo compraba de contado y eso lo reconoce la ciudadanía mantéense y del Ecuador y el mismo Banco, pues su actividad eran los negocios y la transportaciones masiva (carga pesada) con tráiler propios comprados antes del año de 1996, tuvo la representación de las compañías Agencia y Representaciones CARLOS BOWEN y TRANSPORTES DELGADOS, 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 embargo sus bienes, se produjo su derrumbe económico, dado que su planta industrial pasó a manos o bajo el cuidado y control del depositario judicial, por otro lado, él para subsistir ha venido vendiendo todas y cada una del resto de otras propiedades pequeñas, sucesos que le han provocado angustia y desesperación, incertidumbre y miseria, que han conllevado al deterioro de su salud, siendo él a la fecha un hombre enfermo y discapacitado por este agravio y gravamen irreparable cometido en su contra por iniciativa del Banco.

Que, 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 cédula del supuesto deudor (no son los suyos) y la acción antijurídica de la demanda dentro de la sustanciación del proceso ejecutivo de la referencia que duro 21 años 7 meses, le ocasionó un perjuicio y un dolor o sufrimiento moral, como lo tiene narrado.

Que, la obligación de indemnizar el daño debe recaer sobre el Banco Pichincha C.A., el que a fs. 1737 del juicio ejecutivo de la referencia, después de haberle hecho litigar por 21 años 7 meses, mediante escrito presentado a la Judicatura, señala aceptar el decreto de existencia de error de cálculo. Que el Banco Pichincha C.A., exalta (felicitó) a la Jueza, por su decreto y por devolverle un valor aproximadamente de \$ 50.000,00; pero ya el daño causado es irreversible.

Expone en su demanda que uno de los daños, se dio 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, quedando un saldo a su favor de \$ 112.000,00 dólares americanos pendiente por devolverse de parte del Banco, sumados intereses legales a este capital ahora en Banco tendría que devolverle \$ 250.000. 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 fs. 19 del proceso, desde aquella fecha le obligaron a abandonar su empresa, por lo que, la planta comenzó a deteriorarse, lógico no producía, no generaba renta, sólo este hecho se traduce en un perjuicio en \$. 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 normal mínimo de una planta industrial en ese sector frente a la vía principal Montecristi Manta, no deja de costar \$. 400 mensuales, conocido como lucro cesante: 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.

Que, toda esa descarga de ofensas y burlas sufridas dentro del juicio ejecutivo # 13306-1996-0273 lesionó sus sentimientos al afectar sus valores espirituales, su personalidad 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 predialisis, tiene problemas cardiacos,

y está casi ciego, siendo actualmente desde el año de 2014 según credencial del CONADIS un discapacitado de doble vulnerabilidad en un 90%.

Fundamenta su demanda en los artículos 2232, 2233, 2234, del Código Civil y artículo 289 del Código Orgánico General de Procesos. Solicita que el Banco Pichincha C.A., sea condenado al pago de la suma de USD. \$ 3.600,000,00 dada su situación económica de liquidez, por daños y perjuicios ocasionados a su persona, además reclama el pago de costas y honorarios profesionales de su abogado defensor que se ha visto obligado a contratar para deducir la acción.

Calificada la demanda y citado al demandado, comparece el banco quien en su contestación niega cada una de las afirmaciones realizadas por el actor, que no existe espacio ni cabida para el dolo o para actuaciones dolosas ni del Banco ni de sus funcionarios. Que, lo afirmado por el actor contrasta con la realidad de lo ocurrido. Que en la solicitud de el hábeas data constituye la aceptación del accionante de poseer obligaciones pendientes con el Banco Pichincha, que el actor 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, que el Banco en el juicio ejecutivo, solo actuó en defensa de sus intereses, que cumplieron con 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, que nadie duda de la capacidad económica que tuvo el actor, pero tampoco se puede cuantificar su descalabro financiero en el hecho indicado.

Como excepciones plantea la prescripción en razón de que el actor plantea el daño moral del inicio de la cusa ejecutiva, esto es de la acción que siguió el banco en 1996 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”; que 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.

También plantea la excepción de cosa juzgada fundamentado en el art. 76 numeral 7 literal i de la Constitución de la República que “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 primera instancia, el Juez resuelve aceptar la excepción de prescripción y declaró sin lugar la demanda por cuanto, considera que el actor expresamente reconoce que el daño moral cuya reparación demanda, le fue causado cuando el Banco Pichincha presentó la demanda ejecutiva que derivó el juicio 13306-1996-0273, esto es, el 8 de marzo de 1996 y que han transcurrido exactamente 21 años, diez meses y once días, es decir, en exceso el tiempo establecido en el artículo 2235 del Código Civil, que es de cuatro años para poder activar la acción por daño o dolo, y en estricta aplicación de lo que establece el artículo 82 de la Constitución de la

República, esta autoridad aplicando los artículos 2235, 2392 y 2393 del Código Civil, la jurisprudencia aquí referida, por tratarse la prescripción de una excepción no subsanable, sin entrar en más análisis, al tenor del Art., 295 numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos, resuelve, aceptar la excepción previa de prescripción planteada por la parte demandada.

El actor en todo su derecho interpone recurso, en la Sala se acepta la apelación ordena se revoque el auto interlocutorio de primera instancia que declaraba sin lugar la demanda por acoger la excepción previa de prescripción de la acción, ordena que se vuelva a señalar día y hora para que reinstale la audiencia preliminar y continúe con el análisis de las demás excepciones planteadas (aunque ya se habían analizado prescripción y cosa juzgada)

Análisis de la sentencia de primera instancia que declara la prescripción de la acción y sin lugar la demanda.

De esta sentencia, su mayoría de texto, ocupa en la transcripción de los hechos alegados en la demanda y la contestación, por el ello analizaremos en o principal desde la contestación de la demanda, pues, aquí están planteadas las excepciones, una de las cuales acoge el Juzgador de primera instancia, y significativo analizar su motivación.

El banco, deduce en su contestación, tanto excepciones previas como excepciones generales, de las primeras deduce a la prescripción de la acción, indicando que el actor no ha manifestado específicamente cual fue el hecho antijurídico que el Banco realizó con el fin de causarle un daño.

A decir de la defensa del banco, el actor ha procedido a relatar de mala fe un sin número de hechos inconexos, los cuales se refieren a las etapas procesales del juicio ejecutivo que el Banco inició en su calidad de acreedor con la pretensión legítima de recuperar los valores adeudados por el accionante.

La defensa del banco insiste en su escrito que, a través de un juicio de razonamiento y utilizando los principios de la lógica, deduce que los hechos que presuntamente aduce el actor de esta causa, le han causado un daño a sus derechos extrapatrimoniales, proveniente del inicio de la acción legal que propuso el Banco.

Lo que indica esta profesional del Derecho es que, a su parecer, y le comenta y alega al Juez 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 ese antecedente, para la parte demandada le resulta relevante señalar que el hecho al cual la parte accionante imputa como la acción que ha causado lesión a sus derechos extrapatrimoniales, que la misma data del año 1996, fecha en la que se dio inicio al Juicio Ejecutivo, por lo tanto dicha acción en la actualidad se encuentra prescrita de acuerdo a lo que señala el art. 2235 del Código Civil.

A criterio del profesional que representa al banco, la demanda es infundada y absurda, por 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

De la figura de la prescripción, no se hará un análisis a fondo, porque no es la principal problemática del caso, pero si tiene que indicarse y analizarse lo que la ley expresa manifiesta sobre esta institución legal. A ver, es cierto que el Código Civil en su artículo 2235 indica:

...“Las acciones que concede este Título por daño o dolo prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto”¹⁷.

Valoración de la prueba en instancia

Si bien es cierto, el tema se centra en la valoración que le ha dado a las pruebas el Juzgador de primera instancia, a las reglas de la sana crítica, a la ponderación de Derechos, no es menos cierto como se ha explicado, que para ello hay que remitirnos también a la ley respecto de la figura de la prescripción.

El hecho cierto del caso, es que La Jueza de primera instancia, acoge favorablemente la excepción de prescripción desde la presentación de la demanda de fecha 1996, obedeciendo expresamente al juicio ejecutivo, conforme a lo dispuesto en el Art. 2235 del Código Civil, es decir, solo se acoge al texto legal de lo que dice la norma respecto de esta figura.

¹⁷ Ecuador, Asamblea Nacional. (2015). Código Civil. Quito: CEP.

Para declarar la prescripción, en el auto interlocutorio no se han fijado puntos de debate u objetos de la controversia, es decir no se ha establecido si el accionante Carlos Bowen, tiene derecho a exigir que mediante sentencia el Banco Pichincha C.A. sea condenado a pagar una indemnización a su favor por concepto de reparación de daño moral o, si por el contrario cabe establecer si la oposición y excepciones previas y de fondo presentadas por la parte demandada Banco Pichincha Ca., tienen fundamento legal que permitan al juzgador desechar o negar la demanda.

No logra hacerse, si observamos el expediente, un verdadero análisis, y una valoración de todas las pruebas que se han presentado, en lo principal para declarar la existencia del daño que ha recibido el señor Bowen, pues, de la redacción de la sentencia, se evidencia, que no se considerando de ninguna manera el daño continuo que se origina desde la presentación de la demanda ejecutiva y posterior sentencia, práctica de varias liquidaciones, hipoteca abierta de la planta industrial, cancelando la deuda, como pruebas principales.

De la revisión de la doctrina, que hemos utilizado en este análisis de caso, se ha podido establecer que se cumplen los elementos que la doctrina y la jurisprudencia han establecido para el daño moral y para que proceda la acción, a saber según la doctrina en nuestras propias palabras son:

- 1) La existencia de los actos que lesionan los sentimientos, afecciones, el espíritu, y a las condiciones sociales o morales, que son propios o innatos de la persona actora de la causa.

- 2) El elemento de la independencia de la acción.
- 3) La manifestación externa que no representa este tipo de daño, pues, es moral, y por ello, no demanda prueba directa de la existencia del daño, sino que basta con la valoración de carácter objetivo del acto u omisión antijurídica, que lo ha provocado, aunque en este como en los muchos caso, además como prueba de la afectación se han presentado informes clínicos, psicológicos, sociales entre otros, los mismos que además, han demostrado que por la angustia el señor Bowen ha quedado discapacitado de forma parcial.
- 4) La ubicación del daño moral, en el campo de la responsabilidad civil.
- 5) La acción civil por daño moral es de carácter contencioso, y declarativa; ha de sustentarse por vía ordinaria.
- 6) Quien demanda la acción por daño moral, es la víctima, agraviado, perjudicado.
- 7) La naturaleza también, de la indemnización por daño moral.

De estos elementos, este primer fallo, ni si quiera hace la valoración de procedencia de la acción, o existencia del daño, se limita la Juez a transcribir lo que establece el artículo 2235 del Código Civil, que contiene la prescripción de acciones por daño que es en cuatro años, contados desde que se ve perpetrado el acto.

Del mismo modo, es transcrito, el artículo 2392 del mismo cuerpo legal que indica lo que es la prescripción, en este caso se hace énfasis a la característica de esta figurar en cuanto a que extingue las acciones y derechos ajenos por no habérselas ejercitado en cierto tiempo (4 años)

Por otro lado, también cita la Juzgadora lo determinado en el artículo 2393 del Código que contiene el señalamiento de la alegación de la prescripción para quien quiera aprovecharla, en razón de que esta, no ha de declararse jamás de oficio según esta norma expresa.

En el caso, luego de invocar estos artículos, determina la Juez de que, es evidente que el actor Carlos Bowen, expresamente reconoce que el daño moral cuya reparación demanda, le fue causado cuando el Banco Pichincha presentó la demanda ejecutiva que derivó el juicio 13306-1996-0273, esto es, el 8 de marzo de 1996.

El auto interlocutorio menciona que visto lo expuesto, esto es, que desde el 8 de marzo de 1996 en que el actor expresamente afirma haber sufrido la lesión a sus sentimientos y valores morales, que le provocaron alteración de su ritmo, la tranquilidad y de su vida misma, hasta que el Banco Pichincha C.A., fuera citado, concretamente el 19 de enero del 2018, han transcurrido exactamente 21 años, diez meses y once días, es decir, en exceso el tiempo establecido en el artículo 2235 del Código Civil, que es de cuatro años para poder activar la acción por daño o dolo y aplicando los artículos 2235, 2392 y 2393 del Código Civil, la jurisprudencia aquí referida, por tratarse la prescripción de una excepción no subsanable, sin entrar en más análisis, al tenor del Art., 295 numeral 1 del COGEP la acoge y declara sin lugar la demanda.

Ello, es toda la motivación que contiene esta resolución, sin hacerse como indicamos, una minuciosa valoración del acervo probatorio que se ha presentado en la causa, teniendo copias certificadas y selladas de autoridades que lo que menos demostraban era la prescripción de la causa.

Análisis final

Lo que podemos indicar primero en la conclusión de este análisis es que el actor estaba en todo su derecho de reclamar la indemnización por daño moral, pues fue contra el éste contra quien se, ejecuto la sentencia en el juicio ejecutivo, a quien se remitió a central de riesgos Riesgo y obligó a pagar un valor que no correspondía, que a la postre le ha traído consecuencias nefastas a él, con repercusiones en contra de su familia.

Lo que no se ha valorado es la prueba, lo que no se ha utilizado es la sana critica, para declarar que la acción ha prescrito, no hay que olvidar que el señor Bowen nunca dejó de persistir en la existencia de error de cálculo, concediéndole ese derecho la Jueza Nilda Sofía Aguinaga Ponce, mediante providencia de fecha lunes **7 de agosto del 2017**, donde se le dispuso a este ciudadano la devolución del valor establecido en dicha providencia, sin considerarse intereses, reconociendo el Banco que dicha providencia se encuentra motivada por existir error de cálculo que obedece al juicio Ejecutivo, concediéndole el derecho a reclamar. Misma que se presentó en copias certificadas, de las cuales, se ha mirado por encimita.

No se ha valorado lógicamente, un hecho tan evidente como lo es que, esta providencia de la que estamos hablando contante en el proceso, se emite en agosto de 2017, por tanto, en enero del 2018 que es la fecha en donde se presenta demanda de daño moral, solo ha transcurrido un año, interrumpiendo la prescripción, además está el hecho, que fue probado en de que al señor se lo ha mantenerlo en la central de riesgo hasta el año 2015.

No se ha considerado en este caso, en esta instancia, el permanente y continuo daño emocional que le ha venido causando el Banco por el tiempo de 11 al señor Bowen, quien venía peleando porque sus derechos habían sido vulnerados. Ahora bien, En los hechos narrados y verificados en el cuaderno procesal se subsumen en lo que la doctrina y jurisprudencia consideran como daño continuado, lo que no ha tomado en cuenta la Juzgadora.

Si bien es cierto el actor señala como daño sufrido la presentación de la demanda ejecutiva fue en el año 1996, no es menos cierto, que alega en su fundamentación los hechos subsiguientes en la tramitación del proceso, esto es sentencia y particularmente las liquidaciones practicadas por los peritos designados en su momento y que han sido impugnadas por la parte actora en su momento, así como lo ejecutado en el juicio ejecutivo y el mantenerlo en la central de riesgo hasta el año 2015, hasta que la Jueza A-quo, mediante providencia de fecha 7 de agosto del 2017, reconoce los errores de cálculo alegados por la parte actora en el devenir de 11 años.

Estas consideraciones debieron ser tomadas en cuenta por la Juzgadora, pues, fácilmente se colige que el tiempo transcurrido, desde la cesación del supuesto acto

dañoso, de reconocerse el error de cálculo en que incurrieron los peritos que practicaron las liquidaciones, conforme así lo hace ver la señora Jueza de primera instancia en el numeral sexto del auto de fecha 7 de agosto del 2017, las 11h25, no ha transcurrido el tiempo de cuatro años que establece el Art. 2235.

Fundamentamos, la existencia del daño de tipo, permanentes, continuados y sobrevenidos, de acuerdo a lo que expuso Torrealba (2014), quien en su estudio, analizó las diferencias que logran darse, entre los diferentes tipos de daños diferenciados por la doctrina y la jurisprudencia, mismos que atienden a criterios tales como: causalidad, duración de la actividad que origina el perjuicio daño y el lapso de tiempo que transcurre entre esa conducta y la manifestación del daño.

La distinción, que más logra a analizar este referido profesional, es la existente entre daños permanentes y daños continuados, estudiando además otra categoría como lo son: los daños diferidos, categorías que las plasma en su estudio, fundamentado en jurisprudencia.

Los daños continuados los define este autor, citando jurisprudencia española, aquellos: “Que se producen día a día, se dan de modo prolongado, en el tiempo y sin que exista alguna solución de continuidad, para la concurrencia de éste, es necesario que se deje pasar un periodo de tiempo, más o menos largo para poder evaluar de forma económica, las consecuencias del hecho; o del acto causante del mismo” (Torralba, 2014, pág. 36)¹⁸.

¹⁸ Torralba, P. (2014). *Daños permanentes, continuados y sobrevenidos*. Recuperado: (08, septiembre, 2019). Disponible en: (<https://academica-e.unavarra.es/xmlui/bitstream/handle/2454/11264/torralba69066.pdf?sequence=1&isAllowed=y>)

De este daño, el autor además, logra, plasmar lo que la jurisprudencia dice acerca de las reglas, de los plazos de prescripción, señalando que la jurisprudencia española señala, que el cómputo para la prescripción en estos casos, ha de comenzar a computarse desde el momento en que se ve finalizado cada uno de los periodos de tiempo en los que se ha fragmentado el daño. Es decir, a cada uno de ellos, se les ha de imputar una serie de daños, todos que provienen de una misma actividad continuada, que es la causante del lesión.

Para declarar sin lugar la demanda, además de no hacerse una correcta valoración de las pruebas, de no usar las máximas de la experiencia, la lógica y razonamiento como elementos de la sana crítica, no ha hecho un análisis de los daños continuados que le ha ocasionado el Banco al señor Bowen en el transcurso de todos estos años, perjuicios que por última vez, antes de que plantee la demanda, le reconocen mismo jueces de Sala que mandan a corregir errores de cálculo. Sin embargo el daño ya estaba hecho.

Apelación del auto interlocutorio que declara sin lugar la demanda y acepta el recurso

Los jueces de la sala, en este caso, resolvieron, aceptar el Recurso de Apelación interpuesto por el actor Carlos Enrique Bowen Delgado, revoca el auto interlocutorio venido en grado de fecha martes 29 de mayo del 2018, las 14h51, que acepta la excepción previa de prescripción planteada por la parte demandada, declarando sin lugar la demanda.

La motivación de esta instancia superior, radica en que el actor ha sufrido un evidente daño moral, daño que ha derivado de la continuidad de los hechos que le han afectado, a su honra, espíritu, economía entre otros, y como nosotros hemos analizado, se fundamenta en que no cabe la prescripción por cuanto, por este mismo daño continuado, el actor ha reclamado por varias vías, varios escritos lo que le favorezca en derecho, y está de forma contundente la existencia de la sentencia del año 2017 como ultima providencia que declara el error de cálculo , que es uno de los tantos elementos que el actor reclamo desde el inicio de este conflicto, cosa que no observó ni valoró el Juez de primera instancia.

En la actualidad, el proceso se encuentra en apelación por parte de la institución demandada, desde el mes de mayo, que no ha sido resuelta por un problema de inhibición y excusa de los jueces, sin embargo tenemos que la seguridad que la parte los jueces, aplicando una correcta valoración y las reglas de la sana critica, resolverán a favor de la parte actora, que evidentemente ha sido perjudicada, y que los actos de la institución bancaria, se encuadran plenamente a lo que plasma la ley, la doctrina y la jurisprudencia, respecto de la institución del daño moral.

De lo observado en el expediente, efectivamente, consta la existencia del daño, que pudo haber sido declarado, si se efectuaba el correcto análisis de las pruebas, y si el Juez hubiese aplicado los principios y reglas en la valoración de las mismas, tales como la lógica y la experiencia.

No hay que olvidar, que la Juez de primera instancia, alega en su sentencia que efectivamente, desde el año en que se ejecuta la demanda ejecutiva, ha pasado más de 21 años, exactamente son 21 años 7 meses, pero no hace una observación de todo lo que ha vivido, y lo que ha luchado este señor en todos esos años para que el Banco le habilite, recién en el 2015 lo saca de la central de riesgos, cuando ya había cobrado la deuda con una hipoteca.

Otro hecho que se logra probar, y que ni siquiera es nombrado, es que, es verdad, pasaron más de 21 años, pero en el expediente también consta el documento que avala que el depositario Judicial estuvo a cargo de su inmueble, como lo es, la planta industrial, por más de 16 años, y el señor Bowen no pudo trabajar o producir, tampoco pudo arrendarlo, más se deterioró, se sacaron las maquinarias, y el Banco no hizo nada al respecto.

3. Conclusiones

El objetivo principal planteado en el estudio, era determinar si existió inobservancia del daño permanente, e inadecuada valoración de la prueba en el Caso Civil N° 13337-2018-00016. Con el análisis se ha comprobado el problema planteado, es decir, efectivamente, la Jueza de primer instancia no hizo primero, la correcta valoración respecto de los presupuestos que componen al daño moral.

Como segundo punto, la valoración de la prueba es vaga, escasa, se declara la prescripción de la acción, al tenor de lo legal, sin inmiscuirse en los hechos, en las providencias del caso, siendo la última en el año 2017, misma que interrumpe dicha prescripción al reconocer un error de cálculo reclamado por 21 años, 7 meses, misma que dispone, que le sean entregados ciertos valores suyos propios retenidos indebidamente por más de 12 años.

En el caso, el operador de justicia de primera instancia, acoge la excepción de prescripción de la acción de daño moral y declara sin lugar la demanda, únicamente alegando de forma desmotivada que desde 1996 que se interpuso la demanda ejecutiva ha pasado más de los 4 años que establece el código civil respecto a la prescripción de la acción, se apega a la legalidad de la norma sin interpretarla conforme a los hechos sucedidos, haciendo una valoración de prueba sin utilizar presupuestos de razón, lógica y sana crítica y sin revisar jurisprudencia respecto del daño permanente, continuo y sobrevenido.

4. BIBLIOGRAFIA

Abarca, L. (2011). *El Daño Moral y su Reparacion en el Derecho Positivo*. Quito: Jurpídica del Ecuador.

Álvarez, A. (2018). *Responsabilidad y reparation del daño*. Recuperado el (01 de septiemnre de 2019) de (<https://alvarezabogadostenerife.com/2018/09/responsabilidad-civil-reparacion-dano/>)

Arazi, R. (2008). *La prueba en el Proceso Civil*. Janés: Plaza.

Asamblea Nacional. (2015). *Código Civil*. Quito: CEP.

Bravo, R. (2017). *Temas Laborales y Judiciales*. Cuenca: Don Bosco.

Brito, M. (2013). *El daño moral y los criterios para la determinación de su indemnización*. Recuperado el (02 de septiembre de 2019) de (<http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/3186/1/09960.pdf>)

Cabanellas, G. (2010). *Diccionario jurídico elemental*. Buenos Aires: Heliasta.

Calles, L. (2018). *La discrecionalidad que otorga el Código Civil a los jueces para la valoración del daño moral, viola el Derecho a la Seguridad Jurídica*. Recuperado el (02 de septiembre de 2019) de (<http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/16088/1/T-UCE-0013-JUR-055.pdf>)

Daño Moral, 13337-2018-00016 (Unidad de lo Civil de Portoviejo 2018).

García, J. (2004). *Manual Teórico Práctico en Materia Civil: Análisis Jurídico de la Ley No. 171 que regula la Reparación por Daño Moral en el Código Civil*. Quito: Universitaria.

- Gómez, L. (2014). *Las funciones constitucionales del deber de motivar las decisiones judiciales*. S.l: S.E.
- Gorigoitía, F. (2015). La regulación de la nulidad procesal en el nuevo código procesal boliviano: un análisis a partir de cuatro cuestiones. *Iuris Tantum*, 51.
- Lovato, J. (2013). *Programa Analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano*. Quito: Edino.
- Mayorga, J. (2011). *Doctrina Teoria y Practica en Materia Laboral*. Cuenca: Carpol.
- Noboa, R. (1990). Daño Moral en la Legislación Ecuatoriana. *Jurídica*, 44-45.
- Ossorio, M. (2012). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires - Argentina: Heliasta S.R.L.
- Parra, J. (2009). *Manual De Derecho Probatorio*. Cali:: ABC.
- Rueda, M. (2007). *Las vertientes doctrinarias del daño moral o pretium doloris*. Recuperado el (01 de septiembre de 2019) de (<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=427539904003>)
- Salazar, C., & Gonzales, M. (1990). *El Daño Moral*. Bogota: Judicial.
- Santos, C. (2000). *Elementos del Derecho Civil*. Buenos Aires: Astrea.
- Torralba, P. (2014). *Daños permanentes, continuados y sobrevenidos*. Obtenido de <https://academica-e.unavarra.es/xmlui/bitstream/handle/2454/11264/torralba69066.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Vásquez, J. (2013). *Derecho Laboral Práctico*. Quito: Cevallos.

