



UNIVERSIDAD SAN GREGORIO DE PORTOVIEJO

Informe final de investigación

Previo a la Obtención del título de:

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

Tema:

CASO N° 13334-2015-0045 Seguido por Winston Bienvenido Flores de Valgas
Vera en contra de la “Cooperativa de Taxis José Mendoza Macías” “La
Aplicación incorrecta de las reglas que regulan los cuasidelitos”.

Autores:

Reyes Velásquez Sandy Samuel

Viteri Álava Ángel Vicente

Tutor

Ab. Brenner Fabián Díaz Rodríguez

Portoviejo - Manabí - Ecuador

2017

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR.

Reyes Velásquez Sandy Samuel y Viteri Álava Ángel Vicente, de manera expresa hacen la cesión de los derechos de autor y propiedad intelectual del presente trabajo de investigativo CASO Civil N° 13334-2015-0045 Seguido por Winston Bienvenido Flores de Valgas Vera en contra de la “Cooperativa de Taxis José Mendoza Macías: “La Aplicación incorrecta de las reglas que regulan los cuasidelitos”, a favor de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, por haber sido realizada bajo su patrocinio institucional.

Portoviejo, 17,de Agosto 2017

Reyes Velásquez Sandy Samuel
C.C.
AUTOR

Viteri Álava Ángel Vicente
C.C.
AUTOR

ÍNDICE

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR.....	II
INTRODUCCIÓN.....	1
1. MARCO TEÓRICO.....	3
1.1. La responsabilidad civil.....	3
1.1.1. La responsabilidad civil contractual y extracontractual	4
1.2. Fuente de las obligaciones.....	5
1.3. Los cuasidelitos como fuente de las obligaciones	5
1.3.1. El cuasidelito civil	6
1.3.2. Características del cuasidelito.....	7
1.4. Daños y perjuicios	8
1.5. El daño material y el daño moral.....	10
1.5.1. El Daño material	10
1.5.2. Daño Moral.....	11
1.6. La acción civil por daños y perjuicios	13
1.6.1. Sujetos de la acción	14
1.6.2. Sujeto activo o titular de la acción.....	14
1.6.3. Sujeto Pasivo de la Acción.	15
1.7. La puridad, dualidad o acumulación de pretensiones.....	15
2. ANÁLISIS DEL CASO.....	18
2.1. Hechos fácticos.....	18
2.2. Sentencia	21
CAPÍTULO III.....	44
3.1. Conclusiones del estudio de caso	44

Bibliografia.....	47
ANEXOS	50

INTRODUCCIÓN

El presente estudio de caso se estudia a fondo la problemática encontrada en un caso de materia civil en específico. La problemática en el estudio a analizar se origina en la resolución o sentencia de la causa 13334-2015-0045, en donde el Juez de lo civil considera que no se puede demandar en una misma acción la indemnización de daños y perjuicios que es aquel daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante) y el daño moral, por cuanto estas dos figuras jurídicas son independientes la una de la otra.

El tema derivado del caso mencionado tiene que ver con la incorrecta aplicación que el Juez aquí hace de las reglas que regulan a los cuasidelitos; pues el Juez en su sentencia luego de la etapa de justificación, resolvió negar la demanda aduciendo que la acción por daños y perjuicios es una acción independiente a la de los daños morales.

Para sustentar de manera jurídica y analítica respecto de la problemática encontrada, es precisa la conducción hacia el estudio de las fuentes de las obligaciones, siendo que de una parte debe tenerse en cuenta que dentro de dichas fuentes reconocidas por la normativa civil se encuentran los contratos, los cuasicontratos, los delitos y los cuasidelitos, siendo este último el tema principal del estudio.

Evidentemente la necesidad del estudio es encontrar las deficiencias entre las obligaciones que son la consecuencia de un acto jurídico, verbigracia las que se derivan de los contratos y las que se derivan de los delitos o los

cuasidelitos; en el caso de estudio nos encontramos frente a dos hechos distintos en su apariencia y efectos.

Dos hechos distintos, el uno los daños y perjuicios producidos por la negligencia de la Cooperativa de Taxis “José Mendoza Macías” quien ilegalmente, esto es; sin autorización del Órgano correspondiente Departamento de Planificación del GAD Municipal del Cantón Portoviejo- precedió a realizar una excavación que causó graves perjuicios al inmueble del actor, y el otro; los daños morales que sufrió a consecuencia directa del hecho ilícito perpetrado por ésta.

Para sustentar la problemática se hará la respectiva revisión de la doctrina, cuerpos legales, jurisprudencia, y el análisis en base a lo que refiere el caso en particular.

1. MARCO TEÓRICO

El marco teórico a desarrollar para el informe final del presente estudio es de carácter únicamente referencial, es la teoría que servirá más adelante para el análisis del caso, este marco contendrá de manera breve el contenido de los temas específicos relacionados con la investigación, es decir, con la acción de daños y perjuicios así como la aplicación de las reglas que regulan los cuasi delitos.

1.1. La responsabilidad civil

Es importante conceptualizar y analizar el término de la responsabilidad en materia civil, por cuanto; esta representa al conjunto de reglas que exigen al autor de un daño producido a otro a subsanar el perjuicio, prometiendo a la víctima un resarcimiento.

La responsabilidad en materia de derechos ha sido definida por varios autores. Para Capitant, la responsabilidad es la “obligación de reparar el daño causado a una persona, sea por culpa, sea, en ciertos casos determinados por la ley, por el riesgo resultante de la actividad del responsable. (Capitant, (s/f), p.876)¹.

Revisando al jurista Rodríguez Alessandri, (1983),

En su acepción más amplia, la noción de responsabilidad implica la de culpabilidad, que es la que, de ordinario, constituye su fundamento. Esta es la acepción que la Moral y el Derecho Penal le dan generalmente. Pero

¹ Capitant Henry. (s/f). “*Vocabulario Jurídico*”. Argentina. Editorial Depalma.

en Derecho Civil la expresión responsabilidad no se define por su fundamento, que puede variar, sino por su resultado, es decir, por las consecuencias jurídicas que el hecho acarrea para su autor. En este sentido se dice que un individuo es responsable cuando está obligado a indemnizar un daño. En Derecho Civil hay responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra. Puede, pues, definírsela diciendo que es la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra (p.11)².

Mazeaud, (2008), respecto a la responsabilidad civil ha manifestado:

Si hay un tema que uno se sienta inclinado a abordar sin definirlo, es ciertamente el de la responsabilidad civil. Desde la misma definición surgen, en efecto, divergencias profundas que separan a los autores y no dejan tener eco en la jurisprudencia y en la legislación. No se trata ya de las disputas de detalle que surgen casi a cada paso, sino de esa discusión tan viva, a veces tan áspera, sin duda porque traspasa el dominio de los conceptos puramente jurídicos, que domina el conjunto de la materia y pone en juego el fundamento mismo de la responsabilidad civil: la lucha entre la doctrina tradicional de la culpa y la teoría moderna del riesgo. (p.9)³.

De la definición dada por el autor citado se evidencia el dilema que hay entre autores de la teoría moderna y los de la teoría de la culpa, como claramente se aprecia en el concepto, pero ambas concuerdan en que para que ocurra la responsabilidad civil, se requiere un daño, un perjuicio, y por consiguiente una persona que sufra, una víctima.

1.1.1. La responsabilidad civil contractual y extracontractual.

La responsabilidad puede ser contractual y extracontractual, de esta última el autor colombiano Martínez Rave la ha definido como:

² Rodríguez, A. (1983). *“De la Responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno”*. Santiago de Chile. Editorial Ediar.

³ Mazeaud, Henri L. M. (2008). *“Elementos de la Responsabilidad Civil”*. Santiago de Chile. Editorial Parlamento Ltda.

La obligación de asumir las consecuencias patrimoniales de un hecho dañoso”. Este mismo autor expresa que la que nace para la persona que ha cometido un daño en el patrimonio de otra y con la cual no la liga ningún nexo contractual legal. Es decir, que nace para quien simple y llanamente ocasiona un daño a otra persona con la cual no tiene ninguna relación jurídica anterior. (p.12)⁴.

1.2. Fuente de las obligaciones

El Libro Cuarto de nuestro Código Civil ecuatoriano, lleva por título “de las obligaciones en general y de los contratos.” Este indica claramente que son dos grandes capítulos que se estudian en éste libro: La Teoría General de las obligaciones: su concepto, sus fuentes, clasificaciones, efectos, modos de extinción y prueba.

La legislación ecuatoriana legislación basándose en el Derecho Romano reconoce cinco fuentes de las obligaciones, como lo son:

- Los contratos.
- Los cuasicontratos.
- Los delitos.
- Los cuasidelitos.

Con el término fuentes se trata de designar el origen de donde nacen los derechos que dan lugar a las obligaciones.

1.3. Los cuasidelitos como fuente de las obligaciones.

⁴ Martínez Rave, Gilberto. (1988). “*La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*”. Bogotá. Editorial Temis

1.3.1. El cuasidelito civil

El cuasidelito en materia civil se encuentra dentro de las fuentes de la obligaciones establecido al final del párrafo del artículo 1453 que respecto a esta figura jurídica señala que: (...) *“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”*. (Codigo Civil, 2015).

La legislacion civil no da una definicion clara de lo que es el cuasidelito, pero el Codigo Civil al final de su articulo 2184 hace una distincion de cuando se constituye un delito y cuando un cuasidelito: **“Art. 2184.-** Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito” (Código Civil, 2015).

De la conceptualización establecida en el artículo en mención se puede indicar que para que incurra en un delito debe abarcar dentro del hecho ilícito el dolo, es decir; la intención de dañar, mientras que para que se configure el cuasidelito existe la culpa, la no intención de causar el daño, por lo tanto el cuasidelito es aquel hecho jurídico ilícito que ocasiona un daño, pero que se encuentra exento de dolo, no obstante es perpetrado con culpa.

Por otro lado en concordancia con los demás autores averiguados, OSPINA; otro jurista reconocido colombiano señala: *“El delito consiste en la lesión de una norma jurídica, cometida con la intención de dañar, vale decir,*

con dolo; y el cuasidelito o culpa, que también es un hecho ilícito, pero cometido por simple descuido o negligencia”. (Ospina, 1976, p.2)⁵.

El Cuasidelito entonces de acuerdo a lo doctrinal es un acto conllevado con negligencia, imprudencia y culpa, el mismo que acarrea obligaciones, en virtud de haber inobservado los preceptos legales establecidos, sin la concurrencia de dolo. El elemento que identifica al cuasidelito es la culpa.

1.3.2. Características del cuasidelito

Para indicar las características del cuasidelito se toma la referencia de la Gaceta Judicial Año CII. Serie XVII. No. 7. Citada por la Dra. Pérez, (2016); en su tesis magistral, estas características son:

- a) Son una de las fuentes de las obligaciones.
- b) La responsabilidad a que dan lugar es extra contractual.
- c) Se trata de hechos ilícitos culposos cometidos por una persona.
- d) Debe haber una relación de causalidad entre tales hechos culposos y el daño, patrimonial o no patrimonial, inferido a otro.
- e) Aunque el delito es cometido con intención de dañar, es decir con dolo, y el cuasidelito sin tal intención, pero sí con culpa, la ley no distingue esta diferente situación de intencionalidad para efectos de la responsabilidad del hechor.

⁵ Ospina Fernández, Guillermo. (1976). “*Régimen General de las Obligaciones*” Bogotá. Editorial Temis.

f) Esta responsabilidad se concreta en la obligación de indemnizar a la víctima por el daño o perjuicio sufrido, obligación que debe entenderse como la manera de reparar dicho daño o perjuicio. (p.39)⁶.

De la significación y diferenciación del delito y cuasidelito, se entiende que como consecuencia de incurrir en cualquiera de los dos se origina la acción civil por daños y perjuicios, derivados justamente del hecho ilícito, acción que es motivo del estudio y que se analizará más adelante.

1.4. Daños y perjuicios

Como consecuencia del delito o cuasidelito nace la acción civil por daños y perjuicios causados derivada precisamente del hecho ilícito como se ha indicado. El contorno de la responsabilidad civil viene establecida por el daño efectivo causado por el delito mismo.

El Art. 2214 del Código Civil señala: “**Art. 2214.-** El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito” (Código Civil, 2015).

El jurista ecuatoriano Larrea Holguín, (2004), expresa que: “De este artículo que los daños deben ser probados en juicio (existentes), y no constituir

⁶ Pérez Salinas, Gladis. (2016). “*Daños, cuasidelito y contravenciones en la aplicación de la normativa tributaria del pago del impuesto al valor agregado iva, por las ventas a crédito*”. Tesis magistral. (en línea). Consultado 20 de julio 2017. En: <http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/5374/1/TUAEXCOMMEF003-2016.pdf>

simplemente futuras expectativas. La indemnización de daños y perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante”. (Larrea, 2004, p. 57)⁷.

Revisando a Medellín, (1997), hace una diferenciación sobre daño y perjuicio, señalando:

El daño, considerando en sí mismo, es la lesión, la herida, la enfermedad, el dolor, la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o patrimonio; mientras que el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño, y la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó. (p.18)⁸.

Este autor mencionado hace una correcta diferenciación sobre las tres figuras que encierran el resultado de un cuasidelito, como lo es el daño, el perjuicio y la indemnización, relacionando al daño mental y patrimonial que debe ser compensado económicamente, y se indica que el daño se debe reparar de manera económica, porque se causa el perjuicio al patrimonio que ha sido útil para su titular.

Marcel Fernand Planio, citando a Alessandri, expresa que: “Para que existan los daños y perjuicios se debe obrar contrario a las normas en el caso de la responsabilidad extracontractual, o contrario a las cláusulas contenidas en un contrato, no se puede sostener que existan obligaciones como tales” (Alessandri, 1983)⁹.

⁷Larrea Holguín, Juan. (2004). *“Derecho Civil del Ecuador; Obligaciones Extracontractuales”*. Tomo XV. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

⁸ Medellín, Carlos.(1997). *Lecciones de Derecho Romano*. Bogotá: Editorial Temis

⁹ Alessandri, A. (1983). *Teoría de las obligaciones*. Bogotá: Librería Del Profesional.

Este autor hace referencia a la responsabilidad extracontractual, que como se ha indicado ya es aquella obligación de asumir las consecuencias patrimoniales de un hecho dañoso, lo que va ligado de manera directa en el caso específico objeto del estudio, esta responsabilidad se origina o tiene su para quien simple y llanamente ocasiona un perjuicio a otra persona con la cual no tiene ninguna relación jurídica preliminar.

1.5. El daño material y el daño moral.

El daño y perjuicio que se produce originado de un delito o cuasidelito puede ser de índole material o moral, ambos regulados por el Código Civil en su parte sustantiva, con características diferentes, pero que una vez que se ha comprobado dicho daño son susceptibles al pago de indemnizaciones tal como lo establece la ley.

1.5.1. El Daño material.

De lo revisado hasta ahora se ha identificado, que como resultado de un cuasidelito urge un daño, y este daño principalmente es material, porque se perjudica el patrimonio de la víctima, pero así mismo como lo indica la ley, la doctrina y la jurisprudencia el daño también es moral.

Respecto del primer tipo de daño como lo es el material, LACEBRON, (1978), manifiesta lo siguiente:

Al hablar de daño material, me he de referir a aquel menoscabo o deterioro que se produce en los bienes u objetos que forman parte del

patrimonio de una persona que puede dividirse en daño emergente y lucro cesante; debiendo entender por el primero la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, esto es, un empobrecimiento del patrimonio; mientras que el segundo implica la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto, es decir, un patrimonio que se espera. (p.17)¹⁰.

El daño material es una figura jurídica, que se encuentra establecida en el Código Civil específicamente en el artículo 1572 que establece que este tipo de daño es aquel que se produce a los derechos pecuniarios de una persona, en este mismo artículo se identifican los elementos que constituyen el daño patrimonial que son el daño emergente y el lucro cesante.

Sobre el daño emergente y el lucro cesante se puede indicar que el primero de estos elementos es aquel daño que ha sufrido la persona sobre su patrimonio y que es evidente, mientras que el lucro cesante es aquel ingreso que se dejó de percibir a consecuencia del acto ilícito como lo es el cuasidelito.

1.5.2. **Daño Moral.**

Luego de tener en claro a que se refiere el daño material dentro del ilícito como lo es el cuasidelito se estudia el daño moral que tiene que ver con el deterioro que sufre o se le ocasiona a un sujeto en su psiquis, armonía, salud emocional o afectiva o a su reputación, el daño moral es muy diferente al daño material.

¹⁰ Lacedron, P. (1978). “*Daños Y Perjuicios*”. Revista Jurídica Del Banco De La Nación Argentina: SN.

Basándose en estas diferencias Casas, (2010); expresa la distinción entre el daño material y el daño moral, y expresa que:

En la circunstancia de que el acto ilícito haya afectado o no el patrimonio de la víctima, considerando como conjunto de valores económicos. Es todo simple entre esta distinción el patrimonial en si afecta al patrimonio de la persona, mientras que el daño moral lesiona a la persona, el daño material va sobre las cosas, y el daño moral va sobre la integridad de la persona. (p.48)¹¹.

El autor hace una clara diferencia, y a la vez está señalando que el daño moral puede surgir de un daño material, pues, es claro al indicar que cuando una persona sufre un daño en su patrimonio; es decir, un daño material, éste lesiona a esta persona, que es lo que ha ocurrido en el caso motivo del análisis en materia civil.

En palabras de Tamayo, (2009), puntualiza lo que afecta el daño moral indicando

(...) vulnera los derechos de la personalidad: integridad, estética, imagen, pudor, creencias, honor, derecho al nombre y a la privacidad; o a las libertades individuales: derechos de movimiento, de residir, de reunirse, de opinar, de religión, de empresa, de trabajo, lo mismo que los derechos de familia, profesionales, cívicos, políticos. (p.58-59)¹².

El daño moral al igual que el daño material también se encuentra regulado por el Código Sustantivo este tipo de daño esta manifestado en el artículo 2231 y siguientes que indica que cuando e origina este tipo de daño la persona tiene derecho a demandar una indemnización pecuniaria y que no se

¹¹ Casas, Margarita D. (2005). *"La sentencia del juez penal que resuelve sobre la acción civil; Reparación de daños en el proceso penal"*. 1 edición. Córdoba. Editorial Mediterránea.

¹² Tamayo Lombana, Alberto. (2009). *"La responsabilidad civil extracontractual y la contractual"*. 3era edición. SL: Editorial Doctrina y Ley.

limita a si sólo se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral.

Más adelante el artículo 2232 habla concretamente de la demanda por este tipo de daño instituyendo que la demanda por daño moral procederá en cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes; es decir; está haciendo referencia a los delitos y cuasidelitos, recalca el articulado que se puede demandar pecuniariamente a título de reparación por la gravedad particular del menoscabo sufrido y de la falta. (Código Civil, 2015).

1.6. La acción civil por daños y perjuicios

Para reclamar la indemnización por daños perjuicios, tanto materiales como morales se debe plantear una acción civil. La acción en materia de derecho es definida por Vécovi como: “la facultad jurídica que posee una persona para reclamar ante la autoridad la tutela de sus derechos” (Vécovi, 1999, p.63)¹³.

Revisando a Carnelutti, (1998):

La acción es una actividad jurídica que se expresa a través de actos que generan consecuencias jurídicas, ella no puede ser formulada por cualquiera, para que los actos que la integran generen esas consecuencias es necesario que quien los ejecute esté provisto de capacidad y legitimación. La capacidad es la idoneidad de la persona para intervenir en juicio, derivada de sus caracteres individuales. La legitimación constituye esa idoneidad desprendida de su posición en relación al litigio. (p.25)¹⁴.

¹³ Vécovi, Enrique. (1999). “*Teoría general del proceso*”. Bogotá. Editorial Temis S.A.

¹⁴ Carnelutti, Francisco. (1998). “*Sistema de derecho procesal civil*. Tomo II. Buenos Aires. Editorial Unión Tipográfica Hispano Americana.

El problema que se ha planteado en el estudio de caso, es incorrecta aplicación de las reglas que regulan los cuasidelitos, lo que tiene que ver más con el derecho sustantivo que con lo procedimental, pero como la problemática se encuentra dentro de la resolución del proceso, o sea en el fallo, se considera importante anotar de manera breve como se sigue o se plantea una acción civil por daños y perjuicios.

Por medio de la acción civil por daños y perjuicios se pretende la exigibilidad de una indemnización por el daño sufrido en el ámbito privado, esta acción se encuentra acogida en la parte sustantiva en las normas del Código Civil contempla que parte del Art. 2229 y en la parte adjetiva en las disposiciones legales que tratan el juicio ordinario del COGEP.

1.6.1. Sujetos de la acción.

1.6.2. Sujeto activo o titular de la acción.

El sujeto activo de la acción por daños y perjuicios, o titular de la misma es la persona que plantea la demanda, quien ha sido víctima de un daño, el daño puede ser contingente o puede ser ya producido o realizado como lo establece la ley, por ello la acción le corresponde a quien ya sufrió dicho daño, únicamente a él.

En el caso al daño moral, como lo señala Bernal; “el titular de la acción es la persona que ha sido víctima del daño, puede ser ejercida la acción por su

representante legal, su cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad”. (Bernal Villa, 1996, p. 77)¹⁵.

1.6.3. Sujeto Pasivo de la Acción.

Por otro lado para que el titular demande por daños y perjuicios debe estar la parte pasiva de la acción, es decir, el demandado, si el titular es quien ha sufrido el daño, el sujeto activo es quien ha ocasionado dicho daño y como lo indica la ley también lo serán sus herederos, dicha acción se tramitará ante los jueces de lo civil en juicio ordinario.

La acción por daños y perjuicio tiene su procedencia al momento de que se han configurado los elementos de la responsabilidad civil extracontractual; esto es cuando quien ha causado el daño lo ha hecho mediante acción u omisión antijurídica, cuando ya se ha perpetuado el daño al patrimonio o el daño moral, y se puede iniciar la acción.

1.7. La puridad, dualidad o acumulación de pretensiones.

Se considera importante tocar el tema de las pretensiones que se plantean en la acción civil, ya que en el problema a analizar se menciona que existe una dualidad o acumulación de pretensiones en el caso y por ello no se procede a ordenar una indemnización. Primero hay que determinar lo que es una pretensión en un acción.

¹⁵ Bernal Villa, N. (1996). *“La Responsabilidad Extracontractual en el Código Civil Ecuatoriano”* (Tesis). Cuenca, Ecuador: Biblioteca de la Universidad de Cuenca.

La pretensión en la demanda en primer lugar es un requisito de carácter formal establecido en la normativa procesal para que proceda su admisión o procedencia en la acción; es decir, para que sea admitida a trámite por la vía ordinaria, sumaria, monitoria etc, revisando doctrina:

Morales, (2007), indica las características de las pretensiones:

Son declarativas, cuando lo que se persigue es obtener una solución que suministre plena certeza acerca de la existencia o inexistencia de una determinada relación jurídica material que antes no estuvo claramente establecida. Son constitutivas, cuando se busca una mutación o cambio en una situación jurídica cierta, mediante la creación, modificación o extinción del derecho material. Son de condena, cuando lo que se busca es someter al sujeto pasivo al cumplimiento de una prestación. Son ejecutivas, cuando lo que se persigue es hacer cumplir un derecho preestablecido. Son liquidatorias, cuando existe concurrencia de derechos de varios titulares sobre uno o varios bienes o sobre una universalidad, para poner fin a esa comunidad mediante la asignación de una parte a cada uno de sus titulares. (p.14-15)¹⁶.

En cuanto a la acumulación de las pretensiones o pluralidad de las pretensiones como se denomina en la legislación ecuatoriana, doctrinarios han manifestado: para el Magistrado – Juez Español Barrio, (s/f):

Es de sobra sabido que en un mismo proceso pueden concurrir uno o varios objetos, según que las pretensiones que en el mismo se ejerciten sean una o más de una, así como también el que la posibilidad de esta pluralidad de pretensiones es admitida doctrinal y legalmente tanto por razones de evitar la contradicción de decisiones, a la que podría llegarse si se ejercitan separadamente, como por motivos de economía procesal que la hacen conveniente para evitar dilaciones, trámites y gastos innecesarios. Igualmente es conocido que, atendiendo al tiempo en que la pluralidad surge, hay varios tipos de ella, distinguiéndose dos fundamentales, la inicial y la sucesiva, según que la misma se produzca ya a la iniciación del proceso o que se origine después de haber comenzado éste; y pudiendo a su vez subdividirse la segunda en dos

¹⁶ Morales Suárez, Gerardo. (2007). *“Los medios de defensa y las excepciones dilatorias en el proceso civil”*. Tesis Doctoral. (en línea). Consultado 10 de Agosto de 2017. Recuperado de: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2202/1/T0523-MDP-Morales-Los%20medios.pdf>

subtipos, caracterizados, uno, por el hecho de agregarse una pretensión aún no ejercitada a otra pendiente y, otro, por la circunstancia de haberse hecho ya valer separadamente todas las pretensiones cuando la pluralidad se origina, conociéndose al primero como acumulación por inserción y al segundo como acumulación por reunión. (p.1)¹⁷.

De lo que ha expresado el autor en las líneas de arriba se entiende que la puridad responde al principio de economía procesal, sin embargo no en todas las legislaciones se permite la acumulación de pretensiones, es más en algunas es una excepción en contra del actor al momento que el demandado contesta su demanda. En la legislación ecuatoriana el Cogep admite la puridad de pretensiones siempre que cumpla con los requisitos que establece dicho cuerpo legal, para que sean admitidas y resueltas en un mismo proceso.

¹⁷ Barrio Iglesias, Jaime. (s/f). “*La pluralidad de pretensiones en el juicio ejecutivo*”. (en línea). Consultado 11 de agosto 2017. Recuperado en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292344052112?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D1974_1008.pdf&blobheadervalue2=1288775626120

2. ANÁLISIS DEL CASO

2.1. Hechos fácticos.

En el caso concreto elegido para el estudio y análisis se ha encontrado la problemática en el fallo del mismo, sin embargo, se considera importante que antes de analizar la resolución se indiquen los hechos facticos del caso, es decir; de cómo y por qué se plantea la demanda del sujeto activo por indemnización de daños y perjuicio.

El caso civil N°13334-2015-0045 inicia con la demanda por daños y perjuicios, y daño moral propone el actor señor WISTON VIENVENIDO FLORES DE VALGAS VERA, quien comparece por sus propios derechos y los que representa de los señores EULER ALEXANDER FLORES DE VALGAS GILER Y MARIA CECILIA FLORES DE VALGAS GILER.

En la demanda respecto de los fundamentos de hecho el actor señala que con fecha del 11 de febrero del 2013, sus mandantes se percataron de la filtración de agua en su vivienda ubicada en esta ciudad, que la razón de esta filtración era una excavación en la parte lateral de un bien colindante cuya propiedad corresponde a la persona jurídica demandada que es una Cooperativa de Taxis de la ciudad.

Sigue indicando el actor que por este motivo la vivienda de sus mandantes se llenó de agua, y que su vivienda como consecuencia de estas filtraciones ha sufrido varias afectaciones en la parte posterior y planta.

El actor previo al juicio como diligencia preparatoria solicito se realice una inspección judicial con el propósito de justificar el daño sufrido del inmueble de su propiedad; que en este acto preparatorio con el que se citó al demandado, se llega a un acuerdo en el que el causante del perjuicio, quien se comprometió a reparar las fisuras mencionadas, una vez terminada la excavación y el relleno de la nueva edificación de la sede de la cooperativa de taxis.

Sigue indicando que el compromiso del arreglo era el de reparar fisuras y demás daños en áreas como la cocina, baño, dormitorio y demás paredes internas de la planta baja de la habitación, Que el agua estancada en la inmediaciones se evacuarían al día siguiente del arreglo y los trabajos de reparación de la vivienda en 30 días contados de la fecha del convenio, acuerdo que por su licitud fue aprobado por la Jueza y ratificado por las partes con su firma.

Al no cumplir con las reparaciones con la que se comprometió el ahora demandado de reparar los daños ocasionados por su negligencia, **el actor concurre al órgano de justicia y demanda en acción civil el pago de \$50.000 Dólares por concepto de daños y perjuicios, y en la misma demanda pretende la reparación de los daños morales que a decir de éste también se le causaron**

El actor alega daño moral por cuanto; indica que **por este mismo hecho negligente que se cometió al margen de la ley sufrió daños psicológicos, humillación física, aflicción espiritual, padecimientos, ansiedad, falta de bienestar, daño emocional que se corrobora con el informe del pericial**

emitido por al perito psicóloga del Consejo de la judicatura donde manifiesta en su parte pertinente que **“el aspecto de daño es claro, y no permite confusión”** que **la lesión a su integridad psíquica no existía con anterioridad al evento.**

Con fecha del 2 de mayo del 2017, termina el proceso ordinario con la sentencia que declara parcialmente con lugar la demanda, en la que el Juez ordena el pago de daños y perjuicios y niega el daño moral reclamado alegando que existe dualidad en la presentación de acciones que no son compatibles y que no procede en la misma acción de reclamación de daños y perjuicios, reclamar indemnización por daño moral.

La problemática en el estudio a analizar se origina en la resolución o sentencia de la presente causa, el Juez de lo civil considera no se puede demandar en una misma acción la indemnización de daños y perjuicios que es aquel daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante) y el daño moral, por cuanto estas dos figuras jurídicas son independientes la una de la otra.

Para comprobar si ha existido una errónea consideración incompatibilidad y contrariedad por parte del Juez de lo civil de al demandar en una misma acción daños y perjuicios y daño moral y si se consideran acciones contrapuestas la reclamación de daños y perjuicios, y daño moral y esto impide que procesalmente se puedan proponer en una misma demanda, hay que analizar el fallo para determinar la motivación del mismo y si la apreciación del Juzgador es la correcta, en lo principal determinar y fundamentar si hubo una incorrecta aplicación de las reglas que regulan los cuasidelitos.

2.2. Sentencia

Para el análisis de la sentencia se transcriben los puntos relevantes de la misma a partir de las consideraciones que alega el Juzgador para su resolución. En el considerando primero y segundo el Juzgador se pronuncia sobre cuestiones de competencia y validez del proceso, en el considerando tercero se explica el cómo se trabaja la Litis con la concurrencia al proceso del actor, demandado y sus representantes legales.

La sentencia en su parte expositiva, da a conocer de manera más detallada los hechos por los cuales se ha iniciado la acción:

(...)Que a fs. 9, 10 y 11 de los autos comparecen los señores WINSTON BIENVENIDO FLORES DE VALGAS VERA, por sus propios derechos y en representación de los señores EULER ALEXANDER FLORES DE VALGAS GILER y señora MARÍA CECILIA FLORES DE VALGAS GILER, conforme lo justifica con el poder especial que adjunta que propone demanda de daños y perjuicios contra la COOPERATIVA DE TAXIS “JOSÉ MENDOZA MACÍAS”, de la ciudad de Portoviejo, a través de su representante legal señor SEGUNDO GUSMAN GARCÍA CASTRO, al tenor de los siguientes términos: el día lunes 11 de febrero del 2013, empezó a filtrar agua a la casa de mis representados, por lo que se preocupó y comenzó a investigar las causa, lo que logró observar que la razón es que se había hecho una excavación atrás de la casa, por lo que se acercó donde los señores dueños del terreno que son los socios de la Cooperativa de Transporte de Pasajeros en Taxis “José Mendoza Macías”, para indicarles que la excavación del terreno de su propiedad se había llenado de agua y había producido daños en la propiedad de mis representados, que por favor solucionen el problema, en razón de que no quisieron solucionarlo por lo que se pidió al juzgado Primero de lo Civil cantonal de Portoviejo, como diligencia preparatoria una Inspección Judicial a la casa de los señores EULER ALEXANDER FLORES DE VALGAS GILER, y Ab. MARÍA CECILIA FLORES DE VALGAS GILER, para comprobar el daño sufrido en la casa, por la filtración de agua en la misma, producto del estancamiento del agua del lote de la Cooperativa de Taxis “José Mendoza Macías”, el día lunes 22 de abril del 2013, a las catorce hora

nueve minutos se realizó una inspección Judicial, cuando se desarrollaba la inspección judicial el señor SEGUNDO GUSMAN GARCIA CASTRO, en su calidad de Gerente de la Cooperativa de Taxis “José Mendoza Macías”, realizó la siguiente propuesta: se comprometió a reparar las fisuras de la vivienda en la parte posterior planta baja, una vez que se haya efectuado la excavación y relleno de la nueva edificación de la sede de la cooperativa de taxis, el compromiso del arreglo era la cocina, baño, dormitorio y demás paredes internas de la planta baja, ésta propuesta fue aceptada por el accionante de la inspección judicial, y el gerente manifestó que la evacuación del agua empezaría la día siguiente y los trabajos de reparación de las fisuras de la casa empezarán en 30 días, lo cual fue aprobado por la señora jueza y las partes que lo ratificaron con sus firmas, Como hasta la actualidad el demandado, no ha procedido a realizar las reparaciones de daño sufrido en la vivienda, recurre a este proceso para que se cancele los daños y perjuicios ocasionados al inmueble. (Daños y Perjuicios, 2015).

Fundamentación legal de la demanda:

(...)Fundamenta su petición en lo dispuesto en los Arts. 1572, 2229, 2232 del código Civil, Con tales antecedentes de conformidad con lo previsto en el Art. 2214 del Código Civil demanda lo siguiente: 1.- El pago de la suma de USD\$ 50.000,00 DÓLARES AMERICANOS, en calidad de daños y perjuicios como daño emergente, ya que la humedad ha ocasionado múltiples daños en la pared, cocina, estructura de la casa, donde se incluirá el daño moral que será calculado en un peritaje. 2.- El pago de los intereses que llegue a generar por la demora del pago de la demanda; 3.- El pago de costas procesales y honorarios de su abogado defensor, la dignidad de sus representados está afectada, ya que resulta indignante vivir en condiciones de humedad, habiéndose afectado un sin número de derechos, lo que da lugar a reclamar indemnizaciones pecuniarias, no solo si se prueba el daño emergente. (Daños y Perjuicios, 2015).

Sobre la fundamentación del daño moral:

(...)sino también el perjuicio moral por el daño psicológico de vivir en esas condiciones, también lo dispone el Art. 2232 del Código Civil ya que puede pedirse indemnizaciones pecuniarias a título de reparación, quien hubiere sufrido daño meramente moral, ya que representa una afrenta tener la casa en esas condiciones por la insalubridad a la que están sometidos todos los que habitan en esa casa, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y en la falta Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de

delito y cuasi delito, y en general los sufrimientos físicos o psíquicos, como angustia ansiedad por tener que vivir en esas condiciones. Por lo que solicita que en sentencia se declare con lugar la demanda que como pretensión principal persigue la sanción al daño y perjuicio causado de conformidad a lo previsto en el art. 2229 del Código Civil. La cuantía de la acción queda determinada en razón de USD\$ 60.000,00 Dólares Americanos. El trámite es el ordinario. Aceptada la demanda al trámite ordinario, una vez que la misma fue completada dentro del término legal que tenían para hacerlo, tal como consta a fs. 18 de los autos, se dispone que la entidad demandada, dentro del término de quince días, proponga todas las excepciones dilatorias y perentorias de las que se crea asistido, y para el efecto fue citado en su domicilio indicado en la demanda, con copia de la demanda, escrito de completación y el auto de calificación inicial. (Daños y Perjuicios, 2015).

Calificación de la demanda, contestación y reconvencción:

(...) Con el acta citatorial de fs. 19 y 19 vta. de los autos, se cumple con lo dispuesto en auto de calificación a la demanda citándosele, quien comparece a juicio, dentro del término concedido, según razón actuarial de fs. 27 vta de los autos, habiéndose presentado adicionalmente a la presentación de excepciones, una RECONVENCIÓN contra los demandados, deducida en los siguientes términos: "...A más de las excepciones dilatorias y perentorias que opongo a la acción deducida por el señor WINSTON FLORES en su calidad de apoderado especial de los señores EULER R FLORES DE VALGAS GILER y MARIA FLORES DE VALGAS GILER, reconvengo a este ciudadano al pago de la cantidad de USD\$ 60.000,00 dólares, por haberseme llamado a litigar de mala fe, en representación de la Cooperativa de t del cual soy su Gerente General, institución que se ha ganado el aprecio y consideración no solo de la ciudadanía Portovejense, sino Manabita, por ello rechazo como el que más aquello: Expone: a) La autoridad ante quien propongo esta contra demanda es ante esta Unidad Judicial, en consideración a lo dispuesto en el ordinal 1 del art. 67 del CPC, b) La reconvencción la direcciono contra el señor WINSTON BIENVENIDO FLORES DE VALGAS VERA en su calidad de apoderado especial de los señores EULER ALEXANDER FLORES DE VALGAS GILER Y MARIA CECILIA FLORES DE VALGAS GILER. c).- Fundamenta su reconvencción en lo dispuesto en el art. 397 del Código de Procedimiento Civil y en consideración a lo expuesto y d).- La cosa, cantidad o hecho que se exige aquella está determinada en la cantidad de dinero que lo considero en esta reconvencción, con fundamento a lo dispuesto en el art. 398 del Código Procesal Civil, a cuantía de la acción la señalo en la cantidad de USD\$ 60.000,00 dólares; f) El trámite a dársele a la

reconvención está señalado en el art. 398 del Código de Procedimiento Civil; por lo que mediante decreto de fs. 28 de los autos se aceptó al trámite pertinentes las excepciones deducidas contra la demanda inicial, y se corrió traslado a la parte actora con la reconvención planteada, a fin de que dentro del término de quince días proceda a presentar sus excepciones dilatoria o perentoria que tuviere lugar; posteriormente, mediante decreto de fs. 37 de los autos se convocó fecha y hora para la realización de la junta de conciliación, la misma que se llevó a efecto según consta la respectiva acta a fs. 38 y 38 vta. de los autos; a la que compareció la parte actora-reconvenida y demandada-reconviniente, no existiendo posibilidad de arribar a un acuerdo en la misma, por lo que mediante auto de fs.49 del proceso se abrió la causa a prueba por el término de diez días; habiéndose evacuado en la misma las solicitadas por ambas partes procesales y, siendo el estado del proceso para resolver, para hacerlo se hacen las siguientes consideraciones legales. (Daños y Perjuicios, 2015).

En los considerando segundo y tercero se pronuncia el juzgador respecto de la validez del proceso y la competencia que tiene para conocer y resolver la causa:

PRIMERO.- Este despacho de la Unidad Judicial Civil de Portoviejo, es competente para conocer y resolver la presente causa, por haberse radicado la competencia mediante el sorteo de ley en la forma prevista en el Art. 160 No. 1 y artículos 239 y 240 del Código Orgánico de la Función Judicial. SEGUNDO: El Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador establece que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso, hecho que se ha cumplido plenamente en la tramitación del proceso, debido a que dentro del trámite se han observado todas las solemnidades sustanciales necesarias contenidas en los Arts. 346 y 347 del Código de Procedimiento Civil, por lo que no existe nulidad que declarar por violación de trámite conforme lo determina el Art. 1014 ibídem, u omisiones sustanciales que puedan influir en la decisión de la causa por lo tanto se declara la validez de lo actuado. (Daños y Perjuicios, 2015).

En el considerando cuarto se pronuncia sobre la carga de la prueba.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el Art. 113 del Código de Procedimiento Civil, respecto a la carga de la prueba, es obligación de la parte actora, probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el

juicio, y que ha negado el reo, por lo que, con los fundamentos de la demanda y la contestación dada a la misma que formuló la accionada compareciente se trabó la litis, y de conformidad a lo dispuesto en el Art. 114 ibídem, corresponde a ambas partes justificar lo que han afirmado en la demanda y su contestación respectivamente; así lo determina la norma procesal reseñada y el principio de obligatoriedad de Administrar Justicia inserto en el Art. 28 del Código Orgánico de la Función judicial, que comprende el uso también de la Jurisprudencia de los fallos de la ex Corte Suprema de Justicia, entre ellos, el que contiene la G.J. XIV. No.15, pp. 3537-8 31- VIII -87. “La doctrina de la prueba establece que corresponde al actor establecer los fundamentos de su demanda, cuando en el libelo se han expuesto los hechos afirmativamente y que han sido negados por el reo. Pero así mismo, corresponde al demandado probar su negativa, si contiene afirmación explícita e implícita, sobre el hecho, el derecho o la cantidad de la cosa litigada”; sumado a ello se ha respetado el derecho de las partes basados en el Principio de Contradicción de las pruebas, que lo contempla el Art. 76 numeral 7 literal h) de la Constitución de la República que dice: “El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: h) Presentar en forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra” En aplicación de las reseñadas normas procesales, y la jurisprudencia, consta dentro del proceso las siguientes pruebas a favor de la parte actora: 1.- Todo cuanto de autos les sea favorable y por impugnado la prueba presentada o que llegase a presentar el demandado por ser esta mal actuada y contraria a derecho; **2.- Se solicitó que se designe peritos en el área de Psicología e Ingeniería Civil, a fin de que determinen daños psicológicos a los habitantes de la vivienda colindante al predio de la entidad demandada,** y experticia técnica a la infraestructura de la referida vivienda; 3.- incorpora certificación médica de la señora Martha Catalina Giler Mendoza, habitante de la vivienda, madre de los accionantes, quien padece de cáncer mamario. (Daños y Perjuicios, 2015).

En el mismo considerando también se pronuncia respecto a la valoración de las pruebas que hace dentro de su facultad de juzgador.

Conforme lo exige el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, las pruebas deben ser valoradas en conjunto, es decir todas la pruebas producidas en la respectiva etapa procesal, de acuerdo con las reglas de

la sana crítica, que no es sino el justo entendimiento, la razón, la lógica, el buen conocimiento humano de las cosas, las reglas de la sana crítica constituyen el juicio razonado sobre los hechos, que asume el juzgador, a través de la apreciación y valoración de las pruebas de la exégesis de la ley, del uso de su experiencia, de las reglas de la lógica, de los principios de la ciencia y de la justicia universal. Para Couture “Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del Juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión, en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas”; Eduardo Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires. Depalma, 1997, 3era edición Pág. 270-271; cumpliéndose con ello, con las garantías básicas del derecho al debido proceso contempladas en el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, en cumplimiento al artículo 75 ibídem que consagra la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses de las partes, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad sin dejarlas en indefensión judicial, tutela que se encuentra desarrollada en el Art. 23 del Código Orgánico de la Función Judicial que obliga al Juzgador a resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso, sumado a ello en la G. J. año CIII, SERIE VXII No. 8 pagina 2288, quinto considerando, en la Resolución del 11 de marzo del 2002, las 09h00, la Primera Sala Civil y Mercantil de la Ex Corte Suprema de Justicia, sobre la VALORACIÓN DE LA PRUEBA se refiere: “El juez al momento de dictar sentencia, primeramente hace el examen del material fáctico para llegar a la convicción de la verdad o no de lo afirmado por el actor en la demanda, o del demandado al contradecirla, en la contestación a la demanda. (Daños y Perjuicios, 2015).

Luego de citar la ley, la doctrina, y la jurisprudencia el juzgador hace su valoración:

(...)Una vez que ha adquirido esa convicción y reducido los hechos a un tipo jurídico determinado, busca la norma o normas de derecho en las cuales debe encajar o subsumir esos hechos...”; en virtud de lo expuesto consta en autos las pruebas practicadas por ambas partes procesales

existiendo **a favor de la parte actora** desde fs. 74 a fs. 77, 78 a 81 de los autos **informes periciales** presentados por la Lcda. Mónica Palau Guillem, **Psicóloga perito** acreditada en el Consejo de la Judicatura, experticia realizada a los señores María Cecilia Flores de Valgas Giler y Euler Alexander Flores de Valgas Giler, respectivamente, de quienes se resalta en la conclusión de la referida profesional que ambas personas **sufren un stress pos-traumático debido a los fallidos intentos de lograr una debida indemnización como reparación de los daños físicos que ha sufridos su bien inmueble**, producto de la construcción contigua a la misma, a fs. 83, 84, 85 y 168 de los autos consta el acta de la Inspección Judicial realizada, de la cual se extrae en su parte pertinente que se observa a un costado de la vivienda de los accionantes una bodega con una pared de ladrillo de unos tres metros de alto por cinco metros de ancho, se observa humedad en el piso y en la parte inferior de la pared, así como fisura a lo largo de una columna que sirve de separación entre la vivienda y la construcción contigua, en la parte interna de la vivienda se observan tres ambientes área de cocina que se observa fisuras en las paredes en la parte posterior y los laterales, así como la cerámica de las paredes presenta al contacto sonidos diferentes, en el área del baño sucede similar circunstancia respecto a la fisura en una de sus columnas y el sonidos distinto de las cerámicas al contacto, en el tercer ambiente corresponde a un dormitorio, que también presenta sus paredes fisuras y humedad tanto en sus paredes como en su piso, a un costado de la ésta habitación también hay otra bodega que se usa como área de lavado de la cual no presenta novedades ni sus paredes, ni su piso, es de indicar que la parte posterior de la vivienda tiene como colindantes a la sede social de la entidad accionada, también se observó aquella sede, en la parte que colinda con la vivienda objeto de la inspección, no se observó humedad, ni fisuras, se encontraba seco, existiendo un desagüe de aguas lluvias, conectado directamente al servicio de alcantarillado fluvial del sector; no se observó fisuras en ninguna de su paredes, ni humedad en el piso. (Daños y Perjuicios, 2015).

(...)Es de indicar que a partir de dicha diligencia actuó en calidad de Gerente de la entidad demandada la señora Mariuxi Guerrero Véliz, existiendo constancia a fs. 86 de los autos; desde fs. 90 a 94 consta en informe de inspección judicial, en el que el Ing. Julio Verne C, indica detalles técnicos de construcción de la vivienda, y señala que considera lo solicitado por la parte actora tomando en cuenta que las construcciones se encuentran adosadas en su parte posterior señala que se observa humedad en las paredes y grietas en la loza de concreto de entrepiso adjuntando al mismo galería fotográfica detalles de similares a los que el despacho observó y que ya han sido transcritos, teniendo como conclusión "...que ha podido determinar que las afectaciones a la

construcción indicada anteriormente se localizan en la parte posterior de la planta baja de la misma, en el área que se encuentra adosada o adjunta a la de los demandados y que el tiempo de construcción de la vivienda de los actores es de veinte años aproximadamente y de la entidad demandada de unos tres años. (Daños y Perjuicios, 2015).

Consta el pliego de preguntas

Que debía contestar el señor Segundo Gusman García Castro, llamado a confesión judicial por la parte actora, quien no asistió a rendirla por lo que mediante auto de fs. 184 se lo declaró confeso; de las pruebas evacuadas por la parte accionada se obtiene a fs. 100 de los autos la confesión judicial rendida por el señor Euler Alexander Flores de Valgas Giler, y a fs. 103 de los autos consta la confesión judicial rendida por la señora María Cecilia Flores de Valgas Giler, de cuyo interrogatorio que es similar para ambos confesantes se extrae que otorgaron un poder especial a su señor padre Winston Bienvenido Flores de Valgas Vera, para que inicie las acciones legales contra la entidad demandada, por los daños causados a su vivienda de un solar de diecisiete por veinticinco, hecho por la cooperativa de taxis José Mendoza que ofrecieron cancelar y no lo hicieron en la fecha acordada, desde fs. 108 a 163 de los autos consta copias certificadas de la diligencia de Inspección Judicial No. 13301-2013-0027D propuesta por Winston Bienvenido Flores de Valgas Vera contra la Cooperativa de Taxis José Mendoza Macías, sustanciada en el Juzgado Primero de lo civil de Manabí, remitido mediante oficio de fs. 164 de los autos, de cuya diligencia se resalta para el caso que nos ocupa que a fs. 142 de los autos consta el acta de la diligencia de Inspección judicial en la que de la intervención que efectuó la Cooperativa de Taxis “José Mendoza Macías”, a través de su abogado defensor expone: “...EN TAL VIRTUD PARA TENER VECINOS QUEREMOS HACER LAS RESPECTIVAS PROPUESTAS QUE LA HACEMOS COMO GERENTE Y PRESIDENTE DE LA COOPERATIVA, Y EL ARQUITECTO RICHARD CEVALLOS BERNARDO SE COMPROMETE A REPARAR LAS FISURAS DE LA VIVIENDA EN LA PARTE POSTERIOR PLANTA BAJA, UNA VEZ QUE SE HAYA EFECTUADO LA EXCAVACIÓN Y RELLENO DE LA NUEVA EDIFICACIÓN EN LA QUE ESTÁN INMERSA LA COCINA, BAÑO, DORMITORIO, Y DEMÁS PAREDES INTERNAS...” habiendo indicado la parte accionante que acepta la propuesta efectuada y que: “...EN LO QUE RESPECTA A LA EVACUACIÓN DEL AGUA SE ACEPTA QUE ESTA SE PROCEDA

A EVACUAR DESDE MAÑANA, Y EN LO QUE RESPECTA A LA FISURA DE LA PLANTA BAJA DE LA CASA SE COMENZARÁ A TRABAJAR EN 30 DÍAS...”, acuerdo que si bien no fue motivo de la diligencia la señora Jueza actuante procedió a aceptarlo en la misma diligencia, de cuya acta además se indica lo que el despacho observó, siendo similar a la redacción ya expuesta en líneas atrás observado por la suscrita en la diligencia llevada a efecto en ésta causa; evacuadas las pruebas solicitadas por ambas partes procesales conforme lo indica la razón actuarial de fs. 187 vta. de los autos. (Daños y Perjuicios, 2015).

En el considerando sexto la juzgadora señala:

SEXTO.- Previo a analizar las pruebas aportadas es preciso comprender que la parte actora en su libelo inicial de demanda trata a través del servicio judicial obtener el amparo de sus derechos que a manera de reparación, considera le asiste por los daños y perjuicios causados del daño moral provocado por la entidad accionante, existiendo dos acciones en una sola causa, tal como se excepcionan los demandados, sin embargo **es pertinente indicar que la dualidad de ésta clase de acciones al tenor de lo expresamente señalado en el Art. 1572 del Código Civil** que expresamente indica: “...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. (Daños y Perjuicios, 2015).

Para exceptuar la indemnización por daño moral

Exceptúase también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el título XXXIII del libro IV de éste código...”; siendo muy claro y determinante, que **no procede en la misma acción de reclamación de daños y perjuicios, reclamar indemnización por daño moral; por cuanto tienen grandes diferencias, aunque se sustancie por la misma vía**, Doctrinariamente la indemnización de Daños y Perjuicios consiste en “ Una retribución prevista en la ley y que debe satisfacer quien ha quebrantado el contrato o ha realizado un acto o hecho contrario a ella”; los Artículos 2214 y siguientes del Código Civil, se refieren a daños y perjuicios en delitos o cuasi delitos, el citado Art. 2214, dice: “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”; el Artículo 2216 preceptúa: “Están obligados a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos. El que recibe provecho del dolo ajeno, sin ser cómplice en el, solo están obligados hasta que valga

el provecho”; de lo que se colige que tanto la Doctrina como la Jurisprudencia identifican muy claramente los presupuestos que se requieren para la procedencia de la Acción de Daños y Perjuicios; así como la norma contenida en el Art. 1572 del Código Civil, ua decripto. De lo analizado se establece que los Daños y Perjuicios tiene por objeto determinar si efectivamente SE HA INFERIDO DAÑO Y PERJUICIO A OTRO Y SI ESTE DAÑO IRROGA PERJUICIO A SU DERECHO DE USUFRUCTOO O DE HABITACION O USO. (Daños y Perjuicios, 2015).

Agrega:

(...) Los actores sostienen que los daños y perjuicios civiles se deben independientemente de las acciones penales a quien dieran lugar los autores, tal como lo refiere la Jurisprudencia: “El Código Civil vigente, al tratar en su Título XXXIII del Libro Cuarto de los Delitos y Cuasidelitos, no establece en forma alguna como condición indispensable que haya como antecedentes para la acción de pago de daños y perjuicios una declaración que decrete su pago, porque la Ley no prevé ni existe fundamento lógico. Nada hay en la doctrina ni en la Jurisprudencia el que impida a la Jurisdicción Civil de hechos que pueden ser constitutivos de culpa o negligencia... puesto que el juicio penal tiende a establecer si el hecho constituyó o no un delito, cosa distinta del pago civil de daños y perjuicios.” (Jurisprudencia 29-V81 (GJ S. XIII No. 12 p. 2828). “ En cuanto al daño debemos anotar, desde el punto de vista conceptual como todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes, la pérdida de un beneficio, de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial. “Ramón Meza Barros.- Manual de Derecho Civil. A las precisiones anteriores es importante agregar los comentarios del tratadista Arturo Alessandri Rodríguez sobre el origen de la responsabilidad en estos casos “La responsabilidad delictual o cuasidelictual civil proviene de un delito o cuasidelito civil, es decir, de un hecho ilícito, intencional o no, que ha inferido injuria o daño a la persona o propiedad de otro. Esta responsabilidad no deriva de la inejecución de una obligación preexistente; ninguna existe entre las victimas y el autor del daño, si la hay, éste se produjo al margen de ella y no resulta de su infracción... Mientras que la responsabilidad contractual supone una obligación anterior, se produce entre personas ligadas por un vínculo jurídico preexistente, a cuya violación sirve de sanción, la responsabilidad delictual o cuasidelictual supone la ausencia de obligación, se produce entre personas jurídicamente extrañas, por lo menos en cuanto al hecho de que deriva, y es ella la que crea la obligación de reparar el daño. La responsabilidad delictual o cuasidelictual es, por lo mismo, fuente de obligaciones; con anterioridad

no existía entre las partes ninguna obligación con la cual se relacione el hecho que la genera”. (Daños y Perjuicios, 2015).

(...) De la responsabilidad extra-contractual en el Derecho Civil Chileno, Tomo I, Ediar Editores Ltda. Santiago, 1983, página 42). Por daño moral el Dr. José García Falconí en su obra Manual Teórico Práctico en Material Civil.- Parte Práctica del Juicio por la Acción de Daño Moral y forma de cuantificar su reparación, tercera edición de noviembre del 2010, página 60, 61, 62 y 63, en su parte pertinente con la causa dice: “...Que es el daño Moral.- Es el que se causa al espíritu del individuo, ya sea por dolores físicos o morales, por herir sentimientos de afección o de familia, por malas condiciones de salud a consecuencia de pesadumbre que le han ocasionado por la privación de un apoyo o de una dirección, (...) es aquel que proviene de toda acción u omisión que pueda estimarse lesiva a la facultades espirituales, a los afectos o las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana, (...) todo aquello que signifique un menoscabo a los atributos o facultades morales del que sufre el daño, (...) La Corte Suprema de Colombia ha dicho que “perjuicio moral es el que proviene de un hecho ilícito que ofende, no los derechos patrimoniales, ni la persona física, sino la personalidad moral del damnificado, hiriendo uno de sus sentimientos legítimos o bienes no económicos de los que integran, lo que generalmente se llama patrimonio moral de una persona, de lo que se desprende que el daño moral es la consecuencia del ataque a los derechos extrapatrimoniales, así caracteriza al daño moral los sufrimientos espirituales que provoca un determinado hecho en la persona”. (Daños y Perjuicios, 2015).

En este mismo punto valorativo el juzgador hace referencia sobre cómo e configura lo que es la institución jurídica del daño moral según su apreciación, para luego resolver por qué no lo va a ordenar:

(...) El daño moral se configura con la violación de los derechos que protegen la seguridad personal: paz, tranquilidad de espíritu,

privacidad, libertad individual, integridad física, etc., y las afecciones legítimas como: el honor, la honra, los sagrados afectos, etc. Las contingencias de vida, sus pesares, dolores, las amenazas a la integridad física o las facultades psíquicas o al espíritu que el hombre debe soportar, la lesión que sufre una persona en su honor, reputación, afectos o sentimientos por acción culpable o dolosa de otros...” así como el Dr. Guillermo Cabanellas, en su obra enciclopédica, Diccionario Jurídico Elemental, edición del 2006, en la página 120, describe como concepto de daños y perjuicios: “...Constituye este concepto uno de los principales en la función tutelar y reparadora del Derecho. Ambas voces se relacionan por completarse; puesto que todo daño provoca un perjuicio, y todo perjuicio proviene de un daño. En sentido jurídico, se considera daño el mal que se causa a una persona o cosa, como una herida o la rotura de un objeto ajeno; y por perjuicio, la pérdida de utilidad o de ganancia, cierta y positiva, que ha dejado de obtenerse; pues el herido, por ejemplo, ha perdido sueldos u honorarios, o la máquina rota ha dejado de producir tal artículo. (Daños y Perjuicios, 2015).

En el considerando séptimo el juzgador expone su decisión:

(...) En el caso, los accionantes reclaman los daños y perjuicios que la construcción de la sede social de la Cooperativa de Taxis, ocasionó a su vivienda, misma que está contigua a dicha edificación, de las pruebas aportadas por las partes se establece, que aquello fue discutido y analizado dentro de otra acción de distinta naturaleza a la presente, esto es, dentro de la diligencia preparatoria de Inspección Judicial No. 13301-2013-0027D propuesta por el actor contra la Cooperativa de Taxis José Mendoza Macías, sustanciada en este juzgado, de la que se resalta el ofrecimiento voluntario que expresó la Cooperativa accionada, y que fue aceptada por los hoy accionantes, si bien la entidad demandada alega prescripción de aquello, por haberse realizado una transacción, no es menos cierto que procesalmente no se ha justificado que aquel acuerdo se encuentre cumplido, o que en su defecto se ha resarcido de alguna

manera el perjuicio que reconoció tácitamente la entidad accionada haber causado a la vivienda de los accionantes, por los trabajos de excavación realizados en aquel tiempo, esto el 22 de abril del 2013, fecha de la inspección judicial de la diligencia preparatoria, y que al tiempo en el que se efectuó la misma diligencia en ésta causa, 9 de diciembre del 2015, las observaciones realizadas por ambos despachos judiciales son similares, adicionando que para ésta última fecha ya existía construída la edificación de la sede social de la Cooperativa de Taxis José Mendoza Macías, y que los daños existentes siguen siendo visibles y palpables, incluso la accionada plantea reconvencción contra los accionantes, por la cantidad de USD\$ 60.000,00, indicando que aquello que es motivo de la presente reclamación ya fue ventilada y concluido en un acuerdo en otra acción; lo que es refutado por el accionante señor Winston Flores de Valgas, al indicar que la reconvencción propuesta es para rehuir a su responsabilidad de no asumir los pagos que ofreció tiempo atrás,; si bien en ambos informes técnicos, realizados por ingenieros civiles peritos en la materia, no indican que la infraestructura de la vivienda se encuentre afectada por los trabajos de excavación realizados en el terreno contiguo, sin embargo si señalan secuelas en la mampostería que consiste en un sistema tradicional de construcción de erigir muros y parámetros en forma manual de los materiales que los componen, esto es el enlucido de las paredes y columnas, la cerámica de mesones, pisos y paredes; así como la humedad existente en aquellas áreas de la vivienda y sus bodegas, de lo que se obtiene que existe un daño físico a la vivienda, que afecta a los que residen en la misma, que fue reconocido por la entidad demandante que ofreció repararlo, incluso aquello forma parte de su contestación dada a la demanda, manifestando que hubo un arreglo amistoso, que fue subsanado en su debida oportunidad, sin embargo procesalmente no hay constancia, de haber cumplido, porque no lo ha justificado en la causa, y dicho perjuicio proveniente del daño debe ser reparado. (Daños y Perjuicios, 2015).

En este punto de la resolución, este juzgado de primera instancia manifiesta que con las pruebas no se ha probado el daño moral, y luego de toda la doctrina y jurisprudencia que este mismo operador de justicia ha mencionado indica que “no siendo claro lo que respecta al daño moral”, hay que recordar que en la revisión del expediente existe un informe pericial que señala que los actores han sido afectados moralmente: este informe en lo principal manifiesta las siguiente afectaciones:

1. Estrés.
2. Pérdida del conocimiento en algunas ocasiones de la actora por cuanto vive preocupada por la seguridad de su hogar y de quienes habitan en él.
3. Estos efectos no se mostraban antes del acontecimiento de los hechos.
4. Nerviosismo.
5. Entre otros que constan en dicho informe.

Sin embargo el juzgador en su parte resolutive señala:

(...) Siendo que las pruebas aportadas por la parte actora, demuestran un daño y perjuicio ocasionado, no siendo claro lo que respecta al daño moral sumado a que la norma tampoco lo prevee. Analizadas las premisas fácticas y normativas del caso, y contrastadas entre sí las pruebas aportadas por la parte actora y demandada, valoradas que han sido lo que en Derecho corresponde por la suscrita juzgadora, de conformidad con las reglas de la sana crítica insertas en el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, y en cumplimiento de la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses de las personas, lo que está consagrado en el Art. 75 de la Constitución de la República del

Ecuador, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad, en armonía con el artículo El artículo 172 de la Constitución de la República, prevé: “Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Las servidoras y servidores judiciales que incluyen a juezas y jueces, y los otros operadores de justicia, aplicaran el principio de la debida diligencia en los procesos de Administración de Justicia...” y el artículo 25 del Código Orgánico de la Función Judicial, determina, que las juezas y jueces tienen la obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas. (Daños y Perjuicios, 2015).

En esta misma parte menciona los preceptos constitucionales de conformidad con la seguridad jurídica de la que gozan todos los ciudadanos que habitan en el Ecuador.

(...) el Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador establece que la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, en concordancia con lo previsto en el artículo 129 numerales 1 y 2 del Código Orgánico de la Función Judicial, en razón de que las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, que serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por la denegación de justicia o el quebrantamiento de la Ley, que deberán aplicar la norma Constitucional, por sobre los preceptos legales contrarios a ella, y que se administrará justicia aplicando la norma jurídica pertinente, en concordancia como lo previsto en los Arts. 15 Cuarto inciso del Código Orgánico de la Función Judicial, que es de aplicación directa e inmediata por los servidores judiciales por mandato del art. 11 No. 3 ibídem, así como, en el principio de celeridad procesal contemplado en el art. 20 ibídem, en armonía con lo dispuesto en el Art. 23 ibídem sobre el deber fundamental de garantizar la tutela judicial

efectiva de los derechos declarados en la Constitución, y en relación a lo dispuesto en el art. 76, No. 7, lit. l) de la Constitución de la República del Ecuador, que obliga a motivar las resoluciones y enunciar las normas o principios jurídicos en que se funda y explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. (Daños y Perjuicios, 2015).

Remitiéndose sobre la norma que indica sobre que cuestiones debe resolver el Juez que conoce de una causa señala lo regulado por el artículo 273 del código civil que establece que se debe resolver sobre los puntos donde se traba la Litis, es decir sobre las pretensiones que planteado el actor en su demanda y el demandado en su contestación sin que lo que resuelva cause un perjuicio a las partes.

(...)El Art. 273 del Código de Procedimiento Civil dice: “**La sentencia deberá decidir únicamente sobre los puntos sobre los que se trabó la litis y los incidentes que, originados durante el juicio, hubieren podido reservarse, sin causar gravamen a las partes, para resolverlos en ella**”, lo que quiere decir la norma es que el Juez debe resolver no solo aquello que fue objeto de la demanda, sino lo que fue materia de la contestación dada por la parte demandada, estableciéndose con ello los límites de la competencia, conforme lo consagra el Art. 169 de la Constitución de la República el cual señala: “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso, no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”; en aplicación del principio de la obligatoriedad de administrar justicia inserto en el Art. 28 del Código Orgánico de la Función Judicial que comprende a las precitadas normas, a los principios generales de derecho, la doctrina, y la jurisprudencia, y permiten interpretar, y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal vigente, por los considerandos expuestos, sin más análisis, la suscrita señora Jueza de este despacho de la Unidad Judicial Civil de Portoviejo. (Daños y Perjuicios, 2015).

Como se indicó antes de transcribir lo de la sentencia, el Juez debe resolver sobre los puntos que se han señalado sin que lo que resuelva cause un

prejuicio a las partes, sin embargo, esta consideración es afectada al momento de su manifestación final, pues, no ordena la indemnización por daño moral, aun cuando ha sido evidente que ese daño ha sido originado a causa del daño material que han sufrido los actores de esta causa.

Al opinar que ambas acciones no proceden en la misma acción no está usando la razonabilidad y la lógica que son dos presupuestos pertenecientes a las reglas de la sana crítica, que debe aplicar el Juez en todos los casos en base a su experiencia y a su conocimiento científico de determinada materia, finalmente concluye en su resolución:

(...) ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”, **declara parcialmente con lugar la demanda planteada** por los accionantes, Winston Bienvenido Flores de Valgas Vera por sus propios derechos y por los que representa de los señores Euler Alexander y María Cecilia Flores de Valgas Giler, **en lo que respecta a los daños y perjuicios, se niega el daño moral reclamado por no haberse justificado en debida forma** y acoge parcialmente la excepción deducida por la entidad demandada de **dualidad de acciones**, se niega la reconvenición planteada por la entidad demandada acogiendo la excepción de falta de derecho del actor de la demanda de reconvenición por rehuir a la responsabilidad ya asumida, y en consecuencia se ordena, que la COOPERATIVA DE TRANSPORTE DE PASAJEROS EN TAXIS “JOSÉ MENDOZA MACÍAS”, a través de su representante legal, cancele por los daños y perjuicios ocasionados por la construcción de la sede social de la misma, a los accionantes, regulándose dichos daños y perjuicios en la cantidad de USD\$ 25.000,00 VEINTICINCO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, así como se les condena en costas y se regulan los honorarios profesionales del Ab. Roque Argandoña Vera, en la cantidad de Un mil Quinientos 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América. Cúmplase con lo previsto en el artículo 277 del Código de Procedimiento Civil. CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE. (Daños y Perjuicios, 2015).

El problema concreto que esta investigación analítica destaca es la incorrecta ponderación del juez al determinar la incompatibilidad de dos acciones y sus pretensiones que devienen de un mismo hecho, esto es las reparaciones por daños y perjuicios y el daño moral que el actor plantea en una misma demanda, esto dentro del caso 0045-2015 por cuanto el juez ordenó pagar indemnización por daños y perjuicios y no por el daño moral indicando que no se puede proponer estas dos figuras jurídicas en una misma acción.

Comenzando con el análisis de la decisión del juzgador de no ordenar el pago de indemnización por daño moral junto con los daños y perjuicios materiales que fueron pretendidos y solicitados en la demanda, primero se puede indicar que; efectivamente el artículo 2234 del Código civil establece la independencia de la acción por daño moral.

Si bien es cierto el artículo 2234 del Código Civil, instituye la autonomía de la acción por daño moral lo cual significa que; el ejercicio de la acción para reclamar la indemnización del daño moral es independiente del ejercicio de la acción para reclamar el pago de la indemnización del daño material no es menos cierto que el artículo 71 del CPC y al artículo 145 del COGEP abiertamente señalan que **“se puede proponer, en una misma demanda, pretensiones diversas o alternativas siempre que:**

1. El juzgador sea competente para conocer de todas.
2. Que las pretensiones no sean contrarias ni incompatibles entre sí.

3. Que todas las pretensiones se puedan sustanciar por un mismo procedimiento” (COGEP, 2016).

Lo descrito en las líneas anterior es lo que ha sucedido en el presente caso, el juzgador indica que se ha presentado una dualidad de pretensiones y se enfoca además diciendo que son incompatibles, primero ambas figura jurídicas se siguen por la vía civil, y como reza la ley **se puede proponer, en una misma demanda, pretensiones diversas o alternativas siempre que el juzgador sea competente,** en este caso el juzgador que conoció la causa es competente para resolver ambas y **nuestra ley civil acepta la pluralidad de pretensiones,** siempre que se cumpla con los elementos que dice el código.

Si bien es cierto este caso fue resuelto con el Código de Procedimiento Civil derogado, no es menos cierto que el art 71 de dicho código establecía lo mismo que establece el actual artículo 145 sobre la pluralidad de pretensiones, por lo que, no se puede indicar que no es un problema vigente en el ámbito procesal.

El daño moral al igual que el daño material también se encuentra regulado por el Código Sustantivo, este tipo de daño esta manifestado en el artículo 2231 y siguientes que indica que cuando e origina este tipo de daño, la persona tiene derecho a demandar una indemnización pecuniaria y que **no se limita a si sólo se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral.**

Para sustentar lo dicho en las últimas líneas del párrafo anterior se transcribe las resoluciones de un caso suscitado aquí en la provincia de Manabí

en el que la unidad de lo civil declara con lugar la demanda y manda a pagar los daños morales junto con el daño y perjuicio material, de este mismo juicio existe recurso de apelación donde la sala revoca la sentencia e indica lo mismo que nuestro caso estudiado **que las acciones son incompatibles**, el actor de esta resolución interpone recurso de casación donde la Corte Nacional afirma que estas dos acciones no pueden ser incompatibles.

Juicio N° 279-2003 - Resolución N° 101-2007

Primer nivel

(...) LA ACCIÓN DE DAÑO MORAL” que dice: **“La prueba del daño moral deberá ser la del hecho lícito que lo ha provocada, el delito o un cuasidelito que han afectado a bienes jurídicamente protegidos y el de la atribución del mismo al que causó el daño y los fundamentos para declararlo responsable”**. Es decir, el evidente daño estético sufrido y la naturaleza del mismo, entonces, provocado por un mal servicio público que **no sólo transgredió tentativamente el elemental derecho a la vida del actor, sino sus demás derechos consagrados en la Constitución Política y el Código Civil, dan lugar a que efectivamente se acepte la reclamación por daño moral; por lo razonado y aplicando la sana crítica se determina en una cantidad igual a la señaladas en concepto de daño emergente y lucro cesante**, esto es la cantidad de \$12.675,48. Por los considerandos anteriores este Juzgado Décimo Cuarto de lo Civil de Manabí ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, SE ACEPTA la demanda y al mandato del Art. 20 de la Constitución Política del Estado se ordena que la empresa eléctrica de Manabí EMELMANABÍ S.A **indemnice y pague en concepto de reparación por daño emergente, lucro cesante y daños morales** al Señor Jesús Rodríguez Moreira por intermedio de su padre Franklin Heriberto Rodríguez Muñoz, la cantidad de \$25.350,96. Con costas y honorarios que se los regula así \$2000 para los abogados del actor, \$300 para el Ing. Jorge Enrique Hermida Macías y \$200 para el Ing. Nestor Perero Melendez que actuaron como peritos en las diligencias de inspección judicial practicadas como diligencia previa y dentro del término de pruebas respectivamente que deberán ser pagados por EMELMANABÍ S.A. Notifíquese.- f) Dr. Wilson Mendoza (juez) (Daño emergente, 2003).

En la sentencia de este proceso en la primera instancia, se observa que el Juez aplicando las reglas de la sana crítica acepta que estas dos instituciones son compatible y más aún porque son derivadas de una misma figura jurídica como lo es un cuasidelito, tal como ha sucedido en el presenta caso estudiado, donde por la construcción de la cooperativa se ha afectado el bien de los actores.

El daño moral en el caso estudiado procede además, porque anterior a la acción que plantean los actores hubo ya un acuerdo, en donde los demandados se comprometieron a pagar por los daños; cosa que nunca hicieron a pesar de que este acuerdo fue realizado con la presencia de un Juez, lo que ocasionó malestar psicológico a los actores también.

Siguiendo con la jurisprudencia citada en las líneas anteriores, de esta hubo una apelación, que en su parte pertinente determinó:

Segundo nivel.

(...) si bien el daño moral tiene independencia absoluta del patrimonial, debe probarse dicha omisión que ocasiona resarcimiento valorado por el juzgador, eso no ocurre en autos, finalmente el informe pericial inicial como preparatorio ha sido impugnado por no haberse notificado a la parte contraria, en base a lo expuesto, esta segunda sala de Corte superior de Justicia de Portoviejo “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY”, revoca la sentencia venida en grado del inferior, y declara sin lugar la demanda, aceptando el recurso de apelación interpuesto. (Daño emergente, 2003).

Recurso de casación de la misma jurisprudencia citada:

(...) **Así la sala dice que mis pretensiones (daños y perjuicios y daños morales) son incompatibles en una misma acción**, afirmación que contraría, a juicio del recurrente, la normatividad del Art. 75 del Código de Procedimiento Civil y la Jurisprudencia de Casación publicada en el R. O N° 64 del 25-IV-2000...” (...)..QUINTO: La aceptación del cargo anterior es razón suficiente para casar la sentencia; **sin embargo, también es necesario decir que el daño moral comprende todo sufrimiento, dolor o afectación psicológica que padece la persona, en forma independiente de cualquier perjuicio de orden material y, por tanto, NO EXISTE CONTRADICCIÓN NI INCOMPATIBILIDAD ALGUNA EN DEMANDAR INDEMNIZACIONES POR DAÑO EMERGENTE, LUCRO CESANTE Y DAÑO MORAL AL MISMO TIEMPO**, tanto más que el actual Art. 71 de la codificación del Código de Procedimiento Civil establece que se puede proponer, en una misma demanda, acciones diversas o alternativas, pero no contrarias ni incompatibles, ni que requieran necesariamente diversa sustanciación. Por la consideraciones que anteceden esta Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, admitiendo el recurso, casa el fallo dictado por la ex segunda sala de la Corte Superior de Justicia de Portoviejo, confirma la sentencia dictada por el señor Juez Décimo **UNIVERSIDAD DE CUENCA FACULTAD DE JURISPRUEDENCIA Y CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES 77 ANDREA CAROLINA LOAIZA MONTERO** Cuarto de lo Civil de Manabí, esto es, que la Empresa Eléctrica de Manabí **EMELMANABI S.A.** indemnice y pague en concepto de reparación por daño emergente, lucro cesante y daño moral a Jesús Rodríguez Moreira.

Como se observa en la jurisprudencia registrada, el fallo de la unidad no se equivoca, en cuanto a la aplicación de las reglas que regulan los cuasidelitos, lo que sucede con la apelación de la Sala quien hace casi que la misma consideración que hace el juzgador de la unidad de nuestro caso en específico, más la Corte Nacional que ha resuelto muchas veces sobre este mismo caso ratifica lo resuelto por lo la unidad, esto es que el pago por los daños materiales, si procede junto con el pago de daños morales.

De esta jurisprudencia analizada, se puede observar que la resolución de la segunda instancia tiene la misma problemática que el caso que ha sido elegido para el estudio, es decir el Juez de segunda instancia al igual que el Juez de nuestro caso se pronuncia de manera negativa sobre el ordenar el pago de reparación por daño emergente, lucro cesante y daño moral al mismo tiempo.

CAPÍTULO III

3.1. Conclusiones del estudio de caso.

Del estudio de caso analizado se puede concluir que efectivamente se ha comprobado con la hipótesis planteada derivada de la problemática, esto es; que se ha comprobado la deficiencia en la sentencia, por considerar que el daño y perjuicio y el daño moral al ser presentadas en una misma acción son incompatibles.

El daño y perjuicio y daño moral no son acciones contrapuestas, son independientes la una de la otra, pero nada impide que procesalmente se puedan proponer en una misma demanda, más aun cuando el mismo Código Orgánico General de Procesos, admite que se pueden presentar puridad de pretensiones siempre que se verifique que se dé tal como lo regula la normativa procesal

Lo anteriormente dicho sustentado primero, a que el daño moral se deriva del mismo hecho, esto es, del cuasidelito, daño moral que se ha comprobado en el caso de acuerdo al informe pericial de la psicóloga que intervino, la misma que indicaba que antes del daño patrimonial no existía tal afectación a la situación emocional del actor.

El juzgador alega que no ordena el pago del daño moral por cuanto existe “una dualidad de pretensiones”, esta dualidad procesalmente es conocida como “pluralidad”, particular que resulta, desde todo punto de vista, incorrecto, ya que; contraría a Art. 71 del C.P.C y Art 145 del COEGP que instituyen que se

puede proponer acciones diversas en una misma demanda, pero no contrarias ni incompatibles, ni que requieran necesariamente otra sustanciación.

En este caso se observa la evidentemente deficiencia de la sentencias que señala que estas dos acciones son incompatibles, lo que como consecuencia ocasiona una errónea aplicación de las reglas que regulan a los cuasidelitos; pues es verdad que estas dos figuras son independientes, pero en el presente caso son producidas por el mismo hecho, en la especie no pueden considerarse incompatibles, lo que se tiene del contenido literal de los artículos 2229 2231 y 2232 del Código sustantivo Civil.

Al realizar la búsqueda de jurisprudencia, para fundamentar que estas dos acciones no son incompatibles y que se pueden proponer en una misma acción se encontraron numerosos casos en los que el juzgador por la misma razón que en este caso no ordenó el pago en conjunto de estas figuras jurídicas, lo que indica que en la práctica se da mucho esta errónea consideración de incompatibilidad y por ende la aplicación incorrecta de las reglas que regulan los cuasidelitos.

En el presente caso civil el juzgado de primera instancia no ha hecho uso de la sana crítica que lo faculta para resolver conforme al conocimiento lógico y científico que ha adquirido a lo largo de su experiencia, por lo que, al no interpretar y aplicar las reglas que regulan los cuasidelitos, no muestra o no aplica la razonabilidad.

Este juzgador, además tampoco hace uso de los precedentes jurisprudenciales que son de carácter vinculante que auxilian a los operadores de justicia en la resolución de su casos, pues; evidentemente hay mucha jurisprudencia de nivel superior que admite que se puede indemnizar daños materiales junto con el daño moral.

4. Bibliografía

Alessandri, A. (1983). *Teoría de las obligaciones*. Bogotá: Librería Del Profesional.

Barrio Iglesias, Jaime. (s/f). *La pluralidad di pretensiones en el juicio ejecutivo*. (en línea). Consultado 11 de agosto 2017. Recuperado en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292344052112?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D1974_1008.pdf&blobheadervalue2=1288775626120

Bernal Villa, N. (1996). *La Responsabilidad Extracontractual en el Código Civil Ecuatoriano*. (Tesis). Cuenca, Ecuador: Biblioteca de la Universidad de Cuenca.

Capitant Henry. (s/f). *Vocabulario Jurídico*. Argentina. Editorial Depalma.

Carnelutti, Francisco. (1998). *Sistema de derecho procesal civil*. Tomo II. Buenos Aires. Editorial Unión Tipográfica Hispano Americana.

Casas, Margarita D. (2005). *La sentencia del juez penal que resuelve sobre la acción civil; Reparación de daños en el proceso penal*. 1 edición. Córdoba: Editorial Mediterránea.

Lacebron, P. (1978). *Daños Y Perjuicios*. Revista Jurídica Del Banco De La Nación Argentina: SN.

Larrea Holguín, Juan. (2004). *Derecho Civil del Ecuador; Obligaciones Extracontractuales*. Tomo XV. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Martínez Rave, Gilberto. (1988). *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*. Bogotá. Editorial Temis

Mazeaud, Henri L. M. (2008). *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Santiago de Chile. Editorial Parlamento Ltda.

Medellin, Carlos.(1997). *Lecciones de Derecho Romano*. Bogotá: Editorial Temis

Morales Suárez, Gerardo. (2007). *Los medios de defensa y las excepciones dilatorias en el proceso civil*. Tesis Doctoral. (en línea). Consultado 10 de Agosto de 2017. Recuperado de: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2202/1/T0523-MDP-Morales-Los%20medios.pdf>

Ospina Fernández, Guillermo. (1976). *Régimen General de las Obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis.

Pérez Salinas, Gladis. (2016). *Daños, cuasidelito y contravenciones en la aplicación de la normativa tributaria del pago del impuesto al valor agregado iva, por las ventas a crédito*. Tesis magistral. (en línea). Consultado 20 de julio 2017. En: <http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/5374/1/TUAEXCOMMEF003-2016.pdf>

Rodríguez, A. (1983). *De la Responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*. Santiago de Chile. Editorial Ediar.

Tamayo Lombana, Alberto. (2009). *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*. 3era edición. SL: Editorial Doctrina y Ley.

Véscovi, Enrique. (1999). *Teoría general del proceso*. Bogotá. Editorial Temis S.A.

ANEXOS