



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Carrera de Derecho

El daño moral contractual en el Ecuador generado en la prestación de servicios
bancarios

Trabajo de graduación previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales de
Justicia de la República

Autor: Doménica Lisseth Ayala López

Director: Dr. Santiago Jara Reyes

Cuenca – Ecuador

2020

Dedicatoria

A mi familia.

Mi madre, mi más cálido abrazo.

Mi padre, mi fortaleza.

Mis hermanas, mi fuente más inagotable de alegría.

Ustedes, que nunca han soltado mi mano, por quienes escribo estas palabras y a quienes dedico el tiempo que ocupé realizando el presente trabajo, quienes aún en la distancia me transmiten su apoyo incondicional.

Agradecimientos

Al Dr. Santiago Jara, quien fue mi maestro, mi director, y, quien siempre será mi mentor.

Gracias por su tiempo, su sabiduría y sus palabras de aliento.

A mis amigos, quienes han compartido las alegrías y las angustias de la carrera.

Llevaré conmigo las enseñanzas que adquirí a su lado, incluso si la vida nos lleva por distintos caminos.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Dedicatoria	ii
Agradecimientos	iii
Resumen	vii
Abstract	viii
Capítulo I.....	1
Del Daño Moral y del Daño Moral Contractual	1
1.1. Del Derecho de Daños	1
1.1.1. Nociones Generales.....	1
1.1.2. Fundamento y sistemas de la responsabilidad civil	3
1.1.3. Breve referencia al denominado seguro de responsabilidad civil	6
1.1.4. Breve referencia a los presupuestos de la responsabilidad civil en Ecuador	7
1.1.5. Referencia especial a las características del daño.....	11
1.1.6. Tendencia actual del derecho de daños.....	13
1.2. Del Daño Moral.....	19
1.2.1. Noción	19
1.2.2. Referencia a las disposiciones del Código Civil Ecuatoriano con relación al daño moral	21
1.2.3. Bienes jurídicos que tutela el daño moral en el Ecuador.....	25
1.2.4. Características del Daño moral.....	26
1.2.5. Clasificación del daño moral: extracontractual y contractual	28
1.2.6. La acción de daño moral en Ecuador y sus efectos.....	32
1.3. Del Daño Moral Contractual	34
1.3.1. Noción de daño moral de origen contractual	34
1.3.2. Breve referencia a la evolución del daño moral contractual	35
1.3.3. Justificación y fundamentos del daño moral contractual	42
1.3.4. Características del daño moral contractual.....	44
1.3.5. Particularidades jurídicas en el daño moral contractual	44
Capítulo II	46
Desarrollo del Daño Moral contractual en el Derecho comparado y su relación con el sistema normativo ecuatoriano	46

2.1. Análisis de las primeras sentencias en América Latina que declararon el daño moral derivado del incumplimiento contractual	46
2.1.1. Sentencias provenientes de Argentina	46
2.1.2. Sentencias provenientes de Colombia	57
2.1.3. Sentencias Provenientes de Chile	67
2.2. Referencia a la legislación comparada en cuanto al daño moral derivado de los contratos	76
2.2.1. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina	76
2.2.2. Código de Comercio de Colombia	80
2.2.3. Código Civil de Chile	83
2.3. Referencia a las sentencias dictadas en Ecuador que declaran daño moral derivado del incumplimiento contractual	87
2.3.1. Sentencia de la Corte Nacional que estable daño moral contractual	87
2.4. Análisis de la figura del Daño Moral contractual y su relación con las disposiciones del Código Civil ecuatoriano	97
Capítulo III.....	100
Los contratos bancarios como fuente del daño moral contractual.....	100
3.1. Concepto de contratos bancarios	100
3.1.1. Concepto y clasificación de los contratos bancarios	100
3.1.2. Características de los contratos bancarios	103
3.1.3. Sujetos que intervienen en los contratos bancarios	105
3.1.4. Naturaleza de los contratos bancarios	106
3.1.5. Regulación de los contratos bancarios en Ecuador	107
3.1.6. Obligaciones de las partes en los contratos bancarios	116
3.1.7. Supuestos de exoneración de incumplimiento en los contratos bancarios	121
3.2. Referencia a ciertos contratos bancarios como fuente de daño moral.....	124
a. Contrato de Cuenta Corriente	125
b. Tarjeta de crédito	125
c. Préstamo de dinero	130
3.3. Referencia particular al Contrato de cuenta corriente y su relación como posible fuente de daño moral.....	136
3.3.1. Concepto de contrato de cuenta corriente	136
3.3.2. Características del contrato de cuenta corriente	137
3.3.3. Obligaciones y facultades de las partes en el contrato de cuenta corriente	138
3.3.4. Supuestos de exoneración de incumplimiento en el contrato de cuenta corriente	150

3.3.5. Breve análisis de los presupuestos de daño moral con relación al contrato de cuenta corriente 156

Capítulo IV	165
Análisis de casos y la eventual aplicación en Ecuador	165
4.1. Referencia a un caso de daño moral contractual de la legislación comparada y su análisis bajo la legislación ecuatoriana	165
4.2. Análisis de un caso suscitado en Ecuador y la factibilidad de demandar daño moral contractual según la legislación ecuatoriana	183
a. Antecedentes del caso	186
b. Obligaciones contractuales	187
c. Daño moral y su nexo causal con el incumplimiento contractual.....	197
d. Normativa aplicable del ordenamiento jurídico ecuatoriano con relación al daño moral	204
e. Doctrina	207
f. Jurisprudencia	208
Conclusiones	209
Bibliografía	214

Resumen

El presente trabajo de investigación analiza la figura del daño moral derivado del incumplimiento contractual con especial énfasis en la prestación de servicios bancarios con el fin de determinar la factibilidad de la figura jurídica en el Ecuador; para lo cual se iniciará estudiando las nociones fundamentales del daño moral y su presencia en el ámbito contractual, así como su regulación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Continuando con su análisis, se comparará el tratamiento dado por distintos ordenamientos jurídicos extranjeros, que permiten observar el desarrollo del daño moral en sede contractual; posteriormente se analizará el contexto de los contratos bancarios como fuentes de daño moral, ante su incumplimiento. Para finalizar, se estudiarán tanto un caso de la legislación extranjera que declara el daño moral en virtud del incumplimiento de un contrato bancario para observar si se pueden replicar las mismas condiciones que permiten declararlo en el contexto ecuatoriano, así como un caso de laboratorio analizado en el marco del ordenamiento jurídico ecuatoriano con el fin de determinar la factibilidad del daño moral derivado del incumplimiento de un contrato bancario.

Palabras clave: Daño Moral, Daño Moral Contractual, Contratos Bancarios.

Abstract

This research analyzes the figure of non-material damage derived from contractual non-compliance with emphasis on the provision of bank services to determine the feasibility of the legal figure in Ecuador. Thus, the fundamental notions of non-material damage and its presence in the contractual sphere, as well as its regulation in the Ecuadorian legal system were studied. This analysis is compared with the different foreign legal systems and its treatment. This comparison allowed to recognize the development of non-material damage in the contractual sphere. Then, the bank contracts as a sources of non-material damage faced to its non-compliance were analyzed. Finally, two cases were analyzed, the first one, a foreign legislation case, which declares non material damage as a consequence of the bank contract non-compliance and it will let us to observe if the same conditions can be adopted in the Ecuadorian context. And the second one, a laboratory case analyzed in the Ecuadorian legal system framework to determine the feasibility of the non-material damage.

Keywords: Non-material damage, contractual non-material damage, bank contract.



Translated by Doménica Ayala López

Capítulo I

Del Daño Moral y del Daño Moral Contractual

1.1. Del Derecho de Daños

1.1.1. Nociones Generales

Para comprender el Derecho de Daños es necesario remitirse a la responsabilidad civil, pero antes de realizar un breve análisis de esta Institución, se debe establecer una noción de responsabilidad.

La responsabilidad en palabras de Reglero Campos (2002) citado por Trigo Represas y López Mesa (2008a): “(...) descansa sobre un determinado título de imputación”. Es decir, la responsabilidad se presenta cuando se ha ocasionado el incumplimiento de una obligación, produciéndose el deber de reparar el daño por parte del sujeto que lo ha causado a través de su incumplimiento. Ahora bien, el concepto dado por el catedrático se orienta precisamente al área jurídica, debido a que el primer presupuesto para que se establezca la responsabilidad civil es que se trate de un incumplimiento de orden jurídico, de un deber jurídico que ha sido quebrantado, solo así sería posible hablar de imputación y reparación del daño.

El deber jurídico al que se hace referencia se puede presentar tanto en las obligaciones de índole contractual, en la que es más evidente la figura de deudor y acreedor, así como en aquellas de índole extracontractual. Por lo tanto, considerando los elementos que comprenden a cada una de las relaciones jurídicas, la obligación adoptará diferentes formas y, en consecuencia, serán distintas las acciones conducentes a producir un incumplimiento y paralelamente la indemnización. De esta forma, se contempla que la responsabilidad y en particular la responsabilidad civil lleva implícito un carácter resarcitorio en relación al daño causado; siendo esta premisa el resultado de años de estudio, lo que nos conduce a repasar brevemente su evolución histórica antes de conocer su fundamento.

Los primeros pueblos entre ellos –Babilonia, Israel, Egipto, China, Persia, India y Roma- instituyeron la venganza privada como mecanismo de reparación del daño, sistema que observaba únicamente la producción del daño, sin que medie ningún otro factor- como la culpa o el riesgo creado- otorgándole ilimitadas facultades al ofendido para obtener su reparación. Lo que sería

criticado en su posterioridad debido a la falta de proporcionalidad entre el daño y el castigo. Entendiendo al castigo a partir de lo que el agraviado considerase adecuado para equilibrar el daño sufrido, incluso si el castigo resultaba más grave que el daño soportado en primer lugar (Trigo Represas y López Mesa, 2008b, p. 20).

El avance se produjo a través de la aplicación de la Ley del Talió¹, que en cierta medida preparó las bases para la proporcionalidad. Paulatinamente el mecanismo de reparación se fue alejando del deseo de venganza; así en el Derecho Romano, se utilizó la composición privada, sistema que concedía al culpable la posibilidad de redimirse a través del pago, en un primer momento con ganado y posteriormente con dinero. La Ley de las XII Tablas recogió tales principios, pero no fue hasta la intervención del Estado, que la composición privada pasó de ser voluntaria a legal u obligatoria (Almodóvar, 2012, p 11). De esta forma el Estado ordenaba al afectado la aceptación de un quantum indemnizatorio fijado por los poderes públicos, distanciándose de la venganza privada.

El siguiente gran salto en el desarrollo de la responsabilidad civil se presentó a través de Lex Aquilia², que introduce conceptos como la culpa. Esta ley ha sido considerada una pieza clave para la transición de una responsabilidad material a una responsabilidad subjetiva. Tal es así que para comprender el contenido de su texto el jurista clásico Gayo, lo resume en lo siguiente:

“a) Quien actúa con dolo o culpa actúa en modo injustificado y debe resarcir el daño; b) Las leyes no castigan a aquel que, en ejercicio de una causa de justificación, provoca un daño; c) No es castigado aquel que sin dolo o culpa provoca un daño” (Schipani, 2007, p 267).

¹ La Ley del Talió formó parte de un conjunto de leyes grabadas en piedra por Hammurabi (1792-1750 a.C.)-Rey de Babilonia-

² La Lex Aquilia correspondió a un plebiscito rogado por el tribuno Aquilio, cuya datación es imprecisa, aunque parece remontarse al siglo III a.C. Constaba de tres capítulos. En el primero, se establecía que quien mataba injustamente a un esclavo, un cuadrúpedo o una cosa inanimada, debía pagar al dueño el más alto valor de la cosa dentro del año anterior al acto dañoso. El segundo capítulo se refería a un supuesto totalmente diverso, pues sancionaba al adstipulor (acreedor conjunto) que daba por pagada la deuda en perjuicio o fraude del acreedor principal. El tercer capítulo establecía que en caso de que el daño proviniera de una conducta que consistiera en quemar, quebrar o romper (urere, frangere, rumpere), se debía indemnizar con el valor que la cosa hubiese tenido dentro del período de los 30 días (Aedo, 2009, p.314).

En consecuencia, la culpa se convirtió en el elemento central para establecer la responsabilidad civil, siendo la piedra angular que permitiría alzar gran parte de la teoría que rige hasta nuestros días. Sin embargo, esta no quedaría intacta al paso de los años y las nuevas necesidades de la sociedad. Por ello, a comienzos del siglo XIX todo individuo es garante de los hechos propios que puedan ser lesivos para terceros, así como los ajenos, realizados por otros sujetos vinculados al primero. Incluso, a mediados del siglo XX, se producía la responsabilidad por las cosas o bienes bajo su control, con o sin presencia de la culpa. Bajo la premisa de que existían otros elementos por los cuales se podía atribuir responsabilidad. Estos elementos son conocidos como factores objetivos, entre ellos: el riesgo creado, el abuso del derecho, garantía, equidad, etc (Trigo Represas y López Mesa, 2008c, p.25).

En la actualidad, la teoría general de responsabilidad civil sigue transformándose y observándose desde distintos puntos de vista, tal es así que se ha sumado a la discusión de su contenido, el daño injustamente sufrido, criterio que se enfoca en el daño mismo, antes que en el individuo a quien se le exige la reparación. Por otro lado, también se considera desde hace décadas, la posibilidad de otorgarle al daño una perspectiva diferente al patrimonial, por ello la aparición del daño moral. Incluso se contempla la transición de la responsabilidad individual a la colectiva.

En definitiva, la responsabilidad civil ha construido las bases del Derecho que hoy se emplea y continúa evolucionando, aquel dinamismo para transformarse es el que permite evidenciar nuevas formas jurídicas acordes a las cambiantes necesidades de la sociedad.

1.1.2. Fundamento y sistemas de la responsabilidad civil

El fundamento de la responsabilidad civil se ha presentado a lo largo de la historia a través de dos aristas sobre las cuales el Derecho ha venido construyendo sus instituciones:

“a) Fundamento de índole subjetiva, se enfoca en reprochar a la persona que con su actuación (ligereza, negligencia o malicia) ha ocasionado el daño.

b) Fundamento de carácter objetivo, se enfoca en repartir los perjuicios. La doctrina del riesgo creado es el mayor exponente del factor objetivo” (Trigo Represas y López Mesa, 2008d, p. 36).

Consecuentemente, la responsabilidad civil y su fundamento se pueden observar a través de distintos sistemas, en los que prima un elemento u otro, determinando la existencia de esta a partir del cumplimiento de tales elementos, ya sea la culpa en la responsabilidad subjetiva o el riesgo creado en la responsabilidad objetiva.

La responsabilidad subjetiva, como su nombre lo indica, se remite a la necesidad de un sujeto, quien, a través de su negligencia o malicia, causa un daño y por tanto del deber de resarcimiento. Según esta teoría, en su visión más clásica, no es suficiente que un sujeto de derecho sufra un daño injusto en sus bienes, también es necesario que la persona quien lo causó haya actuado mediante dolo o culpa, debido a que estos elementos son propios de la actuación humana, a diferencia de los hechos de la naturaleza, que no son imputables a ningún autor y por tanto se mantienen en la esfera del infortunio, es decir, solamente sería posible hablar de responsabilidad si el daño se produjo como manifestación de la conciencia y voluntad del ser humano, caso contrario no se diferenciaría de la actuación de la naturaleza (Peirano Facio, 1981a, p. 133).

En la posterioridad la teoría pura de la culpa evolucionó; uno de los atenuantes a la concepción clásica son presunciones: en primer lugar la presunción de *iuris tantum*, la que permite al sujeto apartarse de la presunción probando que actuó con la diligencia debida, como un buen padre de familia, produciéndose la inversión de la carga de la prueba, que en un inicio le correspondía a la víctima; en un segundo lugar, la presunción *iuris et de iure*, la cual es de carácter absoluto, es decir, ante el ordenamiento jurídico no se puede desvirtuar la culpa; permitiendo al ofendido obtener la indemnización inclusive si el ofensor lograba demostrar su diligencia (Peirano Facio, 1981b, 139).

Consecuentemente el principio de “no hay responsabilidad sin culpa” se plasmó en el Código Civil francés, así como en la mayoría de los códigos de Europa y América, consolidando su posición dentro de la normativa, así como en la doctrina.

Sin embargo, la culpa como elemento protagonista en la responsabilidad civil encuentra un obstáculo cuando la industria acelera su crecimiento a la par con los accidentes de trabajo, con lo cual abren camino a la teoría del riesgo. La denominada responsabilidad objetiva se materializa en la teoría del riesgo cambiando la interrogante: deja de cuestionarse si existe el daño, por el contrario, el debate se enfoca en quién debe soportar al mismo; a diferencia de la responsabilidad subjetiva, que debía comprobar si existía la culpa antes de considerar que existía el daño y por tanto la reparación.

El criterio de responsabilidad objetiva halló sus primeros exponentes con Mataja, en Alemania en el año 1888, y Orlando en Italia; no obstante, sus principales figuras fueron Saleilles y Josserand, en 1897 en Francia, quienes manifestaron: “(...) el que crea un riesgo siempre debe responder de sus consecuencias” (Peirano Facio, 1981c, p. 148). De tal forma, la actividad humana a través de la industria es una fuente de riesgos, consecuentemente las cargas se deben repartir, sin que la víctima deba ser la única quien lleve el peso del perjuicio, cuando los beneficios lo obtienen otros; tratándose en esencia, desde la perspectiva del catedrático Josserand, nada más que una justa reciprocidad de las consecuencias dañosas (Trigo Represas y López Mesa, 2008e, p.24).

Este criterio se fue ampliando, del ámbito laboral en referencia a los accidentes de trabajo hacia otros en los que existía un riesgo, transformando la teoría del riesgo-beneficio al riesgo creado, la cual tenía como presupuesto fundamental la obligación de responder por los daños cuando estos emanaran de una actividad en la que se presentaran riesgos y se obtuvieran beneficios de cualquier tipo (Peirano Facio, 1981d, p. 157).

No obstante, la teoría del riesgo tanto como riesgo-beneficio como su variante riesgo-creado, encontró oposición, debido a que si se considerase únicamente los riesgos, sin analizar el comportamiento subjetivo por el cual deberán ser responsables los individuos, se perdería el interés en las actividades productivas y se ampliaría el número de posibilidades por las cuales se podría demandar la responsabilidad, ya que se remitiría a cada una de las actividades del hombre que significan un riesgo, afectando al motor del progreso; terminando por transformar al derecho, como manifestó Llambías, en una “mera física de las acciones humanas” (Trigo Represas y López Mesa, 2008f, p. 42).

De igual forma, no explicaría en su totalidad el supuesto en el cual el autor del daño y la víctima se han colocado en posición de riesgo para su propio beneficio, es decir, no analiza a profundidad la situación en la que la víctima también corroboró en el riesgo y en la producción del daño.

Por lo tanto, en la actualidad no se puede afirmar que una teoría prima sobre otra en su totalidad, por lo que gran parte de las legislaciones de tradición romano-germánica consideran la complementariedad entre ellas. Brindando a la culpa, en la generalidad de los casos, la calidad de principal factor de atribución de responsabilidad civil mientras que el riesgo es visto como un factor excepcional para determinados casos. No obstante, es menester establecer que estas consideraciones se producen en los ordenamientos jurídicos que siguen la concepción tradicional de responsabilidad civil, a diferencia de los ordenamientos jurídicos que han empezado a transformar sus instituciones conforme a las corrientes jurídicas actuales, con referencia al moderno derecho de daños, que se enfoca en el daño y la reparación a la víctima relativizando el argumento de la necesidad de un agente culposo, convirtiéndose en una alternativa a los tradicionales sistemas de responsabilidad civil.

1.1.3. Breve referencia al denominado seguro de responsabilidad civil

Con relación al seguro de responsabilidad civil, como se mencionó en un inicio en la breve reseña histórica, la sociedad llega a un punto - en el contexto de la innovación tecnológica- de señalar que determinadas actuaciones necesarias para el desarrollo llevan implícitos riesgos. La conciencia de aquello por parte de la doctrina y los tribunales de justicia significó el empleo del seguro de responsabilidad civil, que sirve como instrumento para hacer efectiva la indemnización que corresponde, incluso por actuaciones regladas.

Según el profesor Ricardo De Ángel Yágüez:

“(…) el seguro de responsabilidad civil es un seguro de daños en interés propio del asegurado, en cuanto tiende a que el asegurador le libere del pago de la deuda que nace con motivo del hecho dañoso o le reembolse la indemnización ya satisfecha al tercero perjudicado” (De Ángel Yagüez, 2010a, p. 4).

De ahí que se considere a la figura como un mecanismo preventivo para asegurar la reparación del daño y sus finalidades tengan aquel enfoque, las cuales en palabras del catedrático Puig son:

“a) Dar la cobertura económica al asegurado contra las consecuencias de la responsabilidad en que pueda incurrir; b) proporcional a todos los posibles destinatarios de las consecuencias perjudiciales, la garantía de una justa y segura indemnización” (Puig, 1983, p 175).

Ahora bien, estas finalidades del seguro de responsabilidad civil también son conocidas como *first party insurance* o seguro directo, como lo denomina la tradición jurídica anglosajona, en el que uno mismo se asegura de los riesgos en lo que probablemente pueda caer o en los que inexorablemente caerá, entendiéndose el riesgo a las enfermedades o la muerte misma. Mientras que el *third party insurance*, lo que se asegura es el daño de un tercero, para el supuesto de que aquél tenga la obligación legal de reparar a éste (De Ángel Yagüez, 2010b, p. 2). Por lo tanto, el seguro de responsabilidad civil tiene un especial rol de garantía para los terceros, quiénes pueden ser potenciales víctimas de la actuación del asegurado.

Paralelamente, su importancia descansa en el ámbito social y en el ámbito económico, en tanto la protección del seguro de responsabilidad civil le permite a la sociedad desarrollarse con plena conciencia de la buena fe de los individuos y las partes-en el caso de los contratos- para cumplir con sus obligaciones adquiridas, incluyendo la reparación del daño causado en el marco de sus actuaciones. Mientras que la estimación económica del daño dirige a la contratación de un seguro de responsabilidad civil, obligando al sujeto a internalizar los daños, distribuyéndose los costos entre el asegurado y asegurador, en beneficio de la víctima; evidenciándose su función distributiva, pues la responsabilidad civil se trata propiamente de un seguro (Moreno, 2018, p.198).

Consecuentemente, el seguro de responsabilidad civil constituye una pieza fundamental en el derecho de daños actual, tras haber evolucionado- de ser el mecanismo que limitaba el riesgo-a ser la base para considerar a la indemnización o reparación como aspecto principal en el análisis del daño.

1.1.4. Breve referencia a los presupuestos de la responsabilidad civil en Ecuador

La responsabilidad civil en el Ecuador se presenta a través de tres supuestos:

1. Responsabilidad por hecho propio.
2. Responsabilidad por hecho ajeno.
3. Responsabilidad por cosas inanimadas y animadas.

En cuanto a los hechos propios, como su nombre lo indica, se remite a las actuaciones realizadas por la persona en quien recaía la obligación de dar, hacer o no hacer. La responsabilidad por hechos propios o también llamada responsabilidad directa se fundamenta en una sencilla premisa: si ocasiona un daño no justificado o incumple una obligación es responsable directamente, por su hecho propio. A su vez la extensión de la indemnización siempre responde a la misma lógica, incluso si varían los factores de atribución (subjetivos u objetivos). La relación de causalidad y la previsibilidad son elementos esenciales para la exigibilidad de reparación del daño, con la particularidad de que en el ámbito contractual el dolo necesariamente requiere de una valoración distinta sobre la previsibilidad y el hecho imputable (Molina, 2019a p. 2).

En el caso de la persona jurídica, no se debe confundir su responsabilidad como indirecta, ya que el hecho dañoso ha sido cometido por las personas físicas que la representan y no por alguien ajeno a la relación interna de la persona jurídica.

Siguiendo este presupuesto la legislación ecuatoriana en su Código Civil dispone en el Art. 2214 la obligación de indemnizar a quien ha cometido un delito o cuasidelito al haber inferido daño a otro, observándose de esta forma la responsabilidad civil directa o por hecho propio.

En segundo lugar, con relación a los hechos ajenos, se trata de un presupuesto excepcional, debido a que la regla general es responder por las actuaciones propias, sin embargo, la excepción se convirtió en la regla en lo que respecta a la responsabilidad civil. Tal es así que la denominada responsabilidad indirecta ha desarrollado múltiples supuestos en los que es aplicable. Su fundamento radica en que toda persona no solo es responsable de sus propias acciones, sino que también lo es respecto a las acciones de quienes estuvieren bajo su cuidado. De ahí que se reprocha al civilmente responsable por no haber actuado con diligencia debida respecto al cuidado y vigilancia de la persona a su cargo a la par de la culpa directa del sujeto que provoca el daño, la persona directamente responsable (p. 494)

De tal forma, la responsabilidad civil por hecho ajeno según Domat y explicado por el profesor Carlos Molina se basa en:

“(…) el orden que vincula a los seres humanos en la sociedad y que los obliga no solo a evitar causar daños a alguien, sino que obliga a mantener todo lo que posee en un estado tal que no dañe a otro; por el hecho de personas mantenidas bajo nuestra dependencia personal” (Molina, 2019b, p. 1).

Explicación que señala el punto clave para entender la responsabilidad civil por hecho ajeno: actuaciones de personas mantenidas bajo nuestra dependencia personal.

Dentro de este presupuesto es preciso hacer una breve referencia a los casos que comprende, siendo los siguientes: a) responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos; b) responsabilidad de los tutores o curadores por los hechos de sus pupilos; c) responsabilidad por el hecho del dependiente.

Sobre el primer caso, los padres soportan las consecuencias jurídicas de las acciones de sus hijos debido a la función de garantía que deriva de su posición de autoridad en el ejercicio de la responsabilidad parental. Es en pleno cumplimiento de la patria potestad que se produce esta responsabilidad, tratándose incluso de una consecuencia lógica que siendo los padres los que tienen el deber de protección, desarrollo y formación integral de sus hijos, quienes deban cargar con la responsabilidad de sus acciones, como una obligación para ellos, para la sociedad y en particular como garantía hacia la víctima del daño, al no encontrarse los menores con las condiciones para solventar el resarcimiento por ellos mismos.

El segundo caso se construye bajo el mismo argumento del anterior supuesto, los delegados en el ejercicio de la patria potestad, los tutores y los curadores son responsables en la misma medida que los padres respecto al daño causado por quienes están bajo su cuidado.

Mientras que el tercer caso gira en torno a la noción de dependencia -alejada de los vínculos filiales o su delegación, que se presentaban en los otros casos- la cual le permite asignar las consecuencias jurídicas derivadas del daño al principal, debido a que la actividad que realiza el

primero es por el interés y la vigilancia en mayor o menor medida del segundo. Paralelamente, se debe entender que la dependencia analizada a través de la responsabilidad civil tiene un radio más amplio que el previsto en el derecho laboral, aunque en efecto, la dependencia laboral se incluye en primer lugar (Molina, 2019c, p. 5).

De igual forma que la responsabilidad directa, estos supuestos son regulados en el Código Civil Ecuatoriano en su artículo 2220 cuando dispone que la obligación de cuidado sea de carácter legal o convencional con relación a los padres responsables del hecho de los hijos que habiten en la misma casa, el tutor o curador respecto a su pupilo, los jefes de colegios y escuelas con relación a sus discípulos, los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes. Coincidiendo con la lógica de los artículos siguientes que hacen expresa mención a la responsabilidad por los hechos de empleados domésticos. Sin embargo, el Código establece una salvedad disponiendo que cesará la obligación de esas personas si con la autoridad y el cuidado que su calidad les confiere, no hubieren podido impedir el hecho, adicional a la facultad que se le otorga al responsable por hecho ajeno para ser indemnizado posteriormente con bienes del directamente responsable (Código Civil Ecuatoriano, 2019a).

Finalmente, en tercer lugar, corresponde hacer mención a la responsabilidad por las cosas animadas e inanimadas, la cual siempre será una responsabilidad personal, debido a que se produce en virtud del dominio o la tenencia que el sujeto ejerce sobre ellas y en consecuencia, tal como se ejercen las facultades de dominio, corresponde la obligación de su buen uso para evitar el daño a terceros (Velásquez Posada, 2009a, p. 545).

Con relación a las cosas inanimadas, son aquellas que no tienen vida propia, diferentes a los animales. Así, el supuesto que la doctrina señala para ejemplificar esta responsabilidad es la ruina de un edificio, de igual forma, la normativa ecuatoriana presenta la responsabilidad por ruina de un edificio por falta de reparaciones o cuidados, incluso por vicio en su construcción.

Mientras que la responsabilidad por hechos de los animales o cosas animadas es diferente según la doctrina cuando se tratan de animales fieros, no fieros o domésticos, mientras que el Código Civil Ecuatoriano no hace diferenciación y dispone únicamente la obligación de responder por los daños ocasionados, bajo la premisa de que todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por esta.

Como expresó RIPERT, con relación a las cosas: “(...) no es nunca sino el instrumento del perjuicio: no podría ser la causa del mismo. Tras el hecho de la cosa, se encuentra siempre el hecho del hombre” (Velásquez Posada, 2009b, p. 545).

En definitiva, cabe hacer mención que los tres supuestos de responsabilidad civil: por hechos propios, por hechos ajenos y por los hechos de las cosas si bien se encuentran comúnmente en el ámbito extracontractual, estos también pueden observarse en el ámbito contractual.

1.1.5. Referencia especial a las características del daño

Por otro lado, corresponde hacer referencia al daño, figura sin la cual no existiría responsabilidad civil, ni una pretensión resarcitoria. El daño como tal no siempre es consecuencia de un acto ilícito o contrario a derecho, debido a que puede existir una conducta delictual sin que esta genere un daño, únicamente cuando existe esta figura cabe la reparación, consecuentemente es menester referirse a las características del daño para identificar si estamos frente a un daño resarcible, objeto de interés de la ciencia jurídica.

Para que el daño sea indemnizable la doctrina hace mención a tres características o requisitos esenciales: a) que el daño sea cierto; b) que el daño sea personal del accionante; c) que el daño resulte de la lesión de un derecho subjetivo o interés legítimo jurídicamente protegido (Trigo Represas y López Mesa, 2008g, p. 412).

Con relación a la primera característica, se refiere a que el daño debe ser real, no procedería la indemnización si el daño fuese hipotético, en ese sentido, el daño debe ser cierto en tal medida que pueda ser probado y analizada su reparación por el juez.

Para conocer en qué consiste la certidumbre del daño es primordial distinguir que cuando la supuesta víctima solo tenía una escasa posibilidad de beneficio, en el caso de que no se hubiese producido la acción dañina, estamos ante perjuicio hipotético, lo que difiere del daño virtual y la pérdida de la oportunidad.

Según el catedrático Javier Tamayo, se reconoce como daño virtual al que muy probablemente ocurriría en el curso normal de los acontecimientos y solo ante fenómenos excepcionales no se produciría, considerándose de esta forma como un daño cierto. Mientras que

el daño derivado de la pérdida de la oportunidad es valorado únicamente con relación a la posibilidad real que tenía el individuo y la privación de esta, por ejemplo: cuando un participante pierde su oportunidad de ganar un concurso por culpa de un tercero, lo que está perdiendo es la posibilidad. Por lo tanto, la indemnización dependerá de las probabilidades que el actor tenía a su favor para obtener el beneficio, a diferencia del perjuicio virtual en el que el juez tendrá mayores elementos de convicción para ordenar la indemnización, debido a que no se fundamenta en las meras expectativas derivadas de una posibilidad (Tamayo, 1990, p. 29).

Con relación a la segunda característica, debe ser un daño personal del actor, debido a que no cabe ser indemnizado por un daño que personalmente no ha sufrido el individuo, como manifiesta Orgaz en su obra *El daño resarcible (actos ilícitos)*: “(...) el daño debe ser personal del accionante, se trate de una persona individual o de una persona jurídica, sea este daño directo o indirecto” (Orgaz, 1980, p.111). Lo que se traduce en que nadie puede exigir la reparación de un daño que no le es propio, y que – salvo el caso de la representación legal o convencional- no puede incluir en su pretensión los daños sufridos por terceros, a pesar de que su origen provenga del mismo acto ilícito.

En cuanto a la tercera característica, tiene un doble significado, es decir, el beneficio que estaba gozando el sujeto y fue interrumpido por el causante del daño, debió ser ilícito y en consecuencia el causante del daño no tenía derecho a producirlo. Si se tratara de un daño justificado o legítimo, el individuo debería soportar la carga. Por excepción, el Estado responde por los daños causados incluso los ocasionados en la persecución de sus fines. Un claro ejemplo es el presentado por el jurista Bustamante Alsina: “un contrabandista no puede reclamar daños y perjuicios a su cómplice que se niega a reconocerle su participación en las utilidades del negocio ilícito” (Trigo Represas y López Mesa, 2008h, p.424). De tal forma, el daño necesariamente tiene que afectar a un interés legítimo o derecho subjetivo.

Adicionalmente, para la configuración del daño la doctrina manifiesta la necesidad del nexo causal, la trascendencia, subsistencia y que el perjuicio no haya sido reparado con anterioridad.

Por consiguiente, la relación de causalidad debe ser clara a los ojos del juzgador, debido a que los efectos dañinos pueden ser evidentes, sin embargo, la actuación que los ocasionó no, por

ello la necesidad de probar la causalidad entre los hechos y el daño; sin que se demuestre el nexo no es posible hablar de un daño resarcible.

En cuanto a la trascendencia y subsistencia del daño, son requisitos elementales respecto a cualquier clase de daño, debido a que el este no puede ser insignificante caso contrario se estaría atentando contra el principio “de minimis, no curat praetoris” el que hace referencia a que los jueces no pueden hacerse cargo de nimiedades, lo que no se traduce en la necesidad de un quantum indemnizatorio alto para ser considerado como daño. A su vez, la subsistencia del daño se refiere a que si este dejó de existir no cabe la responsabilidad civil, sin embargo, la premisa como tal no se debe entender de forma rígida, pues si el daño ha dejado de existir al momento de plantear la acción puede tratarse del supuesto de que ha sido reparado con anterioridad. En ese imaginario caben tres situaciones: a) el propio responsable a través de los mecanismos para extinguir las obligaciones, como el pago, la transacción u otros, solventó la indemnización; b) reparación del propio damnificado; c) reparación por un tercero (Trigo Represas y López Mesa, 2008i, p. 433).

En el primer supuesto no hay mayor análisis, si el responsable solucionó el daño o lo indemnizó no cabe la exigibilidad de otra reparación por parte de la víctima. En cambio, en el segundo supuesto, la doctrina ha discutido si procede el desembolso al damnificado por el costo en el que incurrió para solventar su perjuicio, considerando o no la valorización de la cosa reparada. En cuanto a la reparación por un tercero, se produce un cambio en quien ostenta la calidad de acreedor, dándose una subrogación en el derecho que tenía la víctima.

Finalmente, las mencionadas características del daño deben cumplirse en cada uno de los casos prácticos para determinar que efectivamente existe la obligación de indemnizar, caso contrario estamos frente un daño no resarcible jurídicamente.

1.1.6. Tendencia actual del derecho de daños

La responsabilidad civil ha sufrido una larga travesía desde la venganza privada practicada en las primeras civilizaciones, hasta nuestros días, separándose del carácter individualista y acercándola a la solidaridad que proclamaban autores como Jossierand, cuyo fundamento eran las transformaciones sociales, hasta el punto de cuestionarse si la expresión responsabilidad civil también debe mantenerse. Aquel cuestionamiento radica en el carácter subjetivo que se encuentra

implícito en el término, el cual enfoca su atención en la persona que debe responder por el daño, más no en la víctima ni en el daño mismo. Por ello, una parte de la doctrina manifiesta que no se debe hablar de responsabilidad sino de reparación.

El catedrático Anzoátegui considera que el término responsabilidad tiene un enfoque sancionatorio, de reproche estatal a la conducta del individuo que causó el daño, antes que, de reparación a la víctima, sostiene a su vez que este concepto de responsabilidad posee una connotación de tipo moral debido a que solo se justificaba la sanción-indemnización en el desvalor de la acción, más no en el desvalor del resultado (Anzoátegui, 2008, p.137).

En el derecho moderno, teniendo en cuenta que la culpa no es el único factor de atribución de responsabilidad, se tiende a la objetivización del derecho de daños, empezando por el reemplazo de la nomenclatura responsabilidad civil, en virtud del cambio de paradigma, en donde el daño como resultado obtiene un mayor enfoque, antes que la conducta culposa del agente, es decir, la reparación como objeto del sistema es lo que se prioriza estudiar tanto en la teoría como en los fines prácticos, que ya se ve plasmado en las distintas legislaciones, comenzando por el ordenamiento jurídico argentino, el cual ha sido de los primeros en la región en iniciar la transición de la responsabilidad civil al derecho de daños.

Lo que implica una serie de consecuencias, como la integración del derecho de daños con otras áreas diferentes al derecho civil, es el caso del derecho constitucional, que en aplicación de sus principios amplía el radio de protección de los derechos personalísimos; así como áreas complementarias- por ejemplo, la psiquiatría- para la valoración del daño en sus efectos, cuantías y demás elementos.

La simplificación también se suma al nuevo derecho de daños y se abandona lo que la Dra. Zavala González llama tecnocracia jurídica- respecto a obviar las diferencias entre la responsabilidad contractual o extracontractual, fundamentándose en la objetivación de los factores de atribución (Córdoba y Sánchez, 2002, p. 48).

En la misma línea, el papel que juega la reparación es otra de las particularidades de la tendencia actual, según la cual, la atención del Derecho se traslada de la conducta culposa del agente al daño y a la reparación de la víctima.

En virtud de aquello es necesario analizar con mayor profundidad esta característica.

En el contexto ecuatoriano la reparación integral está consagrada como un derecho de jerarquía constitucional cuyo titular es toda persona que considere que han vulnerado sus derechos constitucionales. Así, la reparación integral o plena busca la solución resarcitoria, conforme al caso en específico, que permita una reparación total, ya que si quedan daños sin reparar no es posible hablar de reparación integral, debiendo establecer una serie de medidas para lograrlo.

De conformidad con aquello la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional da ejemplos en materia constitucional de lo que debe entenderse como reparación integral:

“(…) La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2020).

Consideramos que de esta disposición se puede colegir la diferenciación entre el daño material y el inmaterial, siendo precisamente la individualización de cada uno lo que permite añadir a la reparación la característica de integral, ya que parte de la premisa de que el daño puede tener efectos de índole material o pecuniario al igual que inmaterial o moral. Por lo que el deber de reparar el daño consistirá en una serie de medidas que satisfagan ambas áreas, lo que bien puede aplicarse al ámbito civil; si únicamente se considerara la reparación pecuniaria sin otorgar la reparación moral no obtendría el denominativo de integral, por el contrario, llevaría al supuesto de existencia de un daño sin indemnización. Solo reconociendo el daño material y el daño moral con la autonomía que les corresponde es posible otorgar las medidas necesarias para una reparación específica y verdaderamente integral.

Consecuentemente, la reparación integral supone un principio orientador en el ejercicio de los derechos, como señala la Corte Constitucional en la sentencia 004-13-SAN-CC, en la que analiza el principio de reparación integral indicando que:

“(...) esta institución jurídica se halla inmersa en todo el ordenamiento constitucional ecuatoriano, siendo transversal al ejercicio de los derechos” (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 004-13-SAN-CC, 2013).

De este pronunciamiento se puede interpretar que el principio está presente en todas las sentencias que declaran la vulneración de derechos y ordenan la reparación, no obstante, la tradición jurídica en el país tiende a emparejar a la reparación integral únicamente con las áreas de derecho penal, derecho de los consumidores, derechos de la naturaleza y en general los derechos humanos en un ámbito extracontractual, sin reconocer la posibilidad de aplicar el principio cuando se ordenan las indemnizaciones derivadas del incumplimiento contractual.

Mientras que la tendencia actual del derecho de daños sí contempla esta posibilidad al considerar que el daño con independencia de su origen, por tratarse de un daño, requiere y exige al sistema judicial, una reparación integral, remitiéndose a uno de los axiomas fundamentales de que ante todo daño debe existir una reparación.

Lo que tampoco debe confundirse con regresar al estado anterior al daño en casos en los que efectivamente no es posible retornar, como la muerte de la víctima; aquel supuesto entre otros, han sido la base para una fuerte crítica respecto a la imposibilidad de resarcir en su totalidad determinados daños, sin embargo, la reparación integral debe superar la visión de volver al estado anterior al daño, como se evidencia en diferentes precedentes jurisprudenciales, en los que ha primado la intención del juez de otorgar una reparación mediante alguna de las formas posibles, antes que dejar un daño sin reparar

Ahora bien, la reparación integral en el plano extracontractual no se discute mayormente, lo que sí sucede en el marco de las obligaciones contractuales, debido a que en el contrato están presentes determinados factores que limitan la responsabilidad. Sin embargo, los factores específicos del contrato no deben suponer un impedimento para una reparación plena, si lo que se

analiza es la existencia del daño y el enfoque de la víctima. La reparación integral también supone un equilibrio en las medidas que se han de tomar para resarcir el daño.

El verdadero punto de tensión radica en que las causas de incumplimiento sean las que provoquen una diferenciación en la reparación de los daños, es decir, si obedeciendo la existencia de la culpa en el incumplimiento contractual únicamente se puedan reparar los daños inmediatos y si por la presencia del dolo o malicia la extensión de la reparación sea más amplia. Por aquel motivo, una de las propuestas de la tendencia actual del derecho de daños es la unificación de responsabilidad civil, ya que se considera injusto que sea posible una reparación más amplia si el daño procede de una fuente extracontractual en comparación al incumplimiento contractual (Gustavo Vallespinos, 2013, pp.112-113).

No obstante, sin recurrir a la unificación de la responsabilidad civil, la obtención de una reparación plena también es posible si en las decisiones judiciales se prioriza la visión de la víctima, ya que la indemnización conforme al moderno derecho de daños se debe medir por el daño mismo, más no por la culpa del agente.

De igual forma, se debe considerar que la reparación efectiva sí es posible ante la existencia de determinados daños como el daño moral, con independencia de su origen extracontractual o contractual, no por la factibilidad de regresar al estado anterior de las cosas, sino por la aplicación de una visión integral respecto a las formas en las que se puede reparar.

En resumen, el derecho de daños, más allá de tratarse de un término distinto al clásico acuñado por la larga tradición civilista, es un término que pretende abarcar las nuevas figuras jurídicas que evolucionan a gran velocidad, comenzando por el daño moral, cuya aceptación y tratamiento se erige día a día, al igual que los daños ambientales, médicos, la unificación de la responsabilidad civil, entre otras propuestas que se presentan a consideración de la doctrina y a las legislaciones de los distintos países.

En definitiva, la tendencia actual del derecho de daños presenta características importantes para la construcción del Derecho, partiendo de criterios judiciales que se enfocan tanto en la restauración de los detrimentos, como en las medidas necesarias para evitar que el daño se produzca nuevamente, primando la función preventiva del derecho de daños y la reparación integral. Especialmente en lo que se refiere al tratamiento del daño moral, figura cuyo contenido

se encuentra en plena evolución, así como las formas de reparación, considerando su naturaleza especial y los derechos a los cuales afecta.

1.2. Del Daño Moral

1.2.1. Noción

El daño moral conforme señala Cabanellas en su Diccionario Jurídico es: “Lesión que sufre una persona en su honor, reputación, afectos o sentimientos, por acción culpable o dolosa de otra” (Cabanellas, 1989, p.7). Es decir, es una especie de daño producido por la violación de los derechos subjetivos o los presupuestos de la personalidad, entre ellos la paz, la tranquilidad de espíritu, la vida íntima, la libertad, la integridad física, etc..Esta afectación a su vez tiene un requisito importante, el daño moral no considera a las simples molestias o inconvenientes como presupuestos para su configuración, por el contrario, debe tratarse de una aflicción real dirigida al ánimo, espíritu de la persona (Trigo Represas y López Mesa, 2008j, p. 479).

Ahora bien, la definición de esta figura jurídica no se produjo fácilmente, la doctrina ha tenido criterios divergentes en cuanto a los bienes jurídicos que protege, su indemnización y principalmente su origen, lo que ha dificultado una noción clara del daño moral. En primer lugar, se consideraba que el daño moral era contrario al daño corporal o material y por tanto no podía ser captado por los sentidos, concepción que fue rechazada debido a que es indudable que existen daños que se pueden conocer a través de los sentidos y estos son daños morales, de igual forma, todo daño incluso el daño moral debe percibirse por los sentidos, siendo el primer nivel de convencimiento judicial para llegar a un razonamiento.

Por otro lado, autores como Mazeaud, consideraron un concepto en el que encerraban al daño moral como un perjuicio extrapatrimonial, sin contenido económico, lo que también fue criticado por otra parte de la doctrina, ya que la circunstancia de que un derecho se encuentre en la esfera patrimonial o extrapatrimonial del individuo no puede ser suficiente para determinar si se trata de un daño moral o no, puesto que ambas clases de daño no distinguen la naturaleza del interés vulnerado, tal es así el ejemplo de la afectación a la propiedad, que si bien se trata de un daño material puede ocasionar conjuntamente un daño moral si ha molestado al propietario al no poder hacer uso de sus bienes.

En una línea distinta, el académico Minozzi afirma que puede existir daño patrimonial derivado de la vulneración de un bien no patrimonial y viceversa, lo que se debe observar no son los orígenes del derecho afectado, sino los efectos, dependiendo de ello se podrá señalar la clase de daño, de esta forma, el daño será patrimonial o material si repercute en el patrimonio, de no hacerlo será moral (Peirano Facio, 1981e, p. 382).

Sin embargo, esta noción también es limitante pues indica que el daño necesariamente debe ser patrimonial o moral, sin considerar la posibilidad de compartir ambas calidades.

Por lo tanto, para analizar el daño moral necesariamente se debe utilizar la definición más amplia posible, como manifiesta la profesora Carmen Domínguez Hidalgo, quien explica que el daño moral incluye:

“(…) todo daño a la persona en sí misma (física-psíquica), como todo atentado contra sus intereses extrapatrimoniales, esto es como todo menoscabo en un bien no patrimonial o a un interés moral por quien se encontraba obligado a respetarlo, ya sea en virtud de un contrato o de otra fuente” (De la Maza, 2018a, p. 282).

Consecuentemente, la noción más clara por la que podemos partir en el estudio del daño moral comprende dos elementos claves:

En primer lugar, el concepto actual de daño moral ha superado la visión reduccionista que contemplaba únicamente al dolor, ampliándolo a la afectación de derechos como la salud, la identidad, el equilibrio físico-psíquico, la intimidad, el honor, etc. En segundo lugar, como señala el profesor argentino Parellada pueden presentarse por igual los daños y perjuicios, como el daño moral en virtud de que el derecho afectado está revestido de intereses patrimoniales como extrapatrimoniales, tal es el caso del derecho a la integridad física (Parellada, 2006, p.23). Debido a que una figura no excluye a la otra, ni limita que el daño moral puede provenir de un perjuicio patrimonial, lo que a su vez libera a la figura jurídica de la aparente imposibilidad de indemnización pecuniaria al ser su afectación de índole extrapatrimonial.

1.2.2. Referencia a las disposiciones del Código Civil Ecuatoriano con relación al daño moral

Antes de conocer las disposiciones del Código Civil Ecuatoriano relacionadas al daño moral, es preciso mencionar la reforma de 1984 por la que se incorporó a nuestra legislación la figura.

El Proyecto de Ley-Reformatoria del Código Civil sobre la Reparación de Daños Morales fue presentado ante el pleno del Congreso Nacional con el liderazgo del diputado doctor Gil Barragán Romero, tras haber sido discutido y aprobado en la Comisión de lo Civil y Penal; proyecto que a criterio del legislador buscaba llenar el vacío legal de la normativa, en virtud de que:

“Toda indemnización de perjuicios considera la existencia de daños materiales que se hubieren producido, y solamente una disposición legal faculta reclamar por perjuicio moral, cuando hay lesión contra la honra o el crédito de una persona; sin embargo, numerosas situaciones de la vida provocan daños morales que, conforme a nuestra legislación quedan sin posibilidad efectiva de reparación” (Ley Reformatoria del Código Civil, Acta No. 31, 1984a).

En efecto, la insuficiente normativa de aquel momento fue uno de los fundamentos para la presentación del proyecto como se observa en el acta No. 31 correspondiente al primer debate, en el cual se propuso la reforma al artículo 1599 añadiendo: “Exceptúense también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código” (Ley Reformatoria del Código Civil, Acta No. 31, 1984b).

Y, la reforma del artículo 2258 planteando que se agregue lo que disponen los actuales artículos 2232, 2233 y 2234 del Código Civil Ecuatoriano. Consiguientemente, sin observaciones sustanciales, la reforma se aprobó en el segundo debate, del cual es pertinente señalar los siguientes considerandos de la Ley:

“Que en general, las disposiciones del Título trigésimo tercero del libro cuarto del Código Civil, que tratan de las indemnizaciones relativas a delitos o cuasi-delitos, y las demás que contienen el citado cuerpo de leyes en materia de indemnizaciones, versan únicamente sobre los casos de daños materiales causados a las personas, que innumerables actos ilícitos lesionan bienes morales jurídicamente protegidos, sin embargo de lo cual, en virtud de las actuales normas, quedan sin reparación alguna. Que es necesario llenar este vacío legal incorporando preceptos acordes con las corrientes actuales, de las que el Ecuador se halla al margen en este ámbito: En uso de sus atribuciones, expide la siguiente Ley Reformatoria al Código Civil, sobre Reparación de Daños Morales” (Ley Reformatoria del Código Civil, Acta No. 33, 1984).

De estos considerandos es posible colegir la intención de los legisladores de suplir la falta de ley, con el fin de obtener una reparación efectiva de las lesiones causadas a los bienes morales, debido a que, como los propios legisladores manifiestan, el cuerpo normativo se enfocaba únicamente en los daños materiales.

Es así como, observando la necesidad de una reforma que permitiera la reparación e incluso declarar la existencia misma de daños morales, con mayor profundidad de lo que establecían las leyes del momento, los legisladores aprobaron la modificación al Código Civil, colaborando en el desarrollo legislativo de las figuras antes mencionadas.

Adicionalmente, los considerandos revelan un criterio progresista de los legisladores al proponer reformas conforme a las corrientes jurídicas de la época, evitando que el país se siga manteniendo al margen de la evolución de las diferentes figuras jurídicas, que están en constante cambio. En este caso, con relación al daño moral y la reparación que le corresponde, significó un avance legislativo indiscutible, que se mantiene hasta la actualidad.

En consecuencia, tras haber vislumbrado a breves rasgos la intención de los legisladores que dio lugar a la reforma del Código Civil Ecuatoriano en el año 1984, es pertinente analizar las disposiciones.

En este contexto, hoy, la primera mención al daño moral se encuentra en el Art. 2231, el cual hace referencia a las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona, las mismas que dan derecho a reclamar una indemnización no solo de índole pecuniario, sino también moral.

Los artículos siguientes del título XXXIII del Libro IV, desarrollan la dualidad en la indemnización del daño moral, la que contempla igual que en el caso de los tradicionales daños y perjuicios, una reparación pecuniaria.

De forma específica, en el segundo apartado del Art. 2232, el Código se remite a las situaciones especiales por las cuales se debe responder por daño moral, dejando a salvo la pena de los delitos o cuasidelitos, como es posible determinar del texto:

“(...) están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes” (Código Civil Ecuatoriano, 2019b).

Mientras que el tercer apartado del presente artículo determina que la reparación por daños morales puede ser demandada si los presuntos daños son la consecuencia de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando criterio del juez establecer el valor de la indemnización de acuerdo con las circunstancias.

La siguiente disposición, el Art. 2233, establece que la acción por daño moral corresponde de forma exclusiva a la víctima o a su representante legal y en el caso de faltar la víctima, podrán ejercitarla su representante legal, cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad. A su vez, en el supuesto de haber producido el hecho ilícito la muerte de la víctima, la acción podrá ser intentada por sus derechos habientes, de acuerdo con las reglas del Código. De manera especial también señala que cuando el daño moral afecte a las instituciones o personas jurídicas, la acción deberá plantearse a través de sus representantes.

Normativa que si bien no da lugar a dudas sobre quiénes pueden iniciar la acción, también genera el cuestionamiento sobre la posibilidad de que una persona jurídica demande daño moral, cuando ya se ha establecido que esta figura jurídica afecta a los presupuestos de la personalidad, padecimientos propios del ser humano como persona, los cuales no goza en la misma medida la persona jurídica.

No obstante, el Código ha sido claro en lo que dispone y en tal supuesto le corresponderá al juez analizar si procede la declaración de daño moral y en consecuencia, su reparación.

Continuando con las disposiciones, el Art. 2234 establece la independencia de las indemnizaciones por daño moral de las que podrían suscitarse en los casos de muerte, de incapacidad para el trabajo u otros, que son regulados por otros cuerpos normativos.

En último punto, el Art. 2235 señala que las acciones que concede este Título por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto (Código Civil Ecuatoriano, 2019c).

En definitiva, el Código Civil Ecuatoriano se limita a dar los elementos sustantivos básicos para conocer el daño moral y su acción, debido a que no hace una mención expresa al daño moral de origen contractual, a diferencia del reconocimiento de los delitos o cuasidelitos, como especial fuente de reparación del daño, con independencia de la pena a la que respondan en el ámbito penal. No obstante, como se verá más adelante, la normativa comprendida en el Código Civil Ecuatoriano podría considerarse lo suficientemente amplia para regular el daño moral en su generalidad, sin necesidad de establecer de forma expresa el incumplimiento contractual como una de sus fuentes.

1.2.3. Bienes jurídicos que tutela el daño moral en el Ecuador

Académicos como Brebbia y Matilde Zavala de González consideran que el daño moral va dirigido en esencia a lo que el sujeto es, es decir, se trata de un perjuicio al ánimo, al espíritu mismo del individuo, una afectación al estado de la persona, en su capacidad de entender, querer o sentir (Trigo Represas y López Mesa, 2008k, p. 479).

De tal forma, los bienes jurídicos que tutela el daño moral en el Ecuador se pueden conocer a través de lo dispuesto en la normativa, como establece el Art. 2232: “(...) en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes” (Código Civil Ecuatoriano, 2019d).

Sin embargo, esta no es más que una lista ejemplificativa, ya que los bienes jurídicos que pueden ser objeto de una afectación como el daño moral son múltiples basta que cumplan con la característica de perturbación de algún tipo a la esencia del individuo.

En primer lugar, cuando la disposición del Código hace referencia a cualquier forma de difamación, es evidente el bien jurídico que la acción por daño moral busca proteger: el honor. Siendo este uno de los bienes más preciados del hombre, el mismo que es protegido tanto civil como penalmente y puede verse vulnerado de diferentes formas y grados, dependiendo del caso.

En segundo lugar, cuando se mencionan a las lesiones en general, la acción de daño moral va dirigida a la protección del bien jurídico de la integridad tanto física como moral, de tal forma, a diferencia del ámbito penal en el que se considera la gravedad física de las lesiones, en el ámbito civil y específicamente en el daño moral, la atención se centra en las consecuencias morales para la persona, por ejemplo, una bofetada en público, a simple vista no aparenta un daño de gran magnitud sin embargo lo trascendente no es el dolor físico, sino la vergüenza, la humillación u otra manifestación de sufrimiento que puede nacer de una lesión.

En tercer lugar, en el delito de violación, paralelo a la acción penal, la acción civil de daño moral en este supuesto va dirigido a proteger el bien jurídico de la libertad sexual, que ha sido transgredido mediante el uso de la fuerza que significa el cometimiento del delito, reconociendo que el daño no se limita a un daño físico, sino espiritual.

De igual forma, en el supuesto de estupro, aunque se trata de un distinto tipo penal, el daño moral va encaminado a proteger el bien jurídico de la libertad sexual, en tanto el acceso carnal ha sido obtenido mediante engaños, vulnerando el consentimiento esencial que rodea a la libertad sexual de cada individuo. Mientras que la acción de daño moral que busca la indemnización por atentados contra el pudor comprende la protección a los bienes jurídicos ya mencionados de la libertad sexual como la integridad de la persona.

En cuarto lugar, la posibilidad de demandar el daño moral por detenciones o arrestos injustificados protege al bien jurídico de la libertad personal, sobre el cual se debe decir hay que recordar lo manifestado por Barragán Romero en su libro Elementos del Daño Moral:

“(…) no es esencial el tiempo de duración de la privación, el cual puede ser mayor o menor, pues lo que interesa es que la persona se halle impedida de determinarse libremente en su vida; impedida en su locomoción y de vencer por sí misma los obstáculos que se oponen al ejercicio de su actividad” (Barragán Romero, 2008a, p. 71).

Es decir, en el supuesto de transgredir la libertad personal de la persona, sin importar la duración, el daño puede tener diferentes repercusiones que deberán analizarse caso por caso.

En definitiva, los bienes jurídicos mencionados se remiten a lo dispuesto en la normativa ecuatoriana no obstante, como se dijo en un principio, no se trata de una lista taxativa, el daño moral en su concepto más amplio permite la reparación de los daños independientemente de su origen, así como del bien jurídico que está protegiendo, siempre y cuando el daño que se alega tenga las características esenciales que afecten los presupuestos de la personalidad del individuo, a la psiquis, a los elementos esenciales de su ser.

1.2.4. Características del Daño moral

La caracterización del daño moral es un tema que ha sido profundamente discutido por la doctrina a través de sus diferentes posturas, señalando en primer lugar al daño moral como el dolor,

la aflicción física o espiritual, la angustia y en general los padecimientos que la víctima sufre en virtud del hecho dañoso.

Afirmando, por un lado, que solo puede haber daño moral cuando la afectación se produce sobre un derecho de índole extrapatrimonial, siendo ésta la tendencia respaldada por doctrinarios como Savatier, Messineo, Cammarota y Ovejero. Sin embargo, la tendencia sostenida por autores como Minozzi, Alterini, Orgaz, entre otros, que busca caracterizar al daño moral, manifiesta que esta figura debe atender no a la índole del derecho afectado, sino a las consecuencias del daño, es decir, si se evidencian los efectos sobre los intereses no patrimoniales, debe ser considerado daño moral (Trigo y López, 2008l, p. 484). Lo que a su vez genera crítica, debido a que las consecuencias de esta figura pueden afectar al individuo tanto en su esfera patrimonial como extrapatrimonial, sin que por ello deje de ser considerado un daño moral.

Frente a estos criterios, es preciso mencionar que forman parte de una discusión la cual se mantiene hasta la actualidad, por lo que antes de incurrir en ella es preferible señalar características específicas con las que se puede empezar a analizar el daño moral, así, el ex Magistrado de la Corte Nacional de Justicia, el Dr. Jorge Pallares afirma que el daño moral se caracteriza por:

- “a) Disminución o privación de bienes fundamentales del ser humano, especialmente la tranquilidad, la libertad, la honra y buena fama.
 - b) Genera angustia y aflicción al sujeto pasivo del acto dañoso.
 - c) Afecta al proceso de pensamiento de la víctima.
 - d) Genera seria perturbación emocional y afectiva.
 - e) Produce daño síquico y material.
 - f) Atrae sobre sí un concepto social degradante y sus consecuencias concomitantes”
- (Pallares, 2016, p. 49).

Ahora bien, estos padecimientos como explica Zonnoni, no deben tratarse de cualquier estado de ánimo, sino ser aquellos que provengan o deriven de la privación de un bien jurídico de la víctima, reconocido por el ordenamiento jurídico (Trigo y López, 2008m, p. 486). Lo que en un primer momento parecería limitar la protección a los derechos que se han materializado en norma expresa, sin embargo, la naturaleza propia del daño moral abarca todos los derechos ligados íntimamente con la esencia de la persona.

Finalmente, cabe recalcar que las características mencionadas no son las únicas que revisten la figura del daño moral, ya que, si se sigue el concepto amplio propuesto por la doctrina, las características que lo adjetivan evolucionan a la par.

1.2.5. Clasificación del daño moral: extracontractual y contractual

La discusión se centra en si el daño moral puede provenir de una fuente contractual en la misma medida que proviene de una fuente extracontractual. Así, a primera hace referencia al incumplimiento del contrato como origen del daño moral, mientras que la segunda hace referencia a las fuentes de las obligaciones diferentes al contrato, como lo son la ley, los delitos, cuasidelitos, un cuasicontrato o hecho lícito.

Respecto a las fuentes de las obligaciones extracontractuales, es pertinente hacer una sucinta referencia a cada una de ellas y su relación con el daño moral. La Ley como fuente primaria, señala múltiples supuestos en los que establece la responsabilidad, en el caso de Ecuador, la Constitución de la República consagra responsabilidad objetiva por parte del Estado, así como de sus instituciones y funcionarios que actúen en su representación, de igual forma en disposiciones de menor jerarquía como el Código del Trabajo, mencionan la indemnización cuando el daño se ha producido por accidentes de trabajo.

En cuanto a los cuasicontratos, Escriche, lo define como:

“(…) un hecho lícito puramente voluntario que, sin mediar convención ni pacto expreso, produce obligación a favor de un tercero, y a veces obligación recíproca entre dos partes. Podría llamarse con más propiedad contrato presunto, porque de

una parte hay verdadero consentimiento, y de la otra se presume por equidad o por la utilidad que le resulta” (Barragán Romero, 2008b, p.25).

En la normativa ecuatoriana se menciona como cuasicontratos a tres figuras: el pago de lo no debido, la comunidad y la agencia oficiosa. Las cuales se asemejan a los contratos de mutuo, la sociedad o sucesión hereditaria y el mandato. Sin embargo, a través de la normativa se hallan otros cuasicontratos no regulados expresamente como lo es la vecindad, entre otros.

Mientras que, en el caso de los delitos y cuasidelitos, la obligación no nace de la voluntad como puede ser en otros supuestos, contrario a ello, la ley establece la obligación de reparación del daño por tratarse de un injusto hacia terceros. Así los delitos o cuasidelitos se tratan a través de la acción civil y la acción penal. Con relación a la primera, esta busca la reparación del patrimonio afectado y sólo puede ejercerla la víctima en contra del autor del daño o quien le suceda en sus obligaciones; con relación a la segunda, esta tiene un carácter sancionatorio y puede ejercerla el Estado, así como la víctima.

Por último, entre las fuentes de obligaciones extracontractuales se debe hacer una mención especial al abuso del derecho, el que como su nombre lo indica, supone un abuso de las facultades legales, lo que causa un daño, enmarcado en un aparente ejercicio legítimo de un derecho.

Carlos Fernández Sessarego lo define de la siguiente manera:

“(…) a través del llamado abuso del derecho, dicho comportamiento jurídicamente admitido, se convierte en un fenómeno que consiste en el ejercicio excesivo, irregular, desconsiderado, anormal, y, en cualquier caso, antisocial de un derecho subjetivo susceptible de causar daño en relación con un interés ajeno. Es decir, sustancialmente contrario a la moral social” (Fernández, 1992, p. 143).

Mientras que el Código Civil Ecuatoriano hace mención del abuso del derecho en su artículo 36.1 que señala en su parte pertinente: “(…) Constituye abuso del derecho cuando su titular excede irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites, de tal suerte que se perviertan o se

desvíen, deliberada y voluntariamente, los fines del ordenamiento jurídico” (Código Civil Ecuatoriano, 2019e).

De igual forma, el artículo 599 del mismo código, sigue el criterio ya expuesto sobre el abuso del derecho cuando se refiere al dominio o propiedad, advirtiéndole que su uso y goce deberá ser conforme a las leyes y respetando el derecho ajeno, sea individual o social (Código Civil Ecuatoriano, 2019f). Lo que a su vez denota el interés del legislador por el correcto uso de las facultades de dominio y en general del cumplimiento del ordenamiento jurídico, evitando así, acciones tendientes al abuso y ventajas excesivas que puedan significar la vulneración del derecho ajeno o colectivo. Por lo tanto, el abuso del derecho también constituye una de las fuentes de obligaciones extracontractuales que da origen al daño moral.

Ahora bien, al haber realizado una breve referencia al ámbito extracontractual, corresponde conocer más a fondo la segunda clasificación del daño moral: de acuerdo con su origen. La tradición jurídica considera que la fuente extracontractual es la que predomina con relación al daño moral, debido a que, en la mayoría de los casos, su origen se remite a la vulneración de la ley, un delito, cuasidelito, cuasicontrato o abuso del derecho. No obstante, en las últimas décadas la discusión se centra en la posibilidad de que el daño moral provenga de un incumplimiento contractual.

Autores como Barbero, Messineo, Alessandri Rodríguez, J. W. Hedemann, Chironi, entre otros, niegan la tesis de resarcibilidad del daño moral contractual, mientras que autores como hermanos Mazeaud, Rupert, Josserand y otros, aceptan la figura del daño moral en el ámbito contractual (Samper, 1983a, p. 60).

En consecuencia, el daño moral también podría presentarse en el ámbito contractual según los autores citados, si el daño deriva de la inejecución de una obligación creada por el contrato, lo que también comprende la ejecución defectuosa. Lo que también nos lleva a considerar los factores propios de las relaciones contractuales, como la previsibilidad, los riesgos, el carácter patrimonial de las prestaciones y otros, que permiten diferenciar al daño moral de origen extracontractual, elementos los cuales son decisivos para admitirlo y en consecuencia ordenar su reparación. Por ello el tratamiento del daño moral contractual parte de aceptar que no todas las molestias se

encuadran en la figura, así como no todo incumplimiento es idóneo para ocasionarlo, lo que se estudiará con mayor énfasis en el desarrollo del trabajo.

No obstante, no se puede dejar de mencionar que la clasificación del daño moral: extracontractual y contractual también está sufriendo transformaciones, debido a que el enfoque del Derecho de Daños, no es la fuente del cual provenga, sino la reparación del mismo, así lo señalan autores como la Dra. Zavala de González y el profesor Compagnucci de Caso-este último con especial mención en la reforma normativa de Argentina respecto a la unificación de los regímenes jurídicos- recordando que la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual se origina en el Derecho Romano, que dio un trato diferente a la reparación del daño cuando era causado por un delito o un cuasidelito, a cuando se producía por un incumplimiento (Compagnucci de Caso, 2015, p.1).

Siguiendo esta línea del pensamiento, el catedrático Yzquierdo Tolsada, expone razones a favor de la unificación de las responsabilidades, entre las cuales, si el primer objetivo de la responsabilidad civil es la indemnización del daño, la distinción entre las esferas contractual y la contractual no tiene justificación (Rodríguez Guitián, 2007a, p.31).

En consecuencia, si se ha producido un daño, el ordenamiento jurídico tiene el deber de repararlo independientemente de si este se produjo en un ámbito contractual o extracontractual. De ahí que la distinción, según criterios doctrinales modernos, vaya perdiendo relevancia en la práctica, puesto que ambos tipos de responsabilidad se han construido como respuesta a un mismo problema: la reparación del daño.

Así lo explica claramente Reglero Campos:

“La determinación de la naturaleza contractual o extracontractual del daño, como una simple cuestión de clasificación, no alteraría su unidad ya que la acción será única: único el “petitum” (resarcimiento del daño) y única la “causa petendi” (el hecho productor del daño)” (Rodríguez Guitián, 2007b, p.31).

Es decir, más allá de la relación contractual o extracontractual en la que se enmarcó el hecho dañoso, el Derecho de Daños buscará proveer una reparación integral. Criterio que los tribunales de justicia en la actualidad tienden a considerar respecto a la factibilidad del daño moral contractual.

1.2.6. La acción de daño moral en Ecuador y sus efectos

En el Código Orgánico General de Procesos, normativa que reúne y clasifica las acciones que materializan lo señalado en el Código Civil Ecuatoriano, no determina ninguna acción especial por daño moral, por lo tanto, se sustancia en vía ordinaria. Adicional a aquello cabe hacer referencia a una particularidad de la acción de daño moral.

Estamos hablando de los daños y perjuicios, figura que tiene un tratamiento procesal distinto si lo comparamos con el daño moral, debido a que la acción se rige por la prescripción ordinaria de diez años como señala el artículo 2415 del Código Civil Ecuatoriano: Este tiempo es, en general, de cinco años para las acciones ejecutivas y de diez para las ordinarias. La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco años; y convertida en ordinaria, durará solamente otros cinco (Código Civil Ecuatoriano, 2019g).

A diferencia de la acción de Daño Moral, la cual prescribe en cuatro años contados desde la perpetración del acto; dando como resultado una menor protección del ordenamiento jurídico a quienes se creen respaldados por la acción de daño moral.

Esta distinción, sin embargo, no parecería tener mayor fundamento que:

- a) La clasificación del Código Civil Ecuatoriano, que ubica al daño moral en el título XXXIII denominado “De los Delitos y Cuasidelitos”, los cuales son reconocidas fuentes de responsabilidad extracontractual, encerrando hasta cierta medida al daño moral y a su acción, en dicha esfera.

Lo que, a su vez, genera una distinción en su tratamiento, ya que los elementos de tiempo de prescripción, prueba, indemnización, entre otros, mantienen sus diferencias cuando se trata de responsabilidad extracontractual y contractual.

- b) En segundo lugar y a consecuencia del primer punto, otro motivo por el que parecería presentarse la distinción recae en el carácter tradicional de los daños y perjuicios, los cuales tienden a ser la figura por excelencia al momento de reclamar la reparación del daño y, por tanto, la posible razón para su extenso plazo de prescripción de la acción en comparación al dispuesto para la acción de daño moral.

En definitiva, la normativa procesal en el Ecuador aún mantiene limitaciones con relación al daño moral en cuanto a su escasa regulación y la falta de una acción especial.

1.3. Del Daño Moral Contractual

1.3.1. Noción de daño moral de origen contractual

El daño moral contractual, como su nombre lo indica proviene de un incumplimiento contractual, tratándose de una figura jurídica que hasta el día de hoy genera discusión respecto a la factibilidad de su procedencia. Ante estolas decisiones judiciales han tomado la batuta en el desarrollo de su contenido, aplicando sus resoluciones en los distintos ordenamientos jurídicos en donde gozan de jurisdicción.

En primer lugar, el daño moral contractual comprende elementos distintos a los analizados en el daño moral extracontractual, debido a que en el contrato las partes involucradas conocen y aceptan las situaciones actuales y posibles en manifestación de su voluntad, es decir, en el ámbito contractual se presentan elementos como la previsibilidad y los riesgos, los cuales limitan las posibles consecuencias negativas. Un claro ejemplo de cómo el contrato o convenio se moldea con los requerimientos de las partes es la estipulación de una cláusula penal, que vendría a estimar los daños y perjuicios previo a producirse un incumplimiento, quedando a potestad de las partes señalar el monto de la indemnización y los supuestos para su procedencia. Por tales motivos, uno de los temas que siguen cuestionándose los doctrinarios es respecto a si cabe el daño moral en todo incumpliendo contractual o solo procede en determinados incumplimientos.

Tales particularidades e interrogantes marcan la diferencia con el tradicional daño moral extracontractual y son las que los operadores de justicia toman en consideración en su razonamiento para admitir o no el daño moral por incumplimiento contractual. Por lo que, para brindar una noción es necesario analizar los elementos en común hallados en distintas sentencias. Así, si partimos de que no todo incumplimiento puede ocasionar daño moral es pertinente señalar que el objeto en común que tienen los contratos analizados por los tribunales de justicia y sobre los cuales declararon el daño moral, es en efecto, un interés de naturaleza inmaterial.

Estos contratos tienen como prestación principal suministrar placer, comodidad o eludir molestias inmateriales, por ejemplo, el contrato de paquetes turísticos. O en su defecto, si su prestación principal no es proteger un interés de naturaleza inmaterial pero la forma de ejecutar incluye cuidar de determinados intereses inmateriales, también se considerará al incumplimiento

o cumplimiento defectuoso idóneos para afectar a tales intereses, como señala Páez Salgado con el siguiente ejemplo:

“(…) El incumplimiento de un contrato celebrado entre un carnicero con una asociación israelita, que se obligó a vender sólo carne “kosher” y cuando éste lo incumplió, “ofendió” los sentimientos religiosos de los contratantes; el ya mencionado contrato de servicios funerarios en los que un eventual incumplimiento podría afectar la estima o respeto que los familiares sienten por el difunto” (Páez Salgado, 2015a, p. 60).

En consecuencia, para que se pueda hablar de daño moral contractual es necesario que el incumplimiento ocasione molestias, pérdida de oportunidades, afectaciones psíquicas, sentimentales, etc., diferentes a las que acarrea todo tipo de incumplimiento y puede verse compensada mediante los daños y perjuicios.

En definitiva, la factibilidad de daño moral por incumplimiento contractual se encuentra regulada en muchos ordenamientos jurídicos, sin embargo, en la mayoría de los casos, incluso con una regulación normativa previa, les corresponde a los jueces en cada caso en concreto analizar su existencia y por ende una indemnización acorde, considerando los factores ya mencionados, propios de las relaciones contractuales.

1.3.2. Breve referencia a la evolución del daño moral contractual

Para conocer sobre la evolución del daño moral contractual es necesario remitirse en primer lugar a la discusión que existió y se mantiene hasta nuestros días por parte de la doctrina respecto a la reparación pecuniaria que se concede por el perjuicio moral. Una parte de la doctrina considera que la indemnización económica no es suficiente para reparar el daño moral y en el otro extremo, no se puede comerciar con la afectación a la personalidad de los individuos, por ende, las decisiones judiciales- en algunos casos- son señaladas como arbitrarias. En virtud de ese razonamiento, legislaciones como la de Estados Unidos y Reino Unido-que aplican el common law- por regla general no aceptan el daño moral contractual, de tal forma que la figura jurídica en

estos ordenamientos limitó su evolución al criterio jurisprudencial que desarrolló excepciones a la regla. Así en Estados Unidos The Restatement (Second) of the Law of Contracts³ contempla lo siguiente:

“(…) el incumplimiento que también haya causado daños corporales o el incumplimiento sea de tal naturaleza que tenga, como resultado particularmente probable, molestias emocionales graves” (Solé, 2009 p. 8)

Disposición que los tribunales norteamericanos han interpretado como guía para admitir la indemnización del daño moral que deriva del cumplimiento defectuoso de un contrato de cirugía estética, ya que se trata de un incumplimiento que causa un daño corporal al paciente, traducándose en dolor, sufrimiento y estrés (“pain, suffering and mental distress”) al tener que someterse a una segunda operación como corrección de la primera.

Otra de las excepciones planteadas por los administradores de justicia norteamericanos considera a la naturaleza del contrato infringido, tal es el caso del contrato entre una empresa funeraria y una viuda, que comprendía suministrar un féretro y un nicho para enterrar al esposo fallecido de la parte contratante. Sin embargo, a causa de un cierre defectuoso, había entrado agua en el nicho, ocasionando una segunda inhumación del cadáver. Supuesto en el que evidentemente existe una afectación moral a través del incumplimiento contractual. Profundizando en esa línea argumentativa, la jurisprudencia de Estados Unidos desarrolló la premisa de que los contratos dirigidos a satisfacer intereses no patrimoniales, y cuya transgresión suele ocasionar como consecuencia lógica la frustración, molestias, incomodidades o malestar emocional en el acreedor, son fuentes idóneas para analizar el daño moral contractual.

Mientras que los ordenamientos jurídicos de la familia romano-germánica como el italiano y el alemán en un primer momento optaron por un lineamiento similar respecto al incumplimiento contractual como fuente del daño moral.

Sin embargo, como manifiesta la profesora española Rodríguez Guitián:

³ Conjunto de tratados que abarcan los principios generales del Common Law.

“(…) aproximadamente hasta finales de los 70 y principios de los 80 la jurisprudencia alemana estima como daño patrimonial la frustración del disfrute vacacional para cuyo logro el trabajador había realizado un sacrificio traducible en términos de coste. Es a partir de la Reisevertragsgesetz ⁴de 4 de mayo de 1979 cuando la jurisprudencia parece estimar la frustración de las vacaciones por incumplimiento del contrato de viaje como un bien inmaterial” (Rodríguez Guitián, 2007c, p.240).

En otras palabras, la jurisprudencia empieza a contemplar la frustración producto del incumplimiento contractual -en este caso de las vacaciones no disfrutadas- cuando lo asocia al sacrificio que la persona tuvo que soportar para adquirir las mencionadas vacaciones, en ese sentido, el daño representado en la frustración es visto desde otra perspectiva y por ende el incumplimiento contractual como causante del daño. Es decir, de lo manifestado por la profesora, se colige que el primer esbozo de aceptación del daño moral contractual se presenta a través de un análisis previo que los funcionarios judiciales realizan respecto a la obligación contractual que ha sido incumplida, dirigiendo su atención a los actos que se requirieron para lograr la celebración del contrato.

No obstante, aquel referente no fue vinculante los años siguientes, ya que la figura del daño moral derivado del incumplimiento contractual se mantenía en la ambigüedad con relación a su contenido y requisitos para su procedencia. No fue hasta la segunda mitad del siglo XX que la doctrina profundiza en el análisis del daño moral en el ámbito contractual a través de autores como Fernando Fueyo Laneri, Leslie Tomasello Hart, Ramón Domínguez Águila, Carmen Domínguez Hidalgo, entre otros (Diez Schwerter, 2005a, p.183). Posiciones doctrinarias que incidieron a su vez, en otras decisiones judiciales que declararon el daño moral contractual-tal es el caso de los criterios jurisprudenciales provenientes de España-en las resoluciones de la Sala de lo Civil del

⁴ Derecho de los contratos de viajes

Tribunal Supremo de España, Resolución Judicial de 1984, número 2403 y Resolución Judicial de 1984, número 6111

La primera presenta al señor Serra Barbiera como actor, quien solicitó se le indemnizen los daños morales que sufrió a causa de la omisión de la Compañía Telefónica, en la guía del año 1977 con relación a sus nombres y apellidos, su profesión de abogado, la dirección y el número de teléfono, en la parte alfabética y en las páginas amarillas. Mencionada información ya consta en las guías de la provincia de Lérida desde 1960, año en el que, el señor Serra, celebra un contrato de suplemento publicitario con la compañía. Esta omisión es corregida, sin embargo, demanda la indemnización de un millón de pesetas por los daños morales y el retiro de todas las guías telefónicas de la provincia de Lérida del mencionado año. En este caso el Juzgado de Primera Instancia considera parcialmente la demanda condenando a la Compañía Telefónica al pago de la indemnización. Mientras que en Segunda Instancia se acepta el recurso de apelación que interpuso la Compañía Telefónica, quien es absuelta. Consecuentemente el actor interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo ha lugar confirmando la sentencia de primera instancia. El razonamiento del Tribunal Supremo se fundamenta en que estaba en riesgo el prestigio, la fama, el reconocimiento profesional, etc (Gómez Pomar & Marín García, 2017a, p.203).

En este caso es cuestionable si la omisión de la Compañía afectaba a la dignidad del abogado y en consecuencia acarreaba un daño moral a su fama o prestigio. Lo que no significa a su vez la falta de afectación a la actividad profesional pues es evidente la relación entre la publicidad y la clientela. Sin embargo, la figura que más se adecuaba de acuerdo a los hechos del caso parecería ser el lucro cesante, lo que deja entrever el mal uso del daño moral por parte de los tribunales.

A pesar de ello, la resolución crea un precedente en lo que respecta a la afectación de bienes jurídicos-en este caso la dignidad- como resultado del incumplimiento contractual. Lo que después serviría para analizar relaciones contractuales que tienen ciertas características para producir este tipo de afectación.

La segunda sentencia mencionada, hace referencia a la lesión del honor de una mujer por parte de la Compañía Telefónica, debido a que en las guías telefónicas del año 1976 se publica erróneamente el apellido de la mujer, escribiendo Ramera, cuando lo correcto era Ranera. Sin

embargo, este caso no se trata de responsabilidad contractual, ya que el que contrató fue el padre de la perjudicada, siendo él quien ostentaba la calidad de contratante, pero quien inició la acción fue ella. A pesar de aquello, las resoluciones se enfocan en conocer si existe culpa contractual y ordenan a la compañía a indemnizar daños y perjuicios, confundiendo entre responsabilidad contractual y extracontractual (Rodríguez Guitián, 2007d, p.241). Demostrando por segunda ocasión que las primeras sentencias que hicieron mención al daño moral, en este caso en España, sufrían de falta de claridad respecto a la figura jurídica, sin embargo, su aporte es rescatable en la evolución del daño moral contractual en tanto se enmarcaron en un concepto amplio de daño moral, lo suficiente para declarar que podía provenir de un incumplimiento contractual.

Revelando -hasta aquel momento histórico- que la factibilidad del daño moral contractual se remitía a criterios jurisprudenciales favorables, los cuales se encargaron de desarrollar excepciones a regla general que limitaba al daño moral en las distintas legislaciones.

En concordancia con las críticas, las cuales no desaparecieron, por el contrario, persistieron en relación a la imposibilidad de unir la reclamación de una patrimonialidad en la prestación contractual con el carácter no económico que significa por esencia el daño moral, debido a que si el objeto de la relación jurídica es una prestación de índole patrimonial, el incumplimiento de la prestación sólo podría generar daños patrimoniales lo que impediría que haya daños morales derivados del incumplimiento contractual, al quedar fuera de la relación jurídica, los intereses y bienes morales. Sin embargo, de acuerdo con el académico Díez-Picazo, aunque la prestación sea patrimonial y traducible en dinero, ello no significa que no pueda responder a un interés del acreedor de índole no pecuniaria. En virtud de que una cosa es el contenido de la prestación y otra distinta los intereses o bienes que resultan afectados por el incumplimiento de la obligación, que pueden ser bienes o intereses de naturaleza no patrimonial (Rodríguez Guitián, 2007e, p.244).

Posteriormente, la reticencia a la figura del daño moral contractual pareció disminuir con los primeros trabajos de modernización y unificación del futuro Derecho Europeo de Contratos, los cuales dieron luces respecto a la figura de daño moral contractual. Primero los Principes of European Contract Law (2000) ampliaron la indemnización, contemplando a los daños no patrimoniales derivados del incumplimiento de un contrato, en específico, el artículo 9:501 (2) el cual habla de pérdida no pecuniaria como partida indemnizable tras el incumplimiento del

contrato. Dicha pérdida no pecuniaria se relaciona con el sufrimiento, las molestias y la aflicción psíquica que surgen debido al incumplimiento del contrato.

La profesora Rodríguez Guitián cita el siguiente ejemplo de los comentarios a los Principles of European Contract Law:

“A reserva un paquete de vacaciones en la empresa B, que es una agencia de viajes. Tal paquete incluye una semana con alojamiento en una habitación espaciosa de un hotel de lujo y con cocina excelente. Al final la habitación es un tugurio nada limpio y la comida es espantosa. A tiene derecho a una indemnización por las molestias sufridas y la pérdida del disfrute” (Rodríguez Guitián, 2007f, p. 246).

Ejemplo que no produce una situación compleja, en tanto el daño moral se encuentra directamente relacionado a la finalidad de la prestación, cuyo contenido esencial es el disfrute vacacional del cliente. De forma similar, los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales (2016) señalan en su artículo 7.4.2 la indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual, en concreto el apartado (2) reconoce que el daño causado por el incumplimiento: “puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional” (Principios UNIDROIT, 2016. p. 271).

Presentando como resultado, los primeros cuerpos normativos que aceptan el daño moral contractual que servirían de modelo regulador para los distintos ordenamientos jurídicos, al hacer mención de la pérdida no pecuniaria como partida indemnizable tras el incumplimiento del contrato.

Por otro lado, Marín García explica que en el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos en su artículo 164, sin permitir un amplio margen de actuación, reconoce limitadamente la reparación del daño moral contractual, presentando tres casos en los que tal daño es resarcible:

“(i) grave perturbación psíquica de los sentimientos de afección, provocado por lesiones físicas o por atentados al patrimonio cultural, incluso de una persona

jurídica, o a la memoria de un cónyuge difunto; (ii) padecimientos psíquicos que condicionan sufrimientos corporales; y (iii) daños a la salud y en los demás casos indicados por las disposiciones aplicables” (Gómez Pomar & Marín García, 2017b, p. 212).

En consecuencia, en la actualidad, uno de los supuestos aceptados por la jurisprudencia de varios países europeos, en donde el daño moral contractual ha encontrado lugar, es en relación al incumplimiento de los contratos de prestación de servicios funerarios. Tal es el caso de una condena por daño moral por parte del Tribunal Supremo español a una sociedad que administraba el cementerio de Málaga la cual, por negligencia de uno de sus trabajadores, vació el nicho en el que se hallaban los restos del cónyuge de la demandante y los depositó en una fosa común. En este caso el Tribunal indemnizó a la viuda el grave daño moral al que se había visto expuesta, el que cual significaba la pérdida irreversible de los restos de su esposo, concluyendo que había afectado a los sentimientos y creencias de la actora (Páez Salgado, 2015b, p. 61).

De esta forma se comprende que la figura de daño moral contractual ha ido evolucionando desde:

1) ser considerada una excepción a la regla en el régimen de daños, después; 2) la presencia de las primeras sentencias que erróneamente declaraban su existencia, confundiendo el ámbito extracontractual con el contractual, utilizando incluso el daño moral contractual para evitar una difícil cuantificación del lucro cesante; de lo cual se observó que su factibilidad se fundamentaba en criterios jurisprudenciales favorables; 3) empezando a desarrollarse legislativamente a través de la unificación de cuerpos normativos europeos que marcarían el estándar de aceptación del daño moral contractual en los distintos ordenamientos jurídicos; 4) hasta nuestros días en los que las legislaciones se dividen entre una noción restrictiva o amplia del daño moral contractual, obligando a las resoluciones judiciales dar luces en relación a qué incumplimientos contractuales son susceptibles de producir daño moral, debido a que en el ámbito contractual se producen situaciones distintas, en las que influyen factores como la previsibilidad y los riesgos entre otros, que le brindan un carácter peculiar al daño moral, a diferencia del ámbito extracontractual, no se

puede afirmar a prima facie que se trata de un daño moral y no otra figura del derecho de daños, como los daños y perjuicios.

1.3.3. Justificación y fundamentos del daño moral contractual

El daño moral contractual se justifica y fundamenta principalmente en la evolución en el derecho de daños, que amplía su radio de acción enfocándose en el daño mismo, buscando su reparación, por tanto, la fuente del cual provenga se traslada a un segundo lugar en su análisis.

Así lo revela Vázquez Ferreira, cuando manifiesta su posición sobre el derecho de daños:

“(…) este nuevo sector de la ciencia jurídica tiene su epicentro en el daño, a partir del cual comenzará la investigación de la relación causal, se preguntará si es justo que la víctima soporte ese daño, cuál es el origen de ese daño, si importa la transgresión de la ley, o de un contrato o de cualquier otra norma jurídica, o incluso si es el resultado de una conducta lícita, para finalmente, y ya en el terreno del fundamento del deber de reparar, preguntarnos si es o no justificado y, en su caso, a quién atribuir la carga de indemnizar el perjuicio” (Barragán Romero, 2008c, p. 30).

De igual forma cabe señalar que toda víctima de un daño siempre tiene derecho a a la reparación. Este principio está presente en la teoría de la responsabilidad civil desde sus orígenes y como tal no admite distinciones como la transgresión de un contrato u obligación preexistente o la violación de deberes emanados de otras fuentes (Samper, 1983b, p. 60).

Paralelo a lo expuesto, Ángel Carrasco Perera señala las funciones alternativas que en Derecho español el daño moral contractual cumple:

“En primer lugar, el daño moral contractual evita la impunidad del incumplimiento cuando los costes de determinación del daño real sufrido son muy elevados; en segundo lugar, desempeña funciones punitivas para sancionar a un contratante por su conducta abusiva o extremadamente desconsiderada; en tercer lugar, este autor atribuye al daño moral contractual la misma función que tienen los «daños puramente nominales» en otros sistemas jurídicos, los cuales son concedidos cuando no ha sido probado daño alguno a consecuencia del incumplimiento; y, por último, el daño moral contractual es el instrumento que nuestros tribunales utilizan para el resarcimiento del daño derivado por la pérdida de oportunidades” (Gómez Pomar & Marín García, 2017c, p. 206).

En consecuencia, el daño moral contractual no es más que el resultado de la evolución en el derecho de daños, que busca satisfacer los constantes requerimientos de la sociedad, en este caso, esencialmente el derecho a obtener una reparación independientemente de la fuente que produjo el daño.

Lo que coincide con la aplicación de principios contractuales, como el cumplimiento de buena fe, que obliga no solo a lo expresamente estipulado sino a las obligaciones derivadas del cumplimiento del contrato o una vez producido su incumplimiento, la reparación a la que está llamado la Parte que incumplió.

En contraposición al criterio que niega la aplicación del daño moral contractual debido a que las prestaciones a las que hace referencia el contrato son de índole pecuniario y por tanto no son susceptibles de causar daños morales al momento de producirse el incumplimiento.

Sin embargo, la figura de daño moral contractual se ratifica en el fundamento que comparte con la tendencia actual del derecho de daños respecto a la reparación del daño, manifestando la necesidad de contemplar y resarcir el daño con independencia de la fuente de la cual provenga.

1.3.4. Características del daño moral contractual

Las características del daño moral contractual son esencialmente las mencionadas en el daño moral, no obstante, múltiples criterios doctrinales, así como jurisprudenciales de distintos ordenamientos jurídicos, señalan como característica especial, la naturaleza del contrato infringido.

Es decir, hacen referencia a que cuando se trata de daño moral derivado del incumplimiento contractual, uno de los factores que caracteriza su factibilidad, es que provenga de un contrato cuyas obligaciones sean idóneas para ocasionar un daño moral tras su incumplimiento.

Lo que no debe entenderse como la ausencia de contraprestaciones pecuniarias, por el contrario, inmerso en los fines patrimoniales que comprende el contrato, se hallan intereses no patrimoniales, como se puede observar en el contrato de servicios funerarios o turísticos, así como el contrato de un fotógrafo que no acude a una boda para tomar las respectivas fotos, entre otros casos, caracterizados por ser contratos que buscan una comodidad para el contratante, ocasionando más que un simple malestar por el incumplimiento, afectando directamente al bienestar de la otra parte.

Ahora bien, esa es una de las características esenciales del daño moral contractual, sin embargo, al encontrarse en construcción la figura jurídica, cabe dejar abierta la posibilidad de considerar otro tipo de contratos cuyo incumplimiento puede ocasionar daño moral.

1.3.5. Particularidades jurídicas en el daño moral contractual

Una de las particularidades jurídicas del daño moral contractual se remite al tratamiento que esta figura recibe por parte de los jueces como administradores de justicia, quienes de acuerdo a los comentarios de juristas como Mosset Iturraspe y Miguel Piedecabras en el caso de Argentina y conforme se ha evidenciado en sentencias recogidas de otros ordenamientos, exigen una prueba contundente del daño, una prueba concreta, debido a que afectan a intereses privados, a diferencia de la responsabilidad extracontractual.

Lo que se relaciona a su vez, con el carácter restrictivo del contrato, es decir, al provenir de un incumplimiento contractual, está supeditado a una mayor rigurosidad en la evaluación de la

prueba, condicionado a los elementos propios de la relación contractual que afectarían a la factibilidad del daño moral, como lo son la previsibilidad, los riesgos, los intereses patrimoniales inmersos en el contrato y el mismo acuerdo de voluntades.

De forma adicional cabe mencionar, el daño moral contractual en el Ecuador, no ha sido reconocido expresamente en el Código Civil, sin embargo, no hay indicios para negar su imposibilidad en el contexto ecuatoriano, mientras que en otros países, como el ejemplo señalado de Argentina, se ha establecido en su normativa de forma expresa, con la particularidad de tener un carácter facultativo para los jueces, la determinación del daño moral en el ámbito contractual, es decir, la reparación puede o no ser concedida por el operador de justicia, quedando en su arbitrio la valoración de las circunstancias (Mosset Iturraspe y Piedecabras, 2007, p. 56).

Por lo tanto, se puede colegir que esta figura jurídica por su especial afectación y el contexto en el que se produce, en este caso incumplimiento de una obligación contractual, requiere de mayor exigencia probatoria, considerando incluso que los incumplimientos contractuales en la tradición civil se han visto tutelados mediante la acción de daños y perjuicios, por lo que corresponde un mayor análisis para diferenciar la naturaleza distinta del daño moral y su independencia de otros daños.

Capítulo II

Desarrollo del Daño Moral contractual en el Derecho comparado y su relación con el sistema normativo ecuatoriano

2.1. Análisis de las primeras sentencias en América Latina que declararon el daño moral derivado del incumplimiento contractual

En el segundo capítulo, el análisis de la figura del daño moral se realiza a través del derecho comparado, observando las particularidades que le han sido dadas en los distintos ordenamientos jurídicos extranjeros mediante las primeras sentencias que admitían el daño moral en sede contractual y la normativa actual, al mismo tiempo que se realiza una comparación con el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Así, en primer lugar, corresponde mencionar a Argentina.

2.1.1. Sentencias provenientes de Argentina

La legislación argentina acepta el daño moral contractual, pero le otorga un tratamiento restrictivo; su jurisprudencia así lo manifiesta.

Primero cabe mencionar la sentencia de 27 de marzo de 2001, pronunciada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, proceso en el cual los actores Kobelinsky, Federico Samuel y otro, demandaron los perjuicios patrimoniales y morales al Banco Mercantil Argentino, con relación a los siguientes hechos y alegaciones:

“Los actores de autos reclamaron la indemnización de los daños patrimoniales y moral que dijeron sufridos por consecuencia del robo de ciertos bienes que tenían guardados en una caja de seguridad locada al Banco Mercantil Argentino; dirigieron su acción contra la mencionada entidad bancaria, a quien reprocharon incumplimiento de su obligación de custodia” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Expediente 49877/95, 2001a).

En primera instancia se aceptó parcialmente la demanda por montos menores a los pretendidos y con excepción de los daños morales, fundamentándose en que, en principio, el incumplimiento de un contrato mercantil no ocasiona responsabilidad por ese concepto, con especial énfasis en que el incumplimiento fue por acciones delictuales de terceros ajenos a las partes contratantes. Lo que motivó a la apelación tanto de los actores como del demandado, siendo una de las alegaciones del Banco Mercantil Argentino, la aplicación de la cláusula 12ma. del contrato, la cual indicaba que el locador de la caja sólo garantiza: “(...) la integridad exterior de ella y no responde de los efectos que en ella fueran depositados [sic, depositados, con obvia referencia al depósito...], pues es de exclusiva cuenta del locatario su conservación, retiro y cuidado” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Expediente 49877/95, 2001b).

No obstante, la mencionada cláusula en procesos similares contra el Banco fue declarada inválida, aunque en el proceso actual no se haya declarado formalmente, no era posible reconocer su aplicación, al punto de significar un absurdo jurídico garantizar la integridad exterior pero no el contenido de la caja, siendo en definitiva una garantía sin objeto, alegación desestimada por la Corte, igual que la moción de prejudicialidad en virtud de existir un proceso penal paralelo al civil, en contra de los terceros presuntos delincuentes.

Por lo tanto, en la segunda instancia se rechazó la apelación del demandado y se acogió parcialmente la apelación de los actores con relación a la indemnización de daño moral contractual denegado en la primera instancia.

En dicha sentencia la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial manifestó respecto al daño moral contractual:

“(...) tanto un delito o cuasidelito, cuanto un incumplimiento contractual, pueden generar daños patrimoniales y moral en la víctima o en el contratante insatisfecho.

La diferencia radica, en mi entender, en lo siguiente: a) en los delitos y cuasidelitos—o en la mayoría de ellos, cuanto menos— el daño moral se presenta como evidente y, por tanto, exento de prueba; así, es del todo evidente que la pérdida de un hijo en

un accidente de tránsito daña moralmente a sus padres; b) en el incumplimiento contractual, el daño moral no se presenta de igual modo evidente, de modo que el contratante ofendido por el incumplimiento deberá invocar y probar la existencia de ese daño.

(Pese a lo dicho arriba, comento entre paréntesis que en el particular caso del contrato de caja de seguridad, en tanto es obvia la especial confianza que pone el cliente en la segura custodia del banco, podría quizá sostenerse que la grave falta cometida contra esa confianza -falta constituida por no adoptar las medidas suficientes y necesarias para impedir el robo- generaría un daño moral evidente, puesto que lo agredido no es sólo el patrimonio del cliente sino aquella especial confianza puesta por éste en la seguridad que, aparentemente, ofrece el locador de esas cajas; empero, no desarrollaré aquí este argumento ni lo aplicaré, por no ser necesario, según se verá). En otro orden de cosas, no es exacto que el incumplimiento del Banco haya sido provocado por terceros delincuentes ajenos al contrato de autos: el incumplimiento se produjo por la culpa del demandado, quien no adoptó las suficientes y necesarias medidas de seguridad para prevenir y evitar un previsible y evitable suceso como el ocurrido” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Expediente 49877/95, 2001c).

De tal forma que, el criterio del juez de alzada es favorable a la indemnización del daño moral contractual mencionando elementos importantes para el desarrollo de esta figura jurídica, así entre los que se puede destacar, se halla la existencia del daño moral, diferenciando que en la generalidad de los casos al proceder de un delito o cuasidelito, es más evidente a los sentidos, como sucede con los daños morales de la víctima de un accidente ocasionado por la culpa de otro conductor, supuesto en el que no queda lugar a duda las altas posibilidades de un daño moral,

mientras que en el plano contractual no resulta tan evidente, lo que lleva a una rigurosidad en su prueba.

En el caso en cuestión, el juez que redacta la sentencia utiliza los testimonios como medio probatorio, los cuales señalan:

“Después del robo cayeron [los actores] en una depresión muy profunda, como no tener ganas de salir no podían hacer ningún viaje por motivos económicos. (...) Luego del robo [la coactora] no usaba más sus joyas y eso la ponía muy mal. Asimismo, esto influyó en las amistades porque la actora no quería salir, ni tampoco a comer afuera atento que antes iba siempre” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Expediente 49877/95, 2001d).

Medio probatorio que le permite a los magistrados encargados del proceso obtener el convencimiento suficiente con relación a la existencia del daño moral y por tanto ordenar su reparación. Mientras que, otra de las particularidades del caso y también un factor decisivo para declarar la indemnización, se trata el deber de seguridad y la confianza depositada en el demandado para la protección de los objetos que se hallaban en la caja de seguridad, confianza que se vio quebrantada cuando el Banco no prestó suficiente seguridad para evitar el robo, por lo que, a criterio del juzgador, se puede observar en este incumplimiento tanto el daño patrimonial como el moral.

Constituyendo uno de los primeros razonamientos a favor de la indemnización del daño moral en sede contractual que ayudó a desarrollar el contenido de la figura jurídica.

En segundo lugar, cabe mencionar la sentencia de 29 de septiembre de 2005, en el proceso de IPH S.A., Juan José Percossi y Nelly Dora Murchio contra Bankboston National Association, donde los actores demandaron el incumplimiento de los contratos bancarios que mantenían con la

parte demandada, exigiendo la indemnización patrimonial y el daño moral correspondiente, con relación a los siguientes hechos:

- a) La sociedad actora es titular de la cuenta corriente 041-3121/01 y las personas físicas son co-titulares de la cuenta corriente 494/0249/0.
- b) Por un error, se cerró la cuenta de la empresa en lugar de la cuenta personal de un empleado de la sociedad actora.
- c) El 25/11/98 fue rechazado un cheque por "cuenta cerrada", y ante la falta de pago de la multa, se informó al B.C.R.A. la inhabilitación tanto de la empresa como de su presidente Percossi.
- d) Con fecha 28/12/98 IPH S.A. promovió acción contra la demandada en los términos del art. 62 de la ley 24.452, solicitando la revocación de una multa por \$100, se ordene la reapertura de la cuenta corriente bancaria, la comunicación al B.C.R.A. de tal medida y la inmediata baja de las eventuales inclusiones de IPH S.A. en registros públicos o privados en los que se hubiera registrado que su parte hubiera librado un cheque con cuenta cerrada.
- e) El 8/1/99 la entidad reabre la cuenta.
- f) El 5/4/99 el Bankboston entregó notas para proveedores y clientes de la actora dando cuenta que la circunstancia apuntada obedeció a un error.
- g) Dos cheques de fecha 6/4/99 y 27/4/99, de la cuenta personal de los co-actores fueron rechazados por "suspensión del servicio de pago".
- h) Con fecha 28/4/99, la accionada contesta demanda en la causa supra indicada, allanándose incondicionalmente al reclamo de la actora.

- i) El 8/10/99 se dictó sentencia en el expediente sobre recurso ley 24.452, ordenando que se notifique al B.C.R.A. para que deje sin efecto la inhabilitación, y que se expida certificado para ser presentado ante las entidades que hubieran emitido informes respecto de la inhabilitación de IPH” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Expediente Id SAIJ: FA05983128, 2005a).

En primera instancia se aceptó la demanda parcialmente, con relación a la sociedad se admitió el reclamo como pérdida parcial de imagen y pérdida de chance crediticio y con relación a las personas naturales, el juez de primer grado dio lugar a la indemnización por daño moral, fijando la mora al día de la demanda y costas a la demandada. Lo que motivó la apelación de los actores respecto a la cuantificación y la apelación de la parte demandada que alegó con relación a la sociedad, que esta no ha probado el daño patrimonial, pero de admitirse nuevamente la cuantificación no puede ser de tal valor en tanto uno de sus reclamos era el daño moral que ha sido desestimado, por lo que la indemnización no puede considerarlo para su cuantificación. Mientras que, con relación a las personas físicas, el Banco señala que no han probado el daño moral y en materia contractual este es de admisión estricta, por lo que debe revocarse la sentencia de primer grado.

Ante lo cual la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial sostuvo:

“En cuanto a Percossi, estimo que la sola circunstancia de haber sido erróneamente incluido en el listado de deudores del Veraz (cfr. apartado 5to.), constituye un perjuicio que debe ser reparado, ya que no existía causa alguna para proceder de tal manera. Juzgo entonces que esta situación le produjo aflicciones en sus sentimientos espirituales, tranquilidad anímica; además de las posibles consecuencias sociales y profesionales de tener que dar explicaciones sobre su solvencia crediticia a proveedores y clientes.

Con relación a Murchio, el rechazo del cheque librado por ella para el pago de la escuela sin duda repercutió desfavorablemente en su ánimo y tranquilidad.

Empero, la prueba producida por los pretensores impide elevar el monto fijado por el sentenciante. Destaco como factores adicionales ponderados que: (a) no existen otros medios de convicción que permitan otorgar mayor extensión al resarcimiento (vgr. pericial psicológica); (b) que los co-actores Percossi y Murchio no registran antecedentes en la base de datos de Fidelitas; y (c) que no fue probado que el débito automático rechazado por Visa S.A. en mayo de 1999, informado por Sarthou Guardería Náutica, tenga relación con la errónea calificación que tuvo el Sr. Percossi.

Por el contrario, considero que el monto otorgado a la Sra. Murchio debe reducirse, ello así, teniendo en cuenta las consideraciones mencionadas en el párrafo anterior y principalmente porque no fue inhabilitada en la base de datos del B.C.R.A., siendo la única causa de sus afecciones el rechazo del cheque para el pago del colegio en la cuenta corriente que era co-titular junto a su esposo.

En suma, estimo prudente mantener el monto fijado por el a quo con relación al Sr. Percossi y reducir la indemnización por daño moral para la Sra. Murchio en la suma de pesos cinco mil (\$5000) -art. 165, Cód. Procesal-” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Expediente Id SAIJ: FA05983128, 2005b).

Criterio que revela el carácter restrictivo en la admisión del daño moral en sede contractual, al punto que el juez de alzada consideró necesario disminuir la indemnización otorgada a uno de los co-actores por dicho concepto, en tanto no ha sido demostrado fehacientemente el daño moral

respecto a la Sra. Murchio. Contrario a su esposo el Sr. Percossi, a quien se ratificó la indemnización con la moderación correspondiente para la cuantificación, siendo esta moderación el mismo motivo por el que el juzgador no consideró pertinente elevar tal cantidad, ya que no demostró otras repercusiones del daño moral, como el aspecto psicológico a través de un informe pericial u otro medio probatorio en el que resulte más evidente, enmarcándose por tanto, en el carácter restrictivo que la jurisprudencia argentina empezó a trazar años atrás con relación al daño moral en materia contractual.

En tercer lugar, para continuar con el análisis de la jurisprudencia argentina con relación al daño moral contractual corresponde mencionar el fallo de 29 de mayo de 2007, en el que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, resolvió el proceso en el cual la actora Beatriz Olga Miño demandó a la Caja de Seguros Vida S.A. exigiendo el cumplimiento del contrato y la indemnización correspondiente incluyendo la reparación del daño moral, con relación a los siguientes hechos y alegaciones:

“La actora dijo ser beneficiaria de un seguro de vida colectivo contratado con la demandada y haberse encontrado afectada de incapacidad absoluta y permanente, riesgo que estaría cubierto por la póliza pactada. Reclamó el cumplimiento del contrato y el pago de la indemnización correspondiente, fundando su reclamo en la circunstancia de haber mediado aceptación tácita del siniestro” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Expediente Id SAIJ: FA07973530, 2007a).

En primera instancia se aceptó la demanda, ordenando el cumplimiento del contrato y la indemnización por daño moral, lo que motivó la apelación de la parte demandada, alegando que no se ha demostrado la incapacidad por la parte actora, requisito esencial para la indemnización, así como la objeción a la indemnización por daño moral.

Ante esta última alegación la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial sostuvo:

“En lo relativo al agravio por la indemnización por daño moral cabe señalar, ante todo, el carácter restrictivo que la jurisprudencia asigna a la reparación de esta clase de daño en materia contractual, criterio que tiende esencialmente a excluir de este ámbito las pretensiones insustanciales, basadas en las simples molestias que pueda ocasionar el incumplimiento del contrato (conf. Guillermo A. Borda, "La reforma de 1968 al Código Civil" p. 203; Ed. Perrot, Buenos Aires 1971). Sin embargo, esa razonable restricción no puede erigirse en un obstáculo insalvable para el reconocimiento del agravio moral cuando el reclamo tiene visos de seriedad suficientes y encuentra base sólida en los antecedentes de la causa (ver Sala C in re "Giorgetti, Héctor R. y otro c/ Georgalos Hnos. S.A.I.C.A s/ ordinario del 30.6.93 -La Ley, 1994-D, 113-).

En el caso encuentro admisible la solicitud de un resarcimiento por daño moral toda vez que en el sub-lite no se trata de un incumplimiento contractual que repercute exclusivamente en la esfera patrimonial, sino que se hubo proyectado en la atención de la salud de la actora, postergada por dicho incumplimiento (ver testimonios de fs. 422 y 423), lo que configura una lesión a los sentimientos o a las afecciones legítimas de aquélla, vale decir, el agravio moral a que se refiere el art. 522 del Código Civil” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Expediente Id SAIJ: FA07973530, 2007b).

En consecuencia, el tribunal fundamentándose en la falta de atención que se le negó a la actora en virtud del incumplimiento contractual, afectando a su salud, así como la consideración de que no se trata de una simple molestia derivada del incumplimiento y en definitiva, las

afectaciones que no se limitaron a la esfera patrimonial de la actora, desestima la apelación presentada por la demandada y ratifica la sentencia de instancia inferior en lo que se refiere a la indemnización por daño moral contractual, cuidando de no alejarse del el tratamiento restrictivo que se le otorga a esta figura jurídica al proceder de materia contractual, puesto que no toda molestia causada por el incumplimiento de un contrato puede llegar a considerarse daño moral, lo que a su vez repercute en la prueba de este. Es decir, la declaración de daño moral en materia contractual está ligada a una mayor exigencia probatoria para obtener el convencimiento del juez, quien en cada caso en particular deberá analizar si en efecto las pruebas del incumplimiento del contrato son suficientes para demostrar que, en virtud de este, se ha producido un daño moral, debido a que las simples molestias no bastan para alegar la presencia de la figura jurídica. No obstante, la Corte muy acertadamente comenta que el tratamiento restrictivo del daño moral en sede contractual no debe significar un obstáculo para su reconocimiento cuando efectivamente se ha acreditado su existencia y, por ende, la obligación de reparar, lo que ha sucedido en el caso en cuestión según el criterio de los jueces, quienes ratificaron la sentencia de primer grado.

En definitiva, la jurisprudencia argentina se ha permitido desarrollar la figura del daño moral en materia contractual con las particularidades del caso, a través del criterio de los juzgadores que, con los fundamentos necesarios señalan por qué corresponde declarar la indemnización por daño moral en virtud de un incumplimiento contractual, tales argumentos se remiten a su vez a la normativa vigente a la época en la que se dictaron las sentencias.

En primer lugar, el Código Civil de Argentina disponía en su reforma del año 1968, en el artículo 1078, la obligación de resarcir el daño causado por actos ilícitos, que comprende la reparación del agravio moral. Lo que hizo factible considerar al daño moral dentro de la esfera de los daños resarcibles. En segundo lugar, mediante la Ley 17.711 se dispuso en el artículo 522, la facultad que tenía el juez para condenar al o los responsables a la reparación de la afectación moral que hubiere causado, considerando las circunstancias y origen del daño. Siendo esta la disposición que contribuyó en mayor medida a la construcción jurisprudencial de Argentina, ya que se les otorgó a los jueces la facultad para declarar la indemnización del daño moral conforme a las circunstancias y origen del daño, permitiendo la interpretación de que el daño moral puede provenir de diversas fuentes, entre ellas el contrato, en virtud de su incumplimiento. Incluso, da la pauta para el tratamiento restrictivo con el cual ha sido calificada la figura jurídica en el contexto

argentino, debido a que la facultad del juez para otorgar el daño moral está limitada a las circunstancias y origen del daño. Por tal motivo, los jueces han desarrollado una línea jurisprudencial en donde se presta especial atención a las circunstancias del contrato, de los elementos de este y al incumplimiento contractual como su origen, cuya afectación también está limitada a determinados elementos, que impiden que cualquier molestia provocada por el incumplimiento sea considerado daño moral.

Adicionalmente a lo dispuesto por la normativa, los jueces argentinos han desarrollado características propias del daño moral contractual que se pueden colegir de las sentencias mencionadas, estas son:

1. Distinción entre el daño moral proveniente de un delito o cuasidelito y del proveniente del incumplimiento contractual: Se puede observar en la primera sentencia cómo el juez hace una analogía del evidente daño moral hacia las víctimas de un accidente de tránsito, mientras que no resulta tan evidente el daño moral cuando este proviene del incumplimiento contractual. Comparación en la que se puede abstraer el adjetivo de “evidente”. Lo que a su vez nos dirige a la rigurosidad de la prueba que se exige en el segundo supuesto, a diferencia del primero, debido a que en el segundo se requiere una serie de pruebas para llegar al convencimiento, ya que no resulta evidente. Lo que no se requiere en los supuestos de ilícitos como los delitos o cuasidelitos, donde se muestra con mayor claridad el daño.
2. Afectación a intereses extrapatrimoniales: Con relación al primer punto, las tres sentencias revelan que los jueces otorgaron el daño moral contractual, justificados en la afectación de intereses extrapatrimoniales como la seguridad, la confianza y salud, los cuales eran parte del contrato por su naturaleza, el fin que perseguían. De ahí que, a pesar de tratarse de un incumplimiento contractual también resultaba claro que la afectación de estos intereses podía ocasionar un agravio moral. Sin que ello signifique flexibilidad probatoria, por el contrario, la rigurosidad de la prueba es un elemento que se mantiene en todas las sentencias analizadas y contribuye en gran medida para establecer el adjetivo de restrictivo al tratamiento que se le brinda al daño moral en el ordenamiento jurídico argentino.

3. Daño previsible: Esta característica está vinculada a los elementos propios del contrato; la previsibilidad es uno de los factores que se consideran para determinar la responsabilidad, así en las sentencias analizadas se menciona que, por el objeto del contrato, era previsible que la actuación de los demandados o su falta de actuación constituirían un escenario idóneo para ocasionar un daño.

En conclusión, estas características, que no son las únicas, permiten obtener a breves rasgos una noción del tratamiento que se le otorga al daño moral contractual en el ordenamiento jurídico argentino, con especial énfasis en su jurisprudencia, debido a que la normativa se tratará con mayor profundidad más adelante.

Así, a pesar de que las disposiciones que motivaron e hicieron factible jurídicamente las sentencias analizadas se reformaron en el Código Civil y Comercial de la Nación, las directrices normativas siguen siendo las mismas, al igual que la línea jurisprudencial establecida, la cual arroja como resultado que: Los tribunales de justicia de Argentina admiten el daño moral en sede contractual en un contexto restrictivo; no obstante, se guían por la premisa de considerar que no se debe obstruir la declaración y reparación del daño moral derivado del incumplimiento contractual, cuando a criterio del juzgador la alegación tiene base sólidas y los antecedentes del caso permiten alcanzar la convicción suficiente.

2.1.2. Sentencias provenientes de Colombia

Una vez realizado un breve análisis de las primeras sentencias que contribuyeron a desarrollar el precedente jurisprudencial de Argentina con relación a la figura del daño moral en sede contractual, continuamos con otro de los países de la región que ha considerado tanto en su normativa como a través de sus fallos judiciales, la factibilidad jurídica de admitir la mencionada figura.

Así, corresponde empezar indicando que Colombia admite el daño moral en sede contractual a partir de la admisión expresa en el contrato de transporte, adaptando la figura a otros tipos contractuales.

Esta afirmación tiene sustento en la posición favorable de la Corte Suprema de Justicia de Colombia para admitir la indemnización de los perjuicios morales ocasionados por el

incumplimiento contractual incluso cuando su normativa no ha tratado a profundidad el daño moral contractual, a diferencia de Argentina que sí lo ha hecho.

No obstante, Colombia recopila una interesante serie de sentencias que dieron la pauta para el desarrollo jurisprudencial de la figura jurídica. En primer lugar, se halla el fallo del 8 de mayo de 1990, en el proceso de la actora Flor Alba Medina y la parte demandada, el médico Arció Peñalosa Rosas y la Sociedad de cirugía de Bogotá - Hospital San José, contra quienes se reclamó como pretensión principal la indemnización de los perjuicios morales por el incumplimiento del contrato de servicios médicos y el de servicios hospitalarios y de forma subsidiaria se demandó la responsabilidad extracontractual por los servicios médicos, con relación a los siguientes hechos:

- a) “El señor Carlos Eduardo Sanabria Medina acude al Hospital San José de Bogotá para practicarse una endoscopia en el marco de un contrato de servicios hospitalarios, operación quirúrgica que fue llevada a cabo por el médico Arció Peñalosa Rosas, bajo un contrato de prestación de servicios médicos.
- b) En dicha operación quirúrgica se produjo el rompimiento del esófago, que fue corregido en una segunda intervención.
- c) Posteriormente el señor Carlos Eduardo Sanabria Medina falleció a consecuencia de un edema cerebral y la hipoxia que derivó en un paro cardio-respiratorio.
- d) Ante esta situación, la madre del señor Carlos Eduardo Sanabria Medina demandó los perjuicios por el incumplimiento del contrato de prestación de servicios médicos y del contrato de servicios hospitalarios que ocasionaron el fallecimiento de su hijo”
(Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, ID 15039, 1990a).

En primera instancia se exoneró al médico Arció Peñalosa Rosas de responsabilidad en relación con el incumplimiento del contrato de servicios médicos, mientras que se declaró el incumplimiento del contrato a la Sociedad de Cirugía de Bogotá - Hospital San José y se ordenó

la reparación de daños morales. En la segunda instancia la sentencia apelada condenó al médico por el incumplimiento del contrato de prestación de servicios médicos fundamentada en una correcta interpretación del examen médico-legal y en el criterio de que la obligación del médico se trataba de una obligación de resultado, cuando en realidad se trataba de una obligación de medios, motivo por el cual los demandados presentaron recurso de casación ante la Corte Suprema, que casó parcialmente la sentencia recurrida reafirmando la exoneración del médico establecida en la primera instancia y ordenando una diferente cuantía de los daños morales que debía indemnizar la Sociedad de cirugía de Bogotá-Hospital San José a la parte actora, expresando lo siguiente:

“(...) la fijación de la cuantía de los perjuicios morales, dada su índole, queda al prudente arbitrio del juzgador *arbitrium judicis* sin que sea dable acudir, por el resultado de la responsabilidad civil, al artículo 106 del C.P. En efecto, en fallo de 2 de julio de 1987, sostuvo esta Corporación: "La Corte, entonces, para la satisfacción del daño moral, no proveniente de infracción de la ley penal o de casos expresamente considerados en el Código de Comercio o en otras leyes, reafirma su tesis de que para regular el monto de cualquier perjuicio moral subjetivo, los jueces no están ligados por lo que disponía el artículo del C. Penal, ni por lo que ahora dispone en sus artículos 106 y 107; el monto de ese daño moral, por ser inconmensurable, no puede ser materia de regulación pericial, sino del *arbitrium judicis*" [CLXXXVI I, pág. 20]. De manera que el ad-quem cometió error jurídico cuando aplicó el varias veces citado artículo 106 del C.P. que no está llamado a gobernar lo relativo a los perjuicios morales como efectos del incumplimiento de obligaciones privadas, lo que conduce al quiebre de la sentencia en ese aspecto y a pronunciar la correspondiente sentencia sustitutiva” (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, ID 15039, 1990b).

De este criterio se desprenden importantes elementos:

- a) El Tribunal de la Corte Suprema de Justicia cita un criterio jurisprudencial que señala que en los supuestos en los que el daño moral no proceda de la infracción penal o los casos previstos en el Código de Comercio, entre otras leyes, los jueces no están ligados a la normativa penal para regular el monto de la indemnización, sino que se aplicará el arbitrio de los jueces.
- b) Motivo por el cual el Tribunal sustituye parcialmente la sentencia, motivándola en la facultad de arbitrio de los jueces, facultad que deben ejercer al ordenar la indemnización de los perjuicios morales que devienen del incumplimiento de obligaciones privadas, sin que deban aplicar la normativa penal que se limita a los informes periciales como medio para establecer la cuantía de la indemnización dado la existencia de un delito, como hicieron los jueces de primera y segunda instancia.
- c) En consecuencia, el Tribunal de la Corte Suprema de Justicia establece un tratamiento distinto para calcular la cuantía de la indemnización por daño moral proveniente del incumplimiento de obligaciones privadas, esta diferenciación a su vez permite observar a la figura jurídica desde otra visión, alejándose de la normativa penal y de sus mecanismos de cuantificación, lo que también significó alejarse del criterio tradicional que vinculaba obligatoriamente la noción de daño moral con la existencia de un delito como la única fuente del cual puede proceder. Ya que antes de la reforma del Código de Comercio de 1971 que dispone la reparación del daño moral proveniente del incumplimiento del contrato de transporte, esta figura únicamente tenía regulación a través de la normativa penal.

Consiguientemente, al establecer un tratamiento distinto con relación a la cuantificación de la indemnización, el Tribunal concibe al daño moral con independencia de la normativa penal y acepta tácitamente la factibilidad para demandar daño moral proveniente de un incumplimiento contractual que no se enmarca expresamente en el supuesto contenido en el Código de Comercio.

Mientras que, ante el obstáculo de aparente indebida acumulación de pretensiones por un lado de carácter extracontractual y por el otro, contractual, la Corte respondió que este se vio subsanado por la parte actora cuando precisó que reclamaba el incumplimiento contractual y subsidiariamente un reclamo extracontractual, por lo que el fallo responde a lo solicitado, como menciona el propio tribunal:

“Las peticiones principales van encaminadas a obtener la indemnización debido al incumplimiento de dos contratos que como ya se ha venido diciendo el uno de prestación de servicios médicos con el Arcio Peñalosa. Rosas y el otro de prestación de servicios hospitalarios con la sociedad demandada” (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, ID 15039, 1990c).

En definitiva, la Corte Suprema de Justicia mediante su pronunciamiento brinda una serie de elementos para el desarrollo jurisprudencial del daño moral contractual como: dejar de aplicar la normativa penal con relación al daño moral en los supuestos que no se remiten a la existencia de un delito, considerar el *arbitrium iudicis* para calcular la cuantificación del daño moral proveniente del incumplimiento de obligaciones privadas y la admisibilidad de esta figura en supuestos contractuales distintos al contrato de transporte, cuya regulación se remite al artículo 1006 del Código de Comercio de 1971 en el que de forma expresa se dispone la indemnización de daños morales que pudieran provenir del incumplimiento de este contrato. Norma que, si bien no ha sido mencionada directamente en la sentencia, el fundamento de esta sí se ha hecho presente al ordenar la reparación de los perjuicios morales derivados del incumplimiento del contrato de servicios hospitalarios.

Un segundo precedente es el fallo del 12 de julio de 1994, en el proceso del actor Gregorio Martínez contra el Instituto Neurológico de Colombia, a quién se le reclamó los daños materiales y morales derivados del incumplimiento del contrato de prestación de servicios médicos, con relación a los siguientes hechos:

- a) “El señor Gregorio Martínez acudió al Instituto Neurológico de Colombia para tratarse por una alteración mental.
- b) Sin embargo, el demandante sufrió una poliradiculoneuropatía que le ocasionó un grave deterioro en su capacidad personal y laboral en virtud del diagnóstico y tratamiento errado impartido por la Fundación Instituto Neurológico de Colombia.
- c) Motivo por el cual el señor Gregorio Martínez demandó al Instituto el reparo de los perjuicios materiales y morales ocasionados” (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Expediente 3656, 1994a).

En primera instancia se aceptó la demanda con relación a los daños morales, en la segunda instancia la parte actora apeló la sentencia de primer grado al haber denegado el pago de indemnización de los perjuicios materiales que le causó el Instituto Neurológico de Colombia, recurso al cual se adhirió la parte demandada, en relación con la condena de daños morales. Sin embargo, el tribunal de alzada ratificó lo declarado en primera instancia y adicionó la condena por daños materiales, lo que llevó al demandado a presentar el recurso de casación. Posteriormente la Corte Suprema enfocó su análisis en los perjuicios materiales, en tanto los daños morales declarados en sentencia eran de carácter inmodificable, sin ser objeto de controversia ni de beneficio en la casación.

En dicha sentencia la Corte Suprema manifestó:

“(…) siguiendo la doctrina universal en el punto, estima que, por referirse este contrato en su esencia y ejecución a la salud de la persona humana, es posible de manera excepcional [lo que no ocurre generalmente cuando se trata de cosas o bienes] que el incumplimiento del servicio médico profesional sea causa concurrente tanto de los daños materiales mencionados como de daños morales en

el paciente. Como consecuencia del primero se producen de manera autónoma de manera independiente dolores, padecimientos, aflicciones y afectaciones como individuo y ser social, todos ellos constitutivos de lo que se denomina el daño moral, evento en el cual deberá indemnizarse. [...] Añadiendo que, la obligación de indemnizar los perjuicios materiales al actor no podrá exceder de \$20'000.000, suma ésta a la que había sido condenado el Instituto Neurológico de Colombia en el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá (fls. 17 a 25, C-6), casado por la Corte en sentencia del 5 de marzo de 1993 (fls. 17 a 30, cdno. Corte).

Como consecuencia de lo anterior, se impone la revocatoria del fallo apelado para proferir la condena limitada mencionada por perjuicios materiales, reproduciéndose, como arriba quedó expuesto, con la confirmación de la condena por perjuicios morales y demás que había quedado incólume en casación” (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Expediente 3656, 1994b).

Criterio que se suma al ya expuesto en el fallo de 1990 respecto a la admisibilidad de los daños morales en relaciones contractuales como la prestación de servicios médicos, considerando que por su especial naturaleza se trata de un contrato propicio para causar daños tanto de índole material como moral; señalando la diferencia, de si se tratara de un contrato que cuyo objeto sean cosas o bienes, no ocurriría, ordenando por tanto la reparación del daño moral derivado de un incumplimiento contractual.

Los años siguientes la línea jurisprudencial de Colombia siguió el mismo razonamiento, desarrollando aún más la figura del daño moral contractual, un claro ejemplo es el fallo de 15 de octubre de 2004 de la Corte Suprema de Justicia, en el proceso el actor Efraín Araque Bautista, en representación del menor de edad Fabián Alberto Araque Zuta demandó contra el médico

Guillermo Orozco Martínez los perjuicios materiales y morales ocasionados por el incumplimiento del contrato de prestación de servicios médicos, con relación a los siguientes hechos:

- a) “El menor Fabián Alberto Araque Zuta, sufrió una caída motivo por el cual fue llevado por sus progenitores a la consulta del médico Guillermo Orozco Martínez, dos días después del accidente.
- b) El médico le colocó un yeso como tratamiento para la lesión ortopédica que diagnosticó.
- c) Aún en el consultorio, observando que el pie enyesado adquiría un tono oscuro, los padres del niño lo consultaron al médico, quien ordenó a su auxiliar que lo limpiara porque estaba sucio, comentándole a los padres que era una reacción normal.
- d) El menor por los continuos dolores regresó al consultorio del médico el día siguiente, quien, al observar la pierna hinchada y negruzca, excusándose de falta de equipos para tratarlo lo remitió al Hospital Rosario Pumarejo de López.
- e) Sin embargo, los padres lo llevaron a la Clínica del César, donde le remitieron a su vez a la Clínica Valledupar ya que en esta institución el médico tratante era socio.
- f) En la última institución el médico tratante lo remitió nuevamente al Hospital donde les informaron a los padres que era necesario realizar la amputación de la pierna izquierda por presentar gangrena avanzada” (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Expediente 6199, 2004a).

En primera instancia se declaró sin lugar la demanda, en la segunda instancia se confirmó la sentencia, posteriormente la Corte Suprema aceptó el recurso de casación presentado por el actor, valorando la objeción en contra del informe pericial que sufría de un grave error.

En dicha sentencia la Corte Suprema manifestó:

“(…) al no existir duda acerca de la evidente alteración que emocional y psicológicamente padeció y continuará llevando consigo el actor, la corta edad que tenía para cuando soportó los rigores propios de la amputación, la circunstancia de tener que vivir por el resto de sus días con esa discapacidad, se impone reconocer la existencia del perjuicio moral; por ende, siguiendo el principio del arbitrio judicial, para establecer el monto de la indemnización por este concepto estima la Corte que ahora prudencialmente debe señalar la suma de \$15´000.000, la cual, en todo caso no sobrepasa el límite previsto por el actor en su libelo, que lo fue de un mil gramos oro” (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Expediente 6199, 2004b).

Pronunciamiento que, en similitud a los anteriores, reconoce el daño moral derivado del incumplimiento contractual, añadiendo una claridad de conocimientos respecto a la afectación que produce esta clase de daño cuando se refiere a la alteración emocional y psicológica que sufrió el paciente.

En definitiva, las primeras sentencias que declararon el daño moral derivado del incumplimiento contractual en el contexto colombiano permiten abstraer características que reafirman la premisa de que Colombia admite el daño moral en sede contractual a partir de la admisión expresa en el contrato de transporte, adaptando la figura a otros tipos contractuales.

Estas características son las siguientes:

1. Los jueces se guían por el principio de “arbitrium iudicis”: Con relación a la cuantificación de la indemnización y esencialmente, con relación a la valoración de la prueba que conduce al funcionario judicial a convencimiento del efectivo daño moral. Ya que, como se evidenció en la primera y tercera sentencia analizadas, la Corte Suprema de Justicia se

remitió a esta facultad o principio orientador para establecer una cuantía acorde al contexto en el que se produjo el daño, es decir, el incumplimiento contractual. Al igual que hizo referencia al daño psicológico sufrido por el actor en la tercera sentencia, conectándolo con el monto de la indemnización que debía otorgársele. Este principio rector también ha sido utilizado moderadamente, debido a que, como se puede observar en los fallos, contrario a ordenar sumas exorbitantes, se limita a cantidades que no superan lo solicitado y, principalmente a evaluar con mayor detalle la existencia de los perjuicios morales cuando en instancia inferiores no se lo ha declarado. Por lo que obtiene cierta similitud con el sistema jurisprudencial argentino que también se modera en ordenar los daños morales provenientes del incumplimiento contractual.

2. Se considera esencialmente el objeto del contrato: En las tres sentencias analizadas el bien jurídico o interés extrapatrimonial afectado fue la salud, en virtud de aquello los jueces consideraron que se había producido un daño moral. Como manifestó en una de las ocasiones la Corte Suprema de Justicia, por excepción, en virtud de determinados incumplimientos contractuales pueden concurrir daños materiales y morales como es el caso del incumplimiento de un contrato que tiene por objeto la salud, lo que no pasa generalmente cuando trata de cosas o bienes. Criterio que es compartido por la jurisprudencia argentina, que también señala la afectación a intereses extrapatrimoniales para otorgar el daño moral.
3. Los jueces han trasladado los fundamentos de la disposición que permite la indemnización de perjuicios morales en el contexto del contrato de transporte a otros supuestos contractuales: Adicional a las otras características, los jueces parecen haber adecuado la factibilidad para ordenar la reparación del daño moral en otros supuestos contractuales, diferentes al contrato de transporte, que, regulado por el Código de Comercio, sí contempla esta posibilidad de forma expresa. Esta adaptación, sin embargo, no se realiza a la ligera, ya que obedece a las primeras características mencionadas, así, al igual que en contrato de transporte, donde se responde por la seguridad de las personas, incluso por la vida de los pasajeros, lo que se indemniza es la afectación de intereses extrapatrimoniales contenidos en el contrato ya sea por cláusulas convencionales o de la naturaleza.

Finalmente, las particularidades de la jurisprudencia colombiana señaladas a través de las sentencias analizadas no constituyen un obstáculo para la admisibilidad del daño moral contractual, por el contrario, forman parte de los primeros criterios jurisprudenciales que llevaron a la actual admisión de la indemnización de los perjuicios morales en sede contractual.

2.1.3. Sentencias Provenientes de Chile

En tercer lugar, se analiza el sistema jurisprudencial chileno, cuyas particularidades constituyen un referente importante en la región para el desarrollo del daño moral derivado del incumplimiento contractual. El ordenamiento jurídico chileno a diferencia del argentino y colombiano presenta mayores similitudes con el ordenamiento jurídico ecuatoriano, especialmente en el área civil.

Ahora bien, la normativa chilena a criterio de los jueces es lo suficientemente amplia para permitirles a adoptar criterios jurisprudenciales a favor de la admisibilidad del daño moral en sede contractual, por lo que, la premisa con la que se puede caracterizar al sistema jurisprudencial chileno se resume en que al no existir prohibición alguna impuesta por la ley, el daño moral derivado del incumplimiento no está excluido de la indemnización de perjuicios dispuesta en el artículo 1556 del Código Civil de Chile.

Criterio que alcanzó la postura dominante en el sistema jurisprudencial mediante una serie de fallos, entre los que se hallan las sentencias de 1951 y 1954, las cuales sirvieron de contexto para el fallo de 1994 de la Corte Suprema, que marcó el precedente decisivo para la indemnización de esta figura jurídica en el país.

Así, en primer lugar, corresponde mencionar al fallo de 3 de julio de 1951, en el proceso de la actora Olave Violeta y la demandada la Empresa Nacional de Transportes Colectivos S.A., contra quien se reclamó la indemnización de los perjuicios por pérdida de integridad física, por la incapacidad de trabajo y por daño moral, con relación a los siguientes hechos:

- a) “Con fecha 23 de junio de 1946, la demandante sufrió un accidente al bajarse del acoplado de un carro de un tranvía operado por la demandada, el que se puso

en movimiento en el instante en que ella bajaba, arrojándola al suelo y arrastrándola varios metros.

b) Como consecuencia de ello se fracturó su pierna izquierda, la que más adelante debió ser amputada debajo de la rodilla.

c) A la fecha del accidente la actora tenía 25 años y una renta semanal de \$250 y producto del accidente se ha afectado sustancialmente su situación económica” (Salinero, 2013a, p.162).

En primera instancia se aceptó la demanda solo por daños materiales, en la segunda instancia se confirmó la sentencia y se acogió la demanda por daños morales, posteriormente la Corte Suprema rechazó el recurso de casación presentado por el demandado.

En dicha sentencia la Corte Suprema manifestó:

“(…) en el contrato de transporte el porteador responde de la culpa leve y es obligación suya conducir al pasajero hasta el último lugar de su destino con la debida diligencia y cuidado, como lo haría un buen padre de familia, debe concluirse que tanto el daño material como el moral son previsibles, no pudiendo constar esta obligación en el contrato por ser verbal [...] En consecuencia, es inconcuso que siendo indemnizable el daño material ocasionado por el accidente en cuestión, también lo es el moral, naturalmente, del incumplimiento de una obligación emanada de un contrato, cuando se produce por culpa del deudor. Pues la ley positiva no hace sobre el particular ninguna distinción, tanto más cuanto que ambos daños tienen una misma causa” (Ayala, 2013a, p. 55).

De tal forma que el tribunal al momento de adoptar el criterio expuesto en su sentencia consideró los elementos de previsibilidad y la no distinción de la ley respecto a los daños cuando estos provienen de la misma causa, aunque con efectos diferentes. En relación a la previsibilidad, la Corte Suprema parte de que en el contrato de transporte por su propia naturaleza tenía un deber de previsibilidad de los daños morales además de los materiales, mientras subraya por otro lado que al no existir una distinción legal que prohíba la indemnización de daños morales en virtud de un incumplimiento contractual, no hay motivo por no otorgarlos, con la precisión de que el daño moral afecte a su psiquis, exteriorizado en una depresión, en una angustia cortante y permanente, con repercusión en su actividad de trabajo y por tanto en sus facultades económicas (Salinero, 2013b, p.165). De lo cual se colige un condicionamiento hacia el daño moral, en tanto este evidencie una repercusión económica, medio por el cual sería indemnizable; criterio jurisprudencial que no resta importancia al tratarse de una de las primeras sentencias que admite el daño moral derivado del incumplimiento contractual, sin embargo, si produce un punto de reserva para posteriores discusiones sobre la valoración y cuantificación del daño moral, así como su procedencia cuando el daño moral no refleje repercusiones pecuniarias.

Un segundo precedente hace referencia a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia con fecha 14 de abril de 1954, la cual resuelve sobre el incumplimiento de un contrato de transporte, otorgando la indemnización por daño moral contractual reclamada por el actor, fundamentada en la previsibilidad de los daños materiales y morales que tenían las partes contratantes. Adicionalmente, el tribunal considera ilógico que se declare indemnizable únicamente el perjuicio extrapatrimonial exclusivamente cuando procede de un delito o cuasidelito, y negarlo si su fuente es un incumplimiento contractual, si el resultado es el mismo (Ayala, 2013b, p. 56).

No obstante, sin desestimar la importancia del fallo de la Corte, este es objeto de crítica de acuerdo al profesor Tomasello, debido a que existe la confusión de conceptos para declarar indemnizable el daño moral derivado del incumplimiento del contrato de transporte, al considerar que la infracción de la obligación de seguridad constituye tanto un cuasidelito civil como una infracción contractual, criterio que pasa desapercibido en el inciso final del fallo, cuando se consolida la indemnización en razón de la infracción contractual (Ayala, 2013c, p.56).

Posteriormente, y a consecuencia de los discernimientos expuestos en los fallos anteriores, el más alto tribunal de justicia chileno admite una vez más la indemnización del daño moral contractual con fecha 20 de octubre de 1994. En el emblemático caso, la señora María Mouthon demandó daño moral contractual al Banco de Chile, con relación a los siguientes hechos:

- “a) Con fecha 1° de septiembre de 1982, las partes suscribieron un contrato de cuenta corriente.
- b) Entre enero y agosto de 1985 se entregó a Luis Gambini, un tercero, sin relación con las partes, diversos talonarios de cheques correspondientes a la cuenta corriente de la demandada.
- c) Gambini falsificó la firma de la demandante en a lo menos 36 cheques.
- d) Gambini no había sido autorizado por la demandante para retirar talonarios de cheques, salvo que se hiciera contra entrega del correspondiente formulario de solicitud firmado por los titulares, precaución que no fue respetada por el demandado.
- f) La disconformidad entre la firma de la titular y las estampadas en los cheques es notoria.
- g) Gran cantidad de cheques fueron protestados y la demandante debió enfrentarse a varias demandas en su contra debido a los protestos, mientras instituciones financieras se resistieron a otorgarle créditos a causa de informes comerciales negativos” (Salinero, 2013c, p. 175).

En primera instancia se aceptó la demanda, en la segunda instancia se confirmó la sentencia y finalmente la Corte Suprema rechazó el recurso de casación presentado por el demandado. En dicha sentencia la Corte Suprema sostuvo:

“(...) al decir el artículo 1556 que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, no excluye de un modo forzoso la reparación del daño meramente moral, como quiera que no se ha dicho allí que la indemnización sólo comprenda o abarque los señalados rubros, caso en que quedaría marginada cualquiera otra consecuencia lesiva, derivada de un incumplimiento imperfecto de deberes emanados de un contrato [añadiéndose que] menos aún puede sostenerse que la ley haya prohibido este tipo de indemnización, fuera del ámbito de los delitos o cuasidelitos, por el contrario, los artículos 544 (en relación con el 539) y el 1544 del mismo Código abren la puerta a esa clase de reparaciones de daños no patrimoniales, el uno en las relaciones de familia y el otro en el área de las convenciones” (Diez Schwerter, 2005b, p. 183).

Paralelamente el tribunal también expresó:

“Que, los bienes extrapatrimoniales de una persona como el honor y la fama, tienen un valor que de ordinario sobrepasa el de los bienes materiales, con mayor razón si se trata de la salud o la integridad física o psíquica, de modo que si con respecto a los perjuicios o daños causados por un delito o cuasidelito civil, la jurisprudencia ha dado cabida desde hace tiempo a la indemnización del daño exclusivamente moral, no se divisa el motivo que justifique que se niegue la lesión a esos intereses extrapatrimoniales ya sea que procede de la defección culpable o maliciosa de uno de los contratantes. Que, desde el punto de vista del recurso, se infringió el artículo 1546 según el cual los contratos deben cumplirse de buena fe, al concluir el fallo

que esta norma da lugar a la indemnización por el daño moral en materia de contratos.

Que, sin embargo, no es que el fallo acoja la indemnización del daño moral a causa únicamente de que los contratos deben cumplirse de buena fe, sino que, en forma previa, se cuida de aseverar que el artículo del Código Civil permite ese tipo de reparación, de modo que, a partir de esa idea matriz, la referencia al artículo 1546 no pasa de ser un argumento supeditado al anterior y en plena armonía con él, ya que lo demás consiste en una regla general, de obligatoria aplicación en el cumplimiento de cualquier contrato” (Salinero, 2013d, p.176).

Por lo tanto, la sentencia en cuestión reafirma que no hay motivo suficiente que justifique la negativa a la reparación de los daños extrapatrimoniales provenientes de un incumplimiento contractual, cuando la normativa que regula los daños y perjuicios no excluye a este tipo de indemnización. Por el contrario, lo dispuesto por el legislador deja la puerta abierta según la Corte Suprema de Justicia, para otorgar la mencionada reparación. En concordancia con uno de los principios fundamentales del Derecho, en lo que respecta a la buena fe en el cumplimiento de los contratos, y que también se encuentra presente en el Código Civil Chileno al cual hacen referencia los jueces al momento de motivar su sentencia.

De tal forma que, el fallo de 1994 procede a marcar un hito para los fallos posteriores, llegándose a sostener incluso que “(...) el concepto de daño emergente que emplea la norma del artículo 1556 del Código Civil, comprende no solamente el daño pecuniario sino también el extrapatrimonial o moral” (Diez Schwerter, 2005c, p. 183). Una aseveración aún discutida pero que contribuye a la tendencia favorable para admitir el daño moral derivado del incumplimiento contractual.

Sin embargo, no hubo uniformidad jurisprudencial los años siguientes, debido a que no todos los tribunales compartían el criterio expuesto. No fue hasta el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia que declarando procedente la indemnización de daño moral por incumplimiento contractual como uno de los principios rectores dentro del régimen de responsabilidad civil, que se superó la discusión con relación a si cabe o no la indemnización de daño moral derivado de incumplimiento contractual. Tal es así que cortes de inferior jerarquía en sus sentencias, lo reafirman, como el ejemplo de la Corte de Apelaciones de Concepción, en su fallo pronunciado el 21 de octubre de 1998, en cual expresa que: “(...) aquel que comete un acto ilícito o un incumplimiento contractual, cuyo resultado directo y necesario es un daño, está obligado a la reparación del agravio material y moral” (Ayala, 2013d, p.57).

Estableciendo, en definitiva, la admisibilidad legal para reclamar el daño moral en virtud del incumplimiento contractual; admisibilidad que se debe a una serie de elementos que han sido discutidos tanto en la doctrina como en las sentencias pronunciadas por los tribunales chilenos. De las cuales se puede abstraer una serie de características:

1. Por la naturaleza del contrato existe un deber de previsibilidad del daño material y moral: Esta afirmación es pronunciada por la Corte Suprema de Justicia con relación al contrato de transporte, en el que por su propia naturaleza está implícito el deber de cuidado, al mismo tiempo que es previsible el daño material y moral a consecuencia del incumplimiento contractual. Motivo por el cual al momento de analizar la existencia del daño moral es menester considerar el contexto contractual en el cual se ha producido el presunto daño, es decir, observar la naturaleza del contrato, debido a que este elemento es el que permitirá vislumbrar si en el contrato concurren intereses extrapatrimoniales cuyo daño era previsible en virtud del incumplimiento.
2. La ley no hace distinción alguna respecto a los daños cuando estos provienen de la misma causa: Esta premisa tiene como fundamento uno de los axiomas del derecho de daños que manifiesta que todo daño debe ser reparado, en consecuencia, no resulta lógico para los jueces chilenos que, si la ley no hace distinción alguna, no sea posible indemnizar el daño moral a diferencia de los daños materiales cuando estos provienen de la misma causa: el incumplimiento contractual.

Mientras que, bajo el mismo razonamiento, los jueces chilenos consideraron que no es correcto que sea indemnizable el perjuicio extrapatrimonial exclusivamente cuando procede de un delito o cuasidelito y negarlo cuando su fuente es un incumplimiento contractual. Por lo que, si el principio orientador es que todo daño deba ser reparado y la ley positiva no hace distinción alguna, considerando principalmente que los daños tanto materiales como morales provienen de la misma fuente, el deber de los jueces es ordenar la indemnización.

3. No hay prohibición legal que impida el otorgamiento del daño moral en sede contractual: En relación con la premisa anterior, los jueces chilenos han considerado en sus sentencias un factor importante para otorgar el daño moral en virtud de un incumplimiento contractual, procurando señalar que no existe una prohibición legal que lo impida. Al contrario, los jueces han desarrollado un criterio en el cual se admite el daño moral en sede contractual, al manifestar que no está excluido de la indemnización de perjuicios dispuesta en el artículo 1556 del Código Civil Chileno, que señala:

“Art. 1556. La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúense los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente” (Código Civil Chileno, 2000a).

Disposición normativa en la que no se observa una prohibición expresa de otorgar el daño moral derivado del incumplimiento contractual, sino que a criterio de los juzgadores, es lo suficientemente amplia para permitir la indemnización del daño moral, motivo por el cual y en concordancia con los otros elementos expuestos, los tribunales chilenos han optado por adoptar un criterio jurisprudencia que admite el daño moral en sede contractual.

Siendo, por lo tanto, la actuación de los jueces la que ha proporcionado el desarrollo necesario a la figura jurídica antes mencionada, a falta de una disposición expresa en el Código

Civil Chileno, al punto que la discusión doctrinaria y jurisprudencial dejó de centrarse en si cabe o no el daño moral contractual, debido a que es un supuesto ya verificado a través de sus distintos pronunciamientos judiciales, prefiriendo enfocarse en la siguiente etapa del debate, que se halla en establecer los supuestos contractuales que presentan mayor factibilidad para declarar el daño moral, dado que su admisibilidad no debe significar el otorgamiento injustificado del mismo, como ya lo han manifestado varios doctrinarios, quienes por la propia naturaleza del daño moral consideran necesario estudiar los parámetros para su indemnización en materia contractual, para evitar caer en sumas exorbitantes que no tomen en cuenta el contexto del contrato y todos los factores que involucra que el daño moral se produzca en virtud de un incumplimiento contractual.

2.2. Referencia a la legislación comparada en cuanto al daño moral derivado de los contratos

2.2.1. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

La normativa argentina contempla el daño moral de origen extracontractual como contractual fundamentándose en un sistema unitario de responsabilidad civil, el que ha venido construyéndose a partir de reformas legislativas, una de las cuales data del año 1968 con relación al Art. 1078, que expresaba lo siguiente:

“La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima” (Ayala, 2013e, p.46).

Disposición de la que se colegía la intención del legislador de brindar una protección amplia, lo que motivó otras reformas, entre ellas la contenida en la Ley 17.711, la cual disponía en su Art.522 que en los supuestos de indemnización por responsabilidad contractual el Juez tenía la facultad de condenar al o a los responsables a la reparación de la afectación moral que hubiere ocasionado, de conformidad a las circunstancias del caso y el origen del daño (Ayala, 2013f, p. 46). Normativa que, si bien regulaba la posibilidad de condenar el daño moral contractual, lo hacía dentro de un margen restrictivo en tanto quedaba a disposición del Juez la decisión de declararlo, considerando el hecho generador del daño y la prueba presentada en el proceso, ya que era necesaria la acreditación de una afectación a los sentimientos o tranquilidad anímica, que no podía confundirse con las simples molestias propias derivadas del incumplimiento.

Posteriormente el Código Civil se unificó con el Código de Comercio, formando el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, o también denominado CCCN, el cual en el Título V “*Otras fuentes de las obligaciones*” en su capítulo 1 “*Responsabilidad Civil*”, sección N°4 que trata sobre el “*Daño Resarcible*”, establece una serie de disposiciones con relación al daño y a la indemnización. Entre las más relevantes para este análisis, se halla el artículo 1737 que indica el

concepto de daño al que deberán ajustarse las consecuencias de un hecho para ser considerado como tal, siendo necesario conocer el texto que lo reconoce:

Artículo 1737. Concepto de daño

“Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva” (Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, 2014a).

Así, la legislación argentina procura establecer un concepto de daño al que deben recurrir los jueces y todo aquel que pretenda alegar su existencia en el ámbito civil y comercial, impidiendo que sea un concepto jurídico indeterminado, a diferencia de otras legislaciones, entre ellas la ecuatoriana, que no consagra un concepto de daño de forma expresa como sí lo hace el CCCN. Partiendo de aquello la siguiente disposición señala en el artículo 1738 lo que deberá entenderse por indemnización, siendo menester rescatar sus últimas líneas:

“(…) Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida” (Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, 2014b).

Disposición de la cual se puede colegir la factibilidad legal para reclamar agravio moral producido por la vulneración de los derechos personalísimos. Mientras que en el artículo 1740 que se refiere a la reparación del daño, declara que esta debe ser plena y consiste en la restitución de la situación en la que se encontraba el damnificado antes del hecho dañoso, ya sea mediante el pago en dinero o en especie. Optando por el reintegro específico, a menos que sea parcial o totalmente imposible, transformándose en excesivamente oneroso o abusivo, por lo que en ese supuesto se deberá fijar en dinero. Con la especial particularidad de que cuando se trate de lesiones al honor, la intimidad o la identidad personal, a petición de parte o de oficio, el Juez podrá ordenar

la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a cargo del responsable (Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, 2014c).

Interpretando, por ende, que la normativa argentina sigue los estándares de la tendencia actual del derecho de daños, en lo que se refiere a la búsqueda de la reparación integral del daño, antes que la preocupación de la fuente del cual provino el hecho dañoso. Cuidando de que se mantenga dentro de los límites de la reparación integral, orientándose a un régimen de daños compensatorio sobre uno sancionatorio.

Continuando con las disposiciones del CCN consideradas relevantes para el estudio del daño moral contractual, se encuentra el artículo 1741, que señala lo siguiente:

“Artículo 1741. Indemnización de las consecuencias no patrimoniales.

Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible.

La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por este. El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas” (Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, 2014d).

Normativa que hace referencia a la legitimación para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales, que para efectos de aplicación concierne a los daños morales. La cual parte de la distinción entre el damnificado directo e indirecto, entendiendo al primero como la víctima que sufre el daño en sí misma, mientras que el segundo señala a quienes hayan sufrido

un perjuicio a consecuencia del daño que recayó principalmente en otro; y de acuerdo con la legislación argentina por regla general la facultad para reclamar el daño moral le corresponde al damnificado directo y por excepción a los damnificados indirectos. Tal es así, que los menciona el caso de muerte o gran discapacidad como particularidad.

Por otro lado, en la misma disposición se menciona “*las satisfacciones sustitutivas y compensatorias*” aludiendo al denominado precio del consuelo, el cual busca mitigar el dolor a la víctima proporcionándole recursos aptos para disminuir el perjuicio causado, es decir, un consuelo propiamente dicho, pues se parte de que no se puede resarcir conforme a los parámetros del ya superado *pretium doloris*. De esta forma, el CCCN trata una de las problemáticas del daño moral, optando por una posición a favor de la indemnización de este tipo de daño, considerando el precio del consuelo y en concordancia a lo que ya establecía su jurisprudencia a través de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual ha establecido lo siguiente:

“(…) aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido [...] El dinero no cumple una función valorativa exacta; el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida” (Galdós, 2015, p. 276).

En consecuencia, los legisladores argentinos han encaminado su normativa hacia el criterio favorable de admisión del daño moral producido en el marco de un incumplimiento contractual,

que si bien no se encuentra expresamente regulado en su código, el alcance que los jueces han dado a las otras disposiciones relacionadas, lleva a considerar la aceptación de la figura cuando procede del incumplimiento contractual en su ordenamiento jurídico, contribuyendo de esta forma al criterio innovador en la región, que en el caso de Argentina se sustenta en la unificación de responsabilidades extracontractual y contractual, sistema que no deja de reconocer las diferencias de cada régimen, no obstante, prioriza la premisa de que todo daño debe ser reparado, con independencia de su fuente.

2.2.2. Código de Comercio de Colombia

Para analizar el daño moral derivado del incumplimiento contractual en la legislación colombiana es preciso referirse al Código de Comercio Colombiano, el que no contempla de forma expresa la figura jurídica mencionada, sin embargo, hace referencia a la indemnización del daño moral en la siguiente disposición:

“Art. 1006.-Los herederos del pasajero fallecido a consecuencia de un accidente que ocurra durante la ejecución del contrato de transporte, no podrán ejercitar acumulativamente la acción contractual transmitida por su causante y la extracontractual derivada del perjuicio que personalmente les haya inferido su muerte; pero podrán intentarlas separada o sucesivamente. En uno y otro caso, si se demuestra, habrá lugar a la indemnización del daño moral” (Código de Comercio Colombiano, 1971).

Disposición de la cual se colige la aceptación del legislador en cuanto al reclamo del daño moral contractual que, si bien solo menciona al contrato de transporte, la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de extender los efectos de la normativa a los demás contratos en los que su incumplimiento pueda afectar a los bienes de la personalidad.

Sin embargo, antes de la reforma del Código de Comercio Colombiano de 1971, la que dio lugar a la disposición citada, la legislación colombiana poco o nada manifestaba alrededor de la

factibilidad legal del daño moral contractual, mientras que la jurisprudencia no daba un criterio definitivo sobre su admisión. Ya que antes incluso de aceptar que podía provenir de un incumplimiento contractual, la doctrina más conservadora negaba que los daños extrapatrimoniales, como se denominan en Colombia al daño moral y el daño a la vida de relación, no era posible su indemnización, ya que el dinero no podría reparar las afectaciones de angustia, desolación y demás consecuencias del daño a los bienes de la personalidad.

Solo posteriormente a la promulgación del Código de Comercio Colombiano de 1971 la jurisprudencia civil sobre daño extrapatrimonial contractual obtuvo mayor uniformidad, superando los obstáculos que se presentaron para admitir este tipo de daños en el marco contractual, el cual es dotado de un sentido más amplio, no solo con un medio para cumplir con prestaciones de índole económico, sino también el medio para la satisfacción de intereses no patrimoniales. Por aquel motivo cuando la Corte ha analizado el incumplimiento de contratos que tienen por objeto la vida, la integridad y la salud de las personas, ha prevalecido el derecho de las víctimas a ser reparadas por los daños extrapatrimoniales que les fueron ocasionados por tales incumplimientos. Uno de estos fallos fue pronunciado por la Sala de Casación Civil el 12 de julio de 1994, con ponencia de Pedro Lafont Pianetta, en el que se señala que:

“(…) si bien en el ámbito contractual no es tan común la ocurrencia de daños no patrimoniales, sí es posible que, tratándose de contratos que en su esencia y ejecución [se refieran] a la salud de la persona humana [su incumplimiento] sea causa concurrente tanto de daños materiales como de daños morales en el paciente”
(Jaramillo y Robles, 2014a, p. 527).

Criterio que revela el futuro debate de la doctrina, que consistirá en qué tipo de contratos es factible el daño moral. No obstante, para la época en cuestión significó una puerta abierta para esta figura jurídica, sin que ello signifique una posición completamente favorable a esta figura por parte de la legislación colombiana. Debido a que aún mantiene el criterio que diferenciar estrictamente la fuente contractual y extracontractual para contemplar la indemnización del daño,

a diferencia del ordenamiento jurídico argentino que va direccionado a un sistema unitario de responsabilidad civil y aquella separación se confunde con la acumulación de responsabilidades, que es negada totalmente por el ordenamiento colombiano cuando se refiere a que podrá solicitar la indemnización de daños por acción contractual y separadamente la acción extracontractual.

Lo que a su vez tiene relevancia para la legitimación en el reclamo del daño moral, conforme lo señalado por la Corte Suprema de Justicia Colombiana en su fallo de 4 de abril de 1968, que sostuvo lo siguiente:

“(…) que en caso de muerte del pasajero podían reclamarse los perjuicios morales tanto si se actuaba iure proprio como iure hereditatis, con la salvedad de que si se actuaba iure hereditatis tal reclamación por perjuicios morales solo era posible si el pasajero había sobrevivido y fallecía posteriormente, pues ante un deceso instantáneo era imposible que tal derecho se hubiera alcanzado a consolidar en su patrimonio” (Jaramillo y Robles, 2014b, p. 521).

Es decir, la particularidad en el caso colombiano respecto a la legitimación se halla en que, si la muerte del pasajero se produce inmediatamente, únicamente podrá exigir daños patrimoniales y extrapatrimoniales si actúa por iure proprio, debido a que en un proceso separado y sucesivo por iure hereditatis solamente tiene derecho a reclamar daños patrimoniales. Mientras que en el supuesto de que la muerte se produzca posteriormente, tras un lapsus de supervivencia, tanto por iure proprio como por iure hereditatis podrá reclamar los daños patrimoniales y extrapatrimoniales. Diferencia que perjudica notablemente al heredero cuando reclama en su calidad de tal, no siendo así cuando lo hace a título personal, sin embargo, esta diferencia se sostiene en que durante el lapsus de supervivencia se puede evidenciar si ha alcanzado nuevos niveles de afectación.

En definitiva, el ordenamiento jurídico colombiano es más restrictivo en comparación al sistema argentino en lo que se refiere a la distinción entre sede contractual y extracontractual, no obstante, igual que el anterior ordenamiento jurídico analizado, la jurisprudencia da luces en la

aplicación de su norma positiva. De tal forma que, Colombia es otro de los países de la región que va direccionado a la aceptación del daño moral contractual, sin que ello signifique un amplio margen de indemnización, ya que su Corte Suprema de Justicia ha optado por analizar cada caso en concreto, para determinar si en aquella relación contractual es factible el daño moral y la cuantificación que correspondería para su satisfacción.

2.2.3. Código Civil de Chile

La legislación chilena no regula de forma expresa en el Código Civil el daño moral contractual, sin embargo, esta figura ha evolucionado a través de la jurisprudencia y la doctrina, para actualmente aceptar la posibilidad de su indemnización. El Código Civil en principio solo contemplaba el daño emergente y lucro cesante con relación a los daños patrimoniales derivados del incumplimiento contractual, como señala el artículo 1556:

“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.

Exceptúense los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente”
(Código Civil Chileno, 2000b).

Similar a lo dispuesto en el título XXXV libro IV del Código Civil normativa que regula los delitos y cuasidelitos, sin mencionar de forma expresa los daños no patrimoniales resarcibles. No obstante, existen disposiciones como la contenida en el Art. 2329 cuya parte pertinente señala: “(...) Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta” (Código Civil Chileno, 2000c). Disposición que busca la reparación del daño ante los supuestos de malicia o negligencia, al igual que lo manifestado en el Art.2314, que señala:

“Art. 2314. El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito” (Código Civil Chileno, 2000d).

Normativa que hace referencia al daño y a la premisa de que todo daño debe ser reparado, tanto en los supuestos de malicia, negligencia o en el contexto de un delito o cuasidelito, con independencia de las penas que se regulen por otras áreas del derecho, en referencia a la normativa penal. Siendo éstas las disposiciones que los tribunales de justicia chilenos consideraron al momento de otorgar el daño moral extracontractual a comienzos del siglo XX; respondiendo a la expresión “todo daño” utilizada en el artículo 2329 Código Civil chileno, e interpretando que, si la ley no hace distinción alguna, se deben comprender los daños materiales y los morales. Acorde al Art. 2314 que menciona de forma genérica al “daño” sin hacer tampoco distinción de ningún tipo. Por lo que, si el legislador hubiese querido negar la resarcibilidad del daño moral extracontractual, debió dictar una norma expresa que lo prohibiera.

En la actualidad, otro de los argumentos favorables al daño moral extracontractual se fundamenta en las disposiciones consagradas en la Constitución Política de 1980 que permiten la indemnización de perjuicios patrimoniales y morales por la persona que: “(...) hubiese sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria” (Constitución Política de Chile, 1980).

Por lo tanto, hoy en día el daño moral en sede extracontractual no se encuentra en discusión, a diferencia del daño moral derivado del incumplimiento contractual, que tuvo su primer acercamiento legislativo a través del artículo 69 de la Ley 16.744 del 1.º de febrero de 1968 la cual establece que en el caso de producirse un accidente del trabajo o enfermedad profesional a título de dolo o culpa de la entidad empleadora o de un tercero, sin perjuicio de las acciones criminales que procedan:

“(…) b) La víctima y las demás personas a quienes el accidente o enfermedad cause daño podrán reclamar al empleador o terceros responsables del accidente, también las otras indemnizaciones a que tengan derecho, con arreglo a las prescripciones del derecho común, incluso el daño moral” (Diez Schwerter, 2005d, p. 182).

Disposición que permitió el daño moral contractual con relación al contrato de trabajo, sin embargo, la interpretación de esta norma en un principio no se hizo extensiva a otras relaciones contractuales. No fue sino a través de la doctrina y la jurisprudencia que se dio un mayor alcance a las disposiciones contenidas en el Código Civil chileno. Entre los criterios que se consideró se encuentra el expuesto por el profesor Fernando Fueyo, quien sostenía que la ausencia de reglamentación no es razón suficiente para descartar una demanda de indemnización de daño moral contractual, y que por el contrario debería ser aceptada partiendo de que, en el marco del Derecho de obligaciones, el acreedor no siempre perseguirá un interés patrimonial al momento de contratar, ni necesariamente el objeto de la obligación debe tener como requisito dicha patrimonialidad (Ayala, 2013g, p. 54).

En consecuencia, la jurisprudencia dio un nuevo alcance a las disposiciones del Código Civil chileno facultando a demandar la indemnización de otras relaciones contractuales adicionales al contrato de trabajo, en tanto el incumplimiento ocasionara daños extrapatrimoniales, aplicando este criterio en un primer momento a los contratos de transporte y de servicios médicos por la facilidad en la que se podían evidenciar los daños morales, a diferencia de otros contratos, no obstante, en la actualidad la factibilidad legal para su indemnización no es exclusiva para estos contratos.

En definitiva, si bien la legislación chilena no se ha manifestado de forma expresa en relación a la admisibilidad del daño moral contractual, tampoco ha dispuesto en su normativa pertinente prohibición alguna, por el contrario, el Art. 1556 del Código Civil Chileno no lo excluye, tal es así que otras fuentes del Derecho se han encargado de dotar de contenido a esta figura jurídica, bajo la premisa de que no existe una razón de peso para adoptar diferentes soluciones cuando se trata del daño proveniente de una fuente extracontractual o contractual, en

tanto el daño moral sigue siendo el mismo, independientemente de que exista una relación contractual previa.

2.3. Referencia a las sentencias dictadas en Ecuador que declaran daño moral derivado del incumplimiento contractual

2.3.1. Sentencia de la Corte Nacional que establece daño moral contractual

La primera parte de este segundo capítulo presenta un análisis del ordenamiento jurídico de otros países de la región, sin embargo, para que sea posible el estudio comparativo en su totalidad es preciso mencionar lo que corresponde en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En primer lugar, con relación a la jurisprudencia que declara el daño moral derivado del incumplimiento contractual, en el caso de Ecuador, solo es posible señalar una sentencia de la Corte Nacional de Justicia, que hace expresa mención al daño moral contractual.

El fallo de 8 de septiembre de 2010 marca un precedente con relación a la admisibilidad del daño moral en sede contractual, a su vez, presenta la particularidad de que, quien solicita la indemnización por daño moral es una persona jurídica. Así en este proceso los actores Hotel Boulevard S.A. y Predial Nueve de Octubre S.A. a través de su representante legal demanda los perjuicios patrimoniales y el daño moral a Londohotel S.A. y Sociedad Comercial Hoteles Limitada, ésta última en calidad de garante solidaria de la primera, en la persona de sus representantes legales, con relación a los siguientes hechos:

- a) “Las compañías "Predial Nueve de Octubre S.A." y "Apartamentos Boulevard S.A." son propietarias del edificio donde viene funcionando el Hotel Casino Boulevard desde 1978.
- b) El 11 de mayo de 1989 las compañías celebraron con la empresa Londohotel S.A. y con la garantía solidaria de la compañía de nacionalidad colombiana Sociedad Comercial Hoteles Limitada, el contrato de administración y operación del Hotel Casino Boulevard, en el que se convino como plazo de terminación el 1 de agosto de 1994;

- c) El contrato de administración contenía entre sus obligaciones contractuales que Londohotel S.A. tendría la absoluta y exclusiva responsabilidad según las leyes ecuatorianas y con la diligencia, prudencia y cuidado que tal administración requiere; así como el riesgo del negocio, operación y administración del Hotel Boulevard, y de la contratación laboral.
- d) Sin embargo, a menos de un año para que termine el contrato según lo acordado, Londohotel S.A. envió un comunicado el 21 de diciembre de 1993 a Predial Nueve de Octubre S.A. y Apartamentos Boulevard S.A. dando por terminado el contrato, para después abandonar anticipada e injustificadamente el Hotel Casino Boulevard, desatendiendo a sus huéspedes y las obligaciones que tenía el Hotel con sus empleados y terceros” (Corte Nacional de Justicia de Ecuador, Expediente 508, 2010a).

En primera instancia se aceptó la demanda, dando lugar a la pretensión de los actores respecto a los perjuicios patrimoniales y el daño moral, rechazando las excepciones y reconvencción propuesta por las demandadas. Las excepciones consistieron en:

- “a) Inequidad del contrato;
- b) Inexistencia de la obligación de indemnizar por perjuicios morales, pues las personas jurídicas carecen de aptitud para sufrir y por lo tanto no pueden ser indemnizadas por un daño que no han padecido ni pueden padecer; y
- c) Compensación al haberse quedado las demandantes con activos corrientes, inventarios e insumos de propiedad de Londohotel S.A., por valores equivalentes a las obligaciones de esta última, por lo que en consecuencia quedaron

recíprocamente pagados en su totalidad” (Corte Nacional de Justicia de Ecuador, Expediente 508, 2010b).

Mientras que la reconvención consistió en:

- “a) Se declare que la Compañía Predial Nueve de Octubre S.A. y Apartamentos Boulevard S.A., son deudoras de Londohotel S.A., por el valor de los activos dejados en su poder el 21 de enero de 1993;
- b) Que la deuda concerniente al punto anterior se hizo exigible desde el 15 de enero de 1994; y
- c) Que por tratarse de obligaciones exigibles a cargo de las sociedades demandantes se declare que compensan con las pretendidas por ellas, estableciendo como cuantía de la reconvención la misma que la de la demanda principal restando el valor de los perjuicios morales” (Corte Nacional de Justicia de Ecuador, Expediente 508, 2010c).

Esta decisión se fundamentó en que, la parte actora demostró cómo el incumplimiento contractual de las demandadas ocasionó los daños patrimoniales, señalando las múltiples obligaciones que tenía con los trabajadores del Hotel, así como terceros, entre ellos los Bancos del sistema financiero y proveedores, con quienes no pudo cumplir sus obligaciones contractuales en virtud del primer incumplimiento. Lo que a su vez repercutió en el prestigio del Hotel, provocando un descrédito a su buen nombre como prestador de servicios hoteleros y responsable frente a la sociedad, ocasionando un daño moral que corresponde ser reparado.

A diferencia de las excepciones y reconvención presentadas por la parte demandada, que, a criterio del juzgador de primer grado, no fueron justificadas y de ahí su rechazo. Ordenando pagar solidariamente a las compañías demandadas una determinada suma por concepto de daño emergente, lucro cesante y daño moral.

Lo que motivó la apelación de la parte demandada, obteniendo en la segunda instancia una sentencia que difería de la pronunciada por los jueces de primer grado, negando la pretensión de la parte actora con relación al daño moral pero aceptando la indemnización por daño emergente y lucro cesante, por lo que esta última presentó recurso de casación, el mismo que fue admitido por la Corte Nacional de Justicia, casando el fallo de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, ratificando la sentencia del Juez de primera instancia.

Para ello la Corte Nacional de Justicia aceptó la alegación de la parte actora, quien señaló que el tribunal de segunda instancia transgredió el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, vigente en aquel momento, que hace referencia a la apreciación de la prueba en su conjunto conforme a las reglas de la sana crítica, lo que motivó la falta de aplicación de los artículos 1574, 2214, 2217, 2229, 2231 y 2232 del Código Civil Ecuatoriano. Debido a que no consideró que la prueba que demostraba el daño emergente y el lucro cesante también demostraba el daño moral, por el contrario, no es posible alegar que no se ha probado su existencia cuando solo basta la prueba del ilícito que lo provocó.

Así, frente al daño moral contractual los jueces del más alto tribunal de justicia establecieron importantes consideraciones:

“Con respecto a la indemnización por daño moral, la Sala observa que el incumplimiento del contrato objeto de la controversia ha originado un innegable daño moral, porque al abandono de la operación hotelera por parte de Londohotel S.A., se suma el incumplimiento con terceras personas de determinadas prestaciones pecuniarias, lo que ha originado el reclamo de acreedores como la Empresa Estatal de Telecomunicaciones (fojas 271-274), la Empresa Provincial de Agua Potable (fojas 270), el Ministerio de Finanzas (fojas 288-303), la Empresa Eléctrica de Guayaquil (fojas 268-269), y con una cantidad bastante numerosa de proveedores, ya antes mencionados; deudas que no fueron cumplidas por las demandadas como les correspondía según el contrato de administración hotelera

que se analiza, lo cual obviamente repercutió en la imagen y buen crédito de las empresas actoras frente a dichos terceros. El impacto negativo del incumplimiento del contrato y el consecuente abandono del hotel y de sus huéspedes provocó en los clientes del Hotel Casino Boulevard y en la opinión ciudadana en general un grave deterioro de su prestigio. Es inevitable que una situación de esta naturaleza afecte al buen nombre y al crédito del Hotel Casino Boulevard, tanto más si es un local de hospedaje de reconocido prestigio en el medio, cultivado desde el año 1978 en que el Hotel fue instituido” (Corte Nacional de Justicia de Ecuador, Expediente 508, 2010d).

Criterio que a su vez es respaldado por la doctrina y la jurisprudencia desarrollada en el país, como lo señalan los juzgadores en la propia sentencia:

“(…) prueba de la lesión a bienes, derechos o intereses extrapatrimoniales, incluidos los personalísimos, es por su naturaleza innecesaria, otras veces es imposible o sumamente difícil de probar; el daño moral y su intensidad pueden no tener una manifestación externa, quedan en el fondo del alma y ni siquiera exige una demostración: no haría falta la prueba del dolor de un padre que pierde el hijo esperado por mucho tiempo, el que ha de ser sostén de su vejez, para mencionar uno de los más crueles. El daño resarcible no se evidencia, como frecuentemente ocurre con los perjuicios patrimoniales. Por lo mismo, en la doctrina y en la jurisprudencia se ha concluido en que no se requiere una prueba directa de su existencia. El padecimiento se tiene por supuesto por el hecho antijurídico que lo provoca y es suficiente la valoración objetiva de la acción antijurídica. Para las

lesiones del espíritu rige el principio *in re ipsa*. La prueba del daño moral deberá ser la del hecho ilícito que lo ha provocado, el delito o un cuasidelito que han afectado a bienes jurídicamente protegidos, y el de la atribución del mismo al que causó el daño y los fundamentos para declararlo responsable" [Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8. Página 2295. Quito, 17 de abril de 2002]" (Corte Nacional de Justicia de Ecuador, Expediente 508, 2010e).

En consecuencia, la Sala reconoce que, en virtud de los hechos ocurridos, el incumplimiento que cometió la parte demandada y los perjuicios que ocasionó esta actuación, es procedente la indemnización tanto de los daños patrimoniales como los morales. Con especial énfasis en la prueba del daño moral, debido a que por los bienes jurídicos a los que afecta, no es posible observar tan claramente el daño como sí sucede con los perjuicios patrimoniales, aplicando el principio *in re ipsa*, frecuente en la argumentación de las resoluciones que otorgan daño moral y cuyo sentido es que, una vez demostrado el hecho antijurídico que lo provocó, se cumplió, por lo tanto, con la prueba necesaria para acreditar el daño moral.

Así, no queda lugar a dudas que el incumplimiento contractual se produjo por las actuaciones de la parte demandada, y que éste ilícito es el causante de los perjuicios patrimoniales como los morales. Sin embargo, en el fallo de la Corte también es posible evidenciar que los fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales tomados en cuenta para la resolución, únicamente hacen referencia al daño moral en sede extracontractual, al ser la fuente del cual procede en su generalidad, obviando quizá, la especial característica que significa que su reclamo sea en materia contractual, por lo que, el criterio de los jueces de segunda instancia que señala que no necesariamente se puede inferir el daño moral en virtud del incumplimiento contractual –mencionado nuevamente por el Dr. Galo Martínez Pinto en su voto salvado cuando se refiere a la imposibilidad de revalorizar la prueba, debiendo mantener el criterio de los jueces de segunda instancia, quienes consideraron que no se demostró con exactitud el daño moral derivado del incumplimiento contractual –no pierde importancia, por el contrario, es un elemento que se debe tener a consideración.

En tal sentido, es factible realizar una crítica al fallo, en tanto no hace una especial consideración del incumplimiento del contrato como la fuente del daño moral, remitiéndose únicamente a lo que los doctrinarios y la jurisprudencia ecuatoriana han señalado con anterioridad referente a los delitos o cuasidelitos como fuente del daño moral.

Paralelamente, otra de las particularidades comprendidas en el fallo de la Corte, es con relación a la admisibilidad del daño moral cuando éste es reclamado por una persona jurídica, debido a que una posición doctrinaria señala que no son susceptibles de sufrirlo en la misma forma que una persona física. No obstante, la Sala responde:

“Las personas jurídicas legalmente constituidas pueden demandar la reparación de los daños materiales y morales que se les irroguen con dolo o culpa; pero tratándose de estos últimos sólo cuando provengan de atentados a su nombre o reputación, mas no a sentimientos de afección [...] De tal manera que es acertada la tutela de los derechos extrapatrimoniales inherentes al crédito y buena fama comerciales, porque conducen a su vez a la creación de la confianza en acreedores, relaciones comerciales, proveedores, bancos y público en general, así que no es razón suficiente que estos entes no sean capaces de sufrir dolor, sufrimiento, para suponer que el Derecho no puede proteger los intereses subjetivos o morales de las personas jurídicas [...] De acuerdo con nuestro ordenamiento legal la reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del Juez la determinación del valor de la indemnización reclamada, atentas las circunstancias previstas en el inciso primero del artículo 2232 del Código Civil” (Corte Nacional de Justicia de Ecuador, Expediente 508, 2010g).

De tal forma, en el caso en cuestión, al tratarse el reclamo de daño moral sobre el descrédito al buen nombre comercial, se encuentra comprendido en los supuestos que la doctrina y la normativa acepta para determinar el daño moral en las personas jurídicas, como señala la Sala al manifestar que el incumplimiento contractual afectó a la reputación del Hotel y a las relaciones comerciales de este.

Ahora bien, el fallo en cuestión también permite colegir una serie de características:

1. Prueba del daño moral se rige por el principio *in re ipsa*: Con relación a la prueba del daño moral, la doctrina y la jurisprudencia consideran que el actor damnificado debe ceñirse a demostrar las circunstancias del hecho ilícito, a partir de las cuales el juzgador pueda inducir la existencia de los sufrimientos síquicos y emocionales. Debido a que, por su propia naturaleza, el daño moral no se evidencia de la misma forma que los perjuicios patrimoniales, por lo que no se requiere una prueba directa de su existencia, siendo suficiente la valoración objetiva de la acción antijurídica. No obstante, en la motivación de la sentencia no se menciona de forma expresa la prueba del daño moral en el contexto de un incumplimiento contractual, salvo por la alegación del recurrente quien manifiesta que, ante el mismo hecho, en este caso el incumplimiento contractual, se han aportado las pruebas que permiten la indemnización del daño emergente, el lucro cesante y el daño moral, pruebas que deben analizarse en su conjunto, lo que tendría relación con el criterio jurisprudencial chileno, que considera que ante una misma causa que provoca el daño no puede indemnizarse unos (perjuicios patrimoniales) y no otros (perjuicio moral) si se ha probado el ilícito de cual provienen.
2. La cuantía de la indemnización está limitada por la prudencia del juez: La sentencia es clara al señalar que, conforme al ordenamiento jurídico ecuatoriano, queda a prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización reclamada, aplicando el artículo 2232 del Código Civil Ecuatoriano. Disposición normativa que también tiene fundamento en la doctrina, que en palabras del tratadista Dr. Enrique V. Galli, resulta difícil encontrar una reparación adecuada al agravio moral, siendo la indemnización en dinero insuficiente pero la imposibilidad de obtener una reparación perfecta no justifica que no se produzca indemnización alguna. Lo que también estaría vinculado al principio de reparación integral que fue consagrado en la Constitución de la República del Ecuador, en el año 2008, apenas

dos años antes de la emisión de la sentencia. Principio que en perfecta concordancia con la tendencia actual de daños busca reparar a la víctima en las distintas formas posibles, antes que desconocer el derecho a ser reparado, como sucede con el daño moral, que, por su propia naturaleza, su reparación siempre ha sido objeto de crítica.

3. Daño moral de las personas jurídicas: Para otorgar el daño moral a las personas jurídicas reclamantes la Corte Nacional también se orientó por lo establecido en la doctrina, que señala la factibilidad de las personas jurídicas para demandar la reparación de daños morales, siempre y cuando provengan de atentados contra su nombre o reputación, más no a sentimientos de afección, que no son susceptibles de sufrir. En el caso en cuestión el incumplimiento contractual vulneró la buena fama comercial, lo que conduce a su vez a la confianza con los acreedores, intereses subjetivos de las personas jurídicas que son necesarios para el desarrollo de su actividad comercial, al igual que es importante para las personas naturales el honor y su buen nombre.

Así, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, al igual que en el contexto argentino, colombiano y chileno el daño moral derivado del incumplimiento contractual parece otorgarse en virtud de la afectación de un interés extrapatrimonial que se encuentra implícito en el marco de las obligaciones contractuales, siendo el crédito y el prestigio comercial los intereses extrapatrimoniales que se vulneraron en el incumplimiento del contrato de administración del hotel.

Estas características sin ser las únicas, indican que el ordenamiento jurídico ecuatoriano parece admitir el daño moral derivado del incumplimiento contractual, no obstante, su admisión se produce en abstracto, ya que en el caso en cuestión no se produce un análisis concreto respecto al incumplimiento contractual como fuente del daño moral, mucho menos se menciona la normativa que hace factible la indemnización. Solamente las disposiciones contenidas en los artículos 2231 y 2232 del Código Civil Ecuatoriano señaladas por el recurrente, se vinculan directamente al supuesto, ya que los artículos precedentes se refieren a los delitos o cuasidelitos, sin embargo, estas disposiciones solo alcanzan su enunciación, sin ningún análisis específico. Motivo por el cual se considera que la admisión del daño moral derivado del incumplimiento contractual en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se produce en un plano abstracto, sin mayor diferenciación del daño moral producido en el ámbito extracontractual.

En definitiva, incluso sin que la sentencia presente un profundo análisis del daño moral derivado del incumplimiento contractual, constituye un precedente para su admisibilidad, siendo el referente para analizar la factibilidad legal de esta figura en otros supuestos contractuales. Ya que, si bien la Sala no profundiza en el contexto del incumplimiento contractual para declarar el daño moral, su motivación deja la puerta abierta para considerar otros elementos que podrían facultar la indemnización, como el análisis de las disposiciones del Código Civil Ecuatoriano referentes al daño moral, el principio orientador de la reparación integral consagrado en la Constitución de la República y esencialmente el principio del derecho de daños que ordena la reparación de todo daño con independencia de su fuente.

2.4. Análisis de la figura del Daño Moral contractual y su relación con las disposiciones del Código Civil ecuatoriano

El Código Civil Ecuatoriano no regula de forma expresa el daño moral contractual, ni hace referencia alguna al mismo, a diferencia de las otras legislaciones comparadas. No obstante, a pesar de que no se encuentra reconocido, tampoco existe una disposición que lo prohíba o excluya del régimen de daños establecido en el ordenamiento jurídico interno.

En consecuencia, el daño moral contractual solo podría supeditarse a lo ya manifestado respecto al daño moral, que se encuentra reconocido desde el Art. 2231 del Código Civil Ecuatoriano, disposición que se refiere a las imputaciones contra la honra o el crédito de una persona, las que dan derecho a reclamar una indemnización tanto de carácter pecuniario como moral.

De igual forma, el Art. 2232 señala otros supuestos, adicionales al contemplado en la disposición anterior, por los cuales están especialmente obligados a reparar el daño y hacen referencia a bienes jurídicos como el buen nombre, la integridad física y sexual, que la normativa civil también protege, con independencia de las penas de los delitos y cuasidelitos, tratándose de supuestos de la esfera extracontractual. Sin embargo, la parte final de esta disposición podría considerarse lo suficientemente amplia para reconocer el daño moral con independencia de una fuente extracontractual, como señala textualmente:

“(…) y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes” (Código Civil Ecuatoriano, 2019g).

Ya que simplemente hace referencia a las afectaciones ocasionadas por el presunto daño, sin mencionar de dónde deben provenir las mismas, pudiendo ser tanto de un ilícito extracontractual como el ejemplo del delito de estupro, o incluso de un ilícito contractual, como lo es el incumplimiento del contrato.

Mientras que el tercer apartado del mismo artículo indica que la reparación por daños morales puede ser reclamada si los presuntos daños son la consecuencia de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a criterio del juez establecer el valor de la indemnización de acuerdo con las circunstancias.

Reiterando el amplio margen de actuación para demandar daño moral, siempre y cuando este ocasione los daños referidos en la disposición, tal es así que únicamente menciona que sea a consecuencia de la acción u omisión ilícita del demandado, abriendo la puerta para la admisibilidad del daño moral contractual, en tanto el incumplimiento de un contrato puede incluirse dentro del concepto de ilícito.

También corresponde analizar la facultad dada al juez para establecer el valor de la indemnización, normativa comparable con lo establecido en otras legislaciones, que permite al juzgador revestir a sus pronunciamientos de un carácter restrictivo o amplio con relación a la cuantificación de la indemnización, lo cual, a su vez, definirá la línea jurisprudencial a seguirse. Con la particularidad de sujetarse a las circunstancias del caso, como menciona el artículo, es decir, analizar el contexto en el que se produjo el daño, por ejemplo, el incumplimiento contractual, circunstancia que el juez deberá tomar en consideración para determinar la cuantificación.

En definitiva, la disposición en su conjunto parece dejar la puerta abierta para admitir el daño moral cuando sus efectos sean manifestaciones de sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes, producto de un ilícito que se le atribuye al demandado, un ilícito que comprendería actuaciones contrarias a derecho tanto en el ámbito extracontractual como contractual, alcanzando de esta forma el axioma de que todo daño debe ser reparado, lo que también estaría vinculado al principio de reparación integral, que en contexto ecuatoriano está consagrado en la Constitución de la República del Ecuador, como se expuso en el primer capítulo del presente trabajo. Principio que orienta a los jueces a otorgar una reparación integral conforme al daño producido y el contexto en el que se ha suscitado, optando por una visión amplia de lo que debe considerarse como indemnización, al igual que un criterio favorable a la reparación de los daños con independencia de su fuente. Las siguientes disposiciones hacen referencia a quienes tienen la legitimación para presentar la acción por daño moral correspondiéndole a la víctima, su representante legal o en caso de faltar la víctima su representante legal, cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, así como el tiempo de

prescripción, siendo de cuatro años contados desde la perpetración del acto. Tratándose de normas genéricas para el tratamiento del daño moral.

Finalmente, el Código Civil Ecuatoriano se limita a dar los elementos esenciales para conocer el daño moral y su acción, debido a que no hace expresa mención al daño moral de origen contractual, sin embargo, las disposiciones sobre esta figura son lo suficientemente amplias para considerar la aplicación en materia contractual, un razonamiento que también encuentra fundamento en que la normativa aplicable tampoco ha señalado prohibición alguna para su admisibilidad.

Capítulo III

Los contratos bancarios como fuente del daño moral contractual

3.1. Concepto de contratos bancarios

3.1.1. Concepto y clasificación de los contratos bancarios

El concepto actual de contratos bancarios se remite en un principio, a dos corrientes doctrinarias que diferían en la característica especial que debía expresar el contrato para ser considerado bancario. La posición subjetiva expuesta por autores como Garrigues, García Villaverde, Ferri, entre otros, manifiesta que la única característica funcional en este tipo de contrato y que se encuentra en todas las figuras comprendidas en este grupo, es que pertenecen a la actividad empresarial de un banco. Mientras que la posición objetiva, representada por doctrinarios como Santos, considera que un contrato bancario es el cual tiene como causa la financiación, incluyendo a las relaciones de negocios en donde un sujeto exterioriza el rol de financiación o intermediación crediticia sin que tenga el reconocimiento social o legal de ser un banco (Nieto Carol, 2015a, p.3).

No obstante, las posiciones doctrinarias expuestas no son totalmente excluyentes entre sí, por lo que en la actualidad se consideran criterios que recojan los aciertos de las dos posiciones, uno de ellos es el concepto expresado por los catedráticos Sánchez Calero, al manifestar como contrato bancario al:

“(…) acuerdo de voluntades tendente a crear, modificar, regular o extinguir una relación jurídica bancaria, entendiendo por tal la que se incardina dentro de la actividad de intermediación crediticia. Es decir, una relación que sirva para que el banco realice la actividad de captar fondos del público con ánimo de utilizarlos por cuenta propia en la concesión de créditos será, por definición, una relación jurídica bancaria” (Sánchez Calero, F. y Sánchez Calero, J., 2013, p. 414).

Criterio del cual se puede colegir elementos presentes en la posición subjetiva y objetiva referente a la actividad de intermediación crediticia, así como la presencia del banco como sujeto en la relación jurídica. Siendo, por tanto, un criterio mucho más amplio y adecuado para comprender a los contratos bancarios.

A su vez, este criterio es respaldado por otros profesores como Bonet Sánchez y Nieto Carol de la Universidad de Valencia, quienes consideran que los contratos bancarios siempre tendrán como elementos la intermediación financiera, ya sea mediante la gestión, intermediación o inversión de los valores prestados por el cliente y la participación de la entidad de crédito dentro de la mencionada intermediación (Nieto Carol, 2015b, p. 4).

Ahora bien, una vez que se ha realizado una aproximación al concepto de contratos bancarios, es menester puntualizar en las operaciones bancarias. El contrato bancario constituye el antecedente jurídico que justifica el ejercicio de las operaciones bancarias, es decir, estas operaciones se remiten al instrumento jurídico día tras día incluso sin que los clientes tengan plena conciencia de que están ejecutando un contrato. De tal forma que, los contratos bancarios estudian y contemplan las operaciones realizadas por los bancos, en consecuencia, en el supuesto de una incorrecta ejecución de las operaciones bancarias, lo correcto es acudir al contrato para observar las obligaciones y los efectos de su incumplimiento (Rodríguez Azuero, 1990a, p. 116).

En definitiva, los contratos bancarios como su nombre lo indica, hacen referencia a las actividades de intermediación financiera que realizan los bancos, estas actividades u operaciones bancarias están contempladas en el acuerdo de voluntades entre la entidad crediticia y las personas que reciben el servicio, por lo que, la ejecución de las operaciones bancarias es propiamente la ejecución del contrato bancario.

Por otro lado, corresponde el estudio de la clasificación de los contratos bancarios. La clasificación tradicional de los contratos bancarios los divide en tres categorías: a) Contratos que anteceden a las operaciones pasivas; b) Contratos que anteceden a las operaciones activas; c) Contratos que anteceden a las operaciones neutras.

- a) Los contratos que anteceden a las operaciones pasivas son contratos de: “cuentas corrientes bancarias, cuentas de ahorros [...] los fondos de inversión, los planes de

ahorro, de pensiones y principalmente, operaciones de depósito” (López Domínguez, 2020).

Estos contratos regulan las operaciones pasivas que tienen como finalidad captar recursos, tales fondos son administrados por el banco mientras que la persona que deposita los valores tiene frente a la entidad financiera un derecho de restitución de fondos aportados, conforme establezca el contrato.

No obstante, es necesario mencionar una particularidad con relación al contrato de cuenta corriente, el cual también ha sido considerado dentro de las operaciones neutras vinculada a la prestación de servicios, como el servicio de caja, aunque tradicionalmente se lo considerase dentro de las operaciones pasivas, al tener como objetivo la captación de recursos.

- b) Los contratos que anteceden a las operaciones activas son los contratos de: mutuo y anticipo, descuento, apertura de crédito, crédito documentario, reporto, leasing o arrendamiento financiero, factoring, etc. (Rodríguez Azuero, 1990b, p. 293).

Estos contratos regulan las operaciones activas a través de las cuales, el banco concede un crédito y se convierte en el acreedor crediticio, mientras los clientes adquieren la obligación de devolver los créditos prestados.

- c) Los contratos que anteceden a las operaciones neutras son los contratos de: “servicios de pago y la transferencia bancaria [...] Las tarjetas de débito, intermediación en el mercado de valores, mediación en seguros y fondos, el alquiler de cajas de seguridad, la compra de divisas, etc.” (Soto Ruiz, 2014, p.15).

Estos contratos regulan las operaciones neutras o denominados servicios, que no encajan en su totalidad como operaciones activas ni pasivas, por el contrario, a partir de determinadas operaciones activas como ya se mencionó, en el ejemplo de la cuenta corriente y el servicio de caja, el banco se obliga a prestar un servicio a cambio de una comisión, considerándolo, por tanto, como una operación neutra.

De tal forma que, la clasificación de los contratos bancarios sigue la división de las operaciones, que a su vez han evolucionado, al punto de vincular estrechamente las obligaciones

contenidas en los diferentes contratos bancarios con la prestación de servicios denominados como operaciones neutras, que vienen a complementar la intermediación financiera.

3.1.2. Características de los contratos bancarios

En el siguiente apartado corresponde señalar las características que particularizan a los contratos bancarios, las cuales según el doctrinario Rodríguez Azuero son las siguientes:

1. Relación con la estructura técnica: Los contratos bancarios que siguen los procesos de innovación de exigencia mundial, tienen una estrecha vinculación con la estructura técnica-contable que permite a sus operaciones satisfacer las necesidades negociales de las personas. Es decir, los contratos bancarios están en constante evolución con sus operaciones, que se adaptan a las nuevas formas y modalidades requeridas para comprender la voluntad de los partícipes en el mercado.
2. Carácter personalísimo: Los contratos bancarios por su propio objeto crediticio conllevan un alto nivel de confianza entre las partes, por lo que los bancos tienen criterios de selección de clientela muy específicos, tal es así que son considerados contratos “*intuitu personae*”, debido a que si el banco no verifica determinados requisitos y calidades de sus clientes podrían producirse consecuencias nefastas para la comunidad, como el supuesto de no exigir suficientes garantías a las personas que sean sujetos de créditos, que a su vez son productos de la captación de fondos de la comunidad, incrementando el riesgo de incumplimiento en el pago de los préstamos.
3. Buena fe: En los contratos bancarios este principio tiene especial relevancia, porque si bien todos los contratos se celebran de buena fe, en estos es esencial por el alto nivel de confianza que existe entre las partes. Por ejemplo, en el caso de los cheques, títulos valores vinculados al contrato de cuenta corriente bancaria o cuenta de cheques, circulan revestidos de confianza en la honorabilidad del librador, en la del endosante y en la del banco que expidió el cheque o chequera. Por ese mismo motivo, la normativa en distintos lugares del mundo sanciona con severidad los fraudes que involucren transgredir la buena fe implícita en los contratos bancarios.
4. De adhesión: Los contratos bancarios establecen condiciones generales propuestas por la entidad bancaria y son reproducidos en masa, por ello los clientes únicamente se limitan a

expresar su aceptación o rechazo a las condiciones generales. Así, en los contratos de adhesión, el consentimiento se manifiesta de distinta forma igual que el poder de negociación, lo que no se traduce en condiciones abusivas que exoneren de responsabilidad a las entidades financieras. En consecuencia, existen órganos de control, encargados de revisar la actuación de los bancos, así como la tipificación de los contratos y su correcto cumplimiento.

5. Deberes especiales con los clientes: Entre las múltiples obligaciones contenidas en los contratos bancarios, se presentan deberes que se evidencian en todos los contratos, estos son el deber de información a su clientela y el secreto o sigilo bancario a cargo de la entidad crediticia. El primero es propio de los encargos de administración de intereses ajenos, un deber muy estricto en los contratos bancarios, especialmente vinculado a las operaciones de cuenta corriente bancaria, el contrato de crédito documentario, los encargos fiduciarios, entre otros. Mientras que el secreto o sigilo bancario se refiere a la privacidad del destino, la cuantía de las operaciones celebradas por los clientes, así como los estados financieros, etc. No obstante, este deber no es absoluto, pues existen supuestos legales que permiten suministrar dicha información, uno de estos supuestos es la orden de autoridad competente en procesos judiciales.
6. Internacionalización: Esta es una característica general del Derecho Mercantil, con especial aplicación a los contratos bancarios, que además de lo establecido por la normativa interna, siguen lineamientos de la costumbre internacional como se puede observar en la materia de crédito documentario (Rodríguez Azuero, 1990c, p.120).

Estas características, sin embargo, no son las únicas a criterio de otros autores como Nieto Carol, que además de las expuestas por Rodríguez Azuero señala las siguientes:

“(…) Son contratos sometidos al principio de especialización operativa [...] Casi en su totalidad son de tracto sucesivo, con vocación de cierta perdurabilidad” (Nieto Carol, 2015c, p. 14). Es decir, los contratos bancarios solo pueden ser celebrados por las entidades crediticias que previamente han obtenido la autorización requerida por el órgano de control o autoridad competente, caso contrario no obtiene la denominación de contrato bancario frente a terceros.

En consecuencia, los contratos bancarios poseen determinadas características que los distinguen de otros tipos de contratos mercantiles, conforme al rol que desempeñan en la sociedad como instrumentos jurídicos que permiten satisfacer las diferentes necesidades comerciales y sociales de la comunidad.

3.1.3. Sujetos que intervienen en los contratos bancarios

Los contratos bancarios se caracterizan por la intervención de las entidades financieras y sus respectivos clientes. Sobre quienes corresponde realizar las siguientes precisiones:

1. Las entidades financieras: A pesar de que su nombre se refiera específicamente al banco, los contratos bancarios también comprenden a las relaciones contractuales en las que intervienen otras entidades del sistema financiero nacional, comprendiendo a:

“1.1. Los Bancos: múltiples y especializados.

1.2. De servicios financieros: almacenes generales de depósito, casas de cambio y corporaciones de desarrollo de mercado secundario de hipotecas.

1.3. De servicios auxiliares del sistema financiero, tales como: software bancario, transaccionales, de transporte de especies monetarias y de valores, pagos, cobranzas, redes y cajeros automáticos, contables y de computación y otras calificadas como tales por la Superintendencia de Bancos en el ámbito de su competencia [...]

1.4. Cooperativas de ahorro y crédito; Cajas centrales [...]

1.5. Entidades asociativas o solidarias, cajas y bancos comunales y cajas de ahorro; Mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda” (Código Orgánico Monetario y Financiero Libro I, 2020a).

2. El contratante de servicios bancarios: Puede ser cualquiera persona, tanto natural o jurídica, capaz de celebrar el contrato bancario. Con la particularidad que en el caso de las personas

jurídicas se debe indicar qué persona o personas la representan, pudiendo ser más de un titular de la cuenta.

3.1.4. Naturaleza de los contratos bancarios

Los contratos bancarios como se indicó con anterioridad tienen una finalidad comercial de intermediación financiera, realizada por las entidades crediticias, intervinientes que, en un marco de actividad empresarial, buscan cumplir con sus objetivos económicos, por lo que, en un primer momento, son considerados de naturaleza mercantil. No obstante, es importante señalar una particularidad de los contratos bancarios que la diferencia de otros contratos mercantiles: su connotación social. Es decir, por el ejercicio que realizan las entidades financieras y su importancia social, su actuación se rige por lo que las autoridades competentes y los órganos de control disponen, en el caso de Ecuador, la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, así como la Superintendencia de Bancos referente a los bancos y la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria referente a las Cooperativas y demás entidades comunitarias de ahorro.

Esta regulación y control especial, es en virtud de la trascendencia social de la actividad financiera que realizan las entidades crediticias, ya que implican, no solo fines económicos, sino que sus efectos se extienden a la vida en comunidad, que puede ser valorada en más de un aspecto. Tal es así que, la actividad financiera en el Ecuador debe aplicar principios como la prevalencia del ser humano sobre el capital y la economía social.

Lo que permite considerar a los contratos bancarios como un contrato mercantil con una naturaleza especial, que se ve reflejada en el control al que son sometidos y en las consecuencias de su incumplimiento para los clientes de la entidad financiera, parte contractual sobre la cual también es necesario señalar tiene un menor poder de negociación y, por ende, es conocida como la parte débil en la relación contractual, un factor importante que la legislación de distintos países han considerado al momento de desarrollar su derecho bancario, paralelo al derecho de los consumidores.

En definitiva, los contratos bancarios tienen una naturaleza jurídica especial por los propios fines que persigue y por el rol que ejerce en la sociedad la actividad financiera, que ha evolucionado de ser un instrumento para la agilidad de los negocios, para convertirse en un medio

por el cual las personas en una comunidad alcanzan la satisfacción de distintas necesidades económicas y sociales.

3.1.5. Regulación de los contratos bancarios en Ecuador

Para analizar la regulación de los contratos bancarios en el Ecuador, se considerará en primer lugar al Código Orgánico Monetario y Financiero (Libro I) en el orden que este ha señalado, así en un primer momento presenta a una serie de entidades que vienen a conformar el sistema financiero nacional, entre ellas se encuentra la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, encargada de la formulación de las políticas públicas, así como la regulación y supervisión monetaria, crediticia, cambiaria, financiera, de seguros y valores. La junta se encuentra integrada por:

- a) El ministro titular de la economía y finanzas públicas, quien lo presidirá y tendrá voto dirimente,
- b) Un delegado del Presidente de la República quien asumirá la presidencia en caso de ausencia del Presidente
- c) El ministro que sea delegado del Presidente de la República para representar al sector de la producción, y ,
- d) d) El ministro titular de la planificación nacional del Estado.

Mientras que el Superintendente de Bancos, el Superintendente de Compañías, Valores y Seguros, el Superintendente de Economía Popular y Solidaria, el Gerente General del Banco Central del Ecuador y el Presidente del Directorio de la Corporación de Seguro de Depósitos, Fondo de Liquidez y Fondo de Seguros Privados participarán en las deliberaciones de la Junta con voz pero sin voto (Código Orgánico Monetario y Financiero Libro I, 2020b).

Otra de las entidades que presenta el Código es el Banco Central, una persona jurídica de derecho público, parte de la Función Ejecutiva, con autonomía presupuestaria y administrativa, sus funciones están determinadas por la Constitución de la República del Ecuador, el Código Orgánico Monetario y Financiero, su estatuto, las resoluciones expedidas por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, así como reglamentos internos; cuya finalidad es la instrumentación de las políticas monetaria, crediticia, cambiaria y financiera del Estado.

Por otro lado, la Superintendencia de Bancos también forma parte de las disposiciones del Código, que lo señala como un organismo técnico de derecho público con personalidad jurídica propia, parte integrante de la Función de Transparencia y Control Social, con autonomía financiera, administrativa, organizativa y presupuestaria, mientras que sus funciones y organización se rigen por lo establecido en la Constitución de la República y la ley. De tal forma que, enfocándonos en el ámbito de estudio del presente trabajo corresponde profundizar en determinadas funciones de la Superintendencia de Bancos, según el artículo 62 del Código Orgánico Monetario y Financiero:

“1. Ejercer la vigilancia, auditoría, control y supervisión del cumplimiento de las disposiciones de este Código y de las regulaciones dictadas por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, en lo que corresponde a las actividades financieras ejercidas por las entidades que conforman los sectores financieros público y privado” (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2020c).

En efecto, la Superintendencia de Bancos tiene entre sus funciones principales, la vigilancia, auditoría, control y supervisión de las actividades financieras ejercidas por las entidades que conforman el sector financiero, lo que incluye las autorizaciones pertinentes para el funcionamiento, así como la liquidación de estas. Para ello la Superintendencia de Bancos a través de sí misma o las intendencias de los distintos territorios a nivel país, puede solicitar toda la información necesaria sobre la actividad financiera realizada por las entidades autorizadas, con el objetivo de cuidar su correcto funcionamiento.

Mientras que, con relación a la protección de los derechos de los usuarios de las instituciones financieras, el Código indica claramente lo siguiente:

“16. Proteger los derechos de los clientes y usuarios financieros y resolver las controversias en el ámbito administrativo que se generen con las entidades bajo su control, para lo cual podrá solicitar o practicar de oficio, según sea el caso, las acciones de control necesarias para su esclarecimiento;

17. Establecer las cláusulas obligatorias y las prohibiciones de los contratos cuyo objeto sea la prestación de servicios financieros” (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2020d).

Esta protección a su vez, no solo se limita a resolver las controversias en el ámbito administrativo, sino que va más allá, estableciendo condiciones generales de contratación cuando el objeto sea la prestación de servicios financieros, es decir, la Superintendencia de Bancos vigilará que en todos los contratos bancarios cuyo objeto sea la prestación de servicios financieros, se respeten determinadas cláusulas de carácter obligatorio así como las prohibiciones pertinentes, con el fin de proteger al ciudadano, que como ya se ha mencionado con anterioridad, posee menor poder de negociación en los contratos de adhesión utilizados por las entidades crediticias, por lo que su consentimiento incluso el conocimiento integral de las obligaciones adquiridas no se presenta de la misma forma que en otras formas contractuales. Motivo por el cual, una de las finalidades del órgano de control es precisamente la protección de los derechos de los clientes antes de producirse las controversias a través de cláusulas contractuales obligatorias y prohibiciones.

Similares funciones son las encargadas a la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria con la particularidad de que su ámbito de competencia es respecto a las instituciones del sector financiero popular y solidario.

Ahora bien, en complemento a lo ya expuesto, el Código establece los derechos de los usuarios de las actividades financieras en el artículo 152 y siguientes, en los que asegura el derecho de las personas a recibir servicios financieros de calidad, con la información precisa y no engañosa sobre su contenido y características a través de reportes crediticios que sean exactos y actualizados. De igual forma, señala la imperante necesidad de la aceptación expresa de los usuarios para los respectivos cargos que les imponga la entidad financiera, paralelo al derecho de los clientes respecto a que su información personal sea protegida y de carácter confidencial, lo que será vigilado por los organismos de control ya mencionados. Mientras que en el supuesto de verse vulnerados los derechos, los usuarios financieros podrán interponer quejas o reclamos ante la

propia entidad, el organismo de control, el Defensor del Cliente, el Servicio de Atención al Cliente o cualquier acción administrativa, judicial o constitucional.

En otro apartado, con especial énfasis en los contratos bancarios, el Código contempla las operaciones que las entidades financieras podrán realizar con la autorización pertinente. Lo que constituye una particularidad interesante, debido a que, como se explicó con anterioridad, los contratos bancarios se clasifican tradicionalmente como antecedentes a las operaciones pasivas, activas y neutras. No obstante, la normativa ecuatoriana, adicional a las operaciones activas y pasivas incluye a las actividades contingentes y servicios en reemplazo de las denominadas operaciones neutras. Paralelamente, las entidades del sector financiero popular y solidario podrán realizar actividades dispuestas para los bancos en mayor o menor medida, con las excepciones del caso.

Complementariamente, el Código reitera el deber de información que tiene la entidad financiera respecto a sus usuarios, que conforme al artículo 246 comprende lo siguiente:

“1. Sus principales indicadores financieros; 2. Las tasas de interés activas y pasivas efectivas anuales; 3. Los cargos por servicios financieros; 4. Las condiciones generales de las actividades financieras que prestan; 5. La calificación de riesgo, cuando corresponda; 6. El estado de las operaciones que un usuario mantenga con la entidad; 7. Los beneficios y limitaciones de los servicios que se están ofertando; 8. El procedimiento para la atención de los reclamos ante la institución financiera; 9. Un ejemplar del documento físico, cuando la Institución financiera requiera la firma del usuario; y, 10. En caso de acordar que ciertos servicios como estados de cuenta de los usuarios sean enviados de manera electrónica, la certificación bancaria física que se requiera no tendrá costo” (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2020e).

Siendo una lista que señala información mínima a la que debe tener acceso el usuario, pudiendo informar más allá de lo indicado. En definitiva, lo esencial es el cumplimiento del deber de información, una de las obligaciones especiales que comprenden los contratos bancarios. A su vez, se vuelve a mencionar y a mayor profundidad en los artículos siguientes, la necesidad de la aceptación expresa del usuario para la realización de cobros o recargos y en el caso de producirse sin autorización expresa y comprobable del usuario los valores deberán ser restituidos sin perjuicio de las sanciones a las que hubiera lugar.

De igual forma, una de las disposiciones que despierta interés en el marco de la regulación de los contratos bancarios, es la responsabilidad de las entidades bancarias en el supuesto de suspensión de cargos o pagos por pérdida, norma que dispone que en el caso de producirse la pérdida, la sustracción, robo o hurto de tarjetas de débito, crédito, de cajero automático, cheques o cualquier otro instrumento de similar objetivo, las entidades del sector financiero nacional deberán suspender cualquier cargo o pago a cuenta de sus clientes, una vez han sido notificados por cualquier medio. Pero de continuar con el cobro o recargo ignorando la notificación, los valores serán asumidos por la entidad crediticia. Y de manera especial, el Código dispone que: “(...) La entidad asumirá además las responsabilidades que se deriven de fraudes informáticos causados por la debilidad o defectos en sus sistemas” (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2020f). En consecuencia, el legislador ha planteado un amplio margen de responsabilidad en el que ejecutan sus actividades las entidades crediticias, lo que obedece sin duda, a la connotación social y económica que tienen tales actividades en la vida de los ciudadanos.

Siguiendo con el orden del Código, la normativa también incluye la referencia a los contratos de adhesión, ordenando que los servicios financieros solo podrán ser prestados previa suscripción de un contrato de esta naturaleza, con observación de las cláusulas obligatorias y prohibiciones previamente aprobadas por los organismos de control, lo que implica considerar nulas de pleno derecho a las cláusulas o toda estipulación prohibidas por la legislación o que impliquen renuncia o disminución de un derecho al usuario financiero.

Mientras que, en un apartado distinto se encuentran las prohibiciones, actividades en las que no pueden incurrir las entidades del sistema financiero nacional, ubicadas en el artículo 255, citando solo algunas de estas, por la relación que tienen con los usuarios:

“(…) 2. Realizar operaciones que impliquen piramidación de capital, especialmente conceder créditos directos, indirectos y contingentes con el objeto de que su producto sea destinado, directa o indirectamente, a la suscripción y pago de acciones o participaciones de la propia entidad o de cualquier otra compañía del grupo financiero o grupo popular y solidario;

3. Realizar operaciones de crédito directas, indirectas y contingentes, recibiendo en garantía sus propias acciones o participaciones, o de las compañías subsidiarias o afiliadas pertenecientes al mismo grupo financiero o grupo popular y solidario; 4. Congelar o retener arbitrariamente fondos o depósitos [...] 9. Realizar operaciones de crédito por sobre los límites autorizados en la regulación; 10. Emitir obligaciones de corto plazo o papel comercial, con excepción de las entidades de servicios financieros y servicios auxiliares del sistema financiero; 11. Cobrar intereses por sobre los máximos establecidos; 12. Cobrar intereses de mora o multas sobre capital no vencido; 13. Violar el sigilo o la reserva; 14. Adulterar o distorsionar estados financieros; [...] 15. Conceder garantías distintas a las determinadas por la Junta de Política Monetaria y Financiera, o solicitar garantías menores en calidad y cantidad que las establecidas por dicha Junta; 16. Realizar cualquier forma de publicidad engañosa, abusiva o que induzca a error en la elección de los servicios, que pueda afectar los intereses y derechos de los usuarios financieros; [...] 18. Comercializar las bases de datos de sus clientes; 19. Enajenar o arrendar, a cualquier título, los bienes de propiedad de la entidad o los que estuvieren hipotecados o prendados a ella, en favor de los administradores, funcionarios o empleados, o a personas que actuasen a su nombre y en su representación; [...] 21. Negar la apertura de cualquier

tipo de cuenta, sin que medie justificación válida” (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2020g).

Prohibiciones que presentan escenarios en los que pueden verse vulnerados los derechos de los usuarios financieros, no obstante, estas prohibiciones no constituyen la única forma en la que pueden verse vulnerados sus derechos, ya que dependerá de las obligaciones de las partes, que diferirán de acuerdo con la relación contractual en la que se hallen. Frente a estas prohibiciones, también se encuentran las sanciones correspondientes ubicadas desde el artículo 260, rescatando la disposición que se refiere a la responsabilidad civil:

“Art. 273.- Responsabilidad civil. Sin perjuicio de las sanciones administrativas a las que se refiere esta sección y de las disposiciones correctivas ordenadas por los organismos de control, las entidades financieras responderán civilmente por las acciones u omisiones que causen perjuicio a los usuarios financieros o a los organismos estatales, de acuerdo con la ley” (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2020h).

En consecuencia, la normativa incluye la determinación de responsabilidad civil, adicional a las sanciones administrativas, lo que tiene una especial relevancia al momento de analizar la factibilidad legal para el reclamo de perjuicios civiles derivados del incumplimiento de los contratos bancarios.

Continuando con la estructura del Código, los legisladores hicieron referencia a uno de los deberes más importantes derivados de la naturaleza de los contratos bancarios, este es el deber de sigilo y reserva. Es decir, las entidades financieras tienen la obligación de proteger la información de los usuarios, que solo podrá ser entregada a través de las excepciones establecidas en el artículo 354 del Código, con la justificación suficiente.

Mientras que, otro de los instrumentos utilizados por el sistema financiero que es incluido en el Código, es el Servicio de Registro de Datos Crediticios. El cual, como su nombre lo indica,

registra la información pormenorizada de cada una de las personas naturales y jurídicas con relación a las operaciones crediticias que hayan celebrado con las entidades del sistema financiero público y privado. Lo que a su vez permite a cualquier persona evaluar el riesgo crediticio, los niveles de endeudamiento, la solvencia económica, en definitiva, la capacidad de endeudamiento de otra, en el más común de los casos, la evaluación de las entidades crediticias sobre sus usuarios.

Ahora bien, si la fuente de información ha causado perjuicios al reportar datos inexactos, ilegales o erróneos de una persona, no estará exenta de responsabilidad, adicional al deber de rectificar la información que afectó la calificación o historial de crédito.

En otra sección de la normativa, se puede encontrar a las entidades del sector financiero público, con las diferencias derivadas del régimen al que obedecen, pero con la misma facultad para realizar las operaciones activas, pasivas, contingentes y de servicios del sector financiero privado. A su vez, sobre este último sector financiero, basta decir que sigue las reglas generales presentadas al inicio del análisis normativo.

Posteriormente, desde el artículo 427 del Código, se trata sobre las entidades de servicios financieros, que comprende a las corporaciones de desarrollo de mercado secundario de hipotecas, los almacenes generales de depósito y las casas de cambio. Entidades que solo podrán realizar las operaciones autorizadas por la Superintendencia de Bancos, conforme su objeto social.

Por otro lado, los servicios auxiliares de las actividades financieras también son contemplados por la normativa, enlistándolos en el siguiente orden:

“1. De software bancario; 2. Transaccionales; 3. De transporte de especies monetarias y de valores; 4. De pagos; 5. De cobranza; 6. De redes y cajeros automáticos; 7. Contables; 8. De computación; 9. De tenencia de edificios destinados exclusivamente al uso de oficinas por parte de una entidad financiera; y, 10. Otros que fueren determinados por la Superintendencia de Bancos, en la órbita de su competencia” (Código Orgánico Monetario y Financiero Libro I, 2020i).

Sobre las cuales únicamente se realiza una breve referencia, en virtud de que sus operaciones están vinculadas al cumplimiento de los contratos bancarios y son reguladas a través de las resoluciones expedidas por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.

En último lugar, las entidades del sector financiero popular y solidario también están sometidas a la regulación de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, con la diferencia de que el control de sus actividades lo realiza la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria y no la Superintendencia de Bancos. Dentro de este sector, se encuentran las cooperativas de ahorro y crédito; las entidades asociativas o solidarias; cajas y bancos comunales y cajas de ahorro; las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda; cajas centrales y los respectivos servicios auxiliares. Entidades en las que prevalece el sentido de comunidad entre sus integrantes y las actividades que realizan; por ello se considera que los usuarios cooperativistas al celebrar operaciones bancarias con las entidades crediticias del sector financiero popular y solidario, están obteniendo una prestación indirectamente realizada por ellos, en tanto es dada por una entidad en la cual ellos mismos son integrantes directos, a diferencia de los Bancos, en los que no se ve reflejada en la misma medida el carácter asociativo, solidario o comunitario, prevaleciendo por el contrario, un carácter mercantil con fines económicos individuales.

En definitiva, el Código Orgánico Monetario y Financiero (Libro I) brinda un contexto normativo suficientemente amplio para regular los contratos bancarios, estableciendo las reglas generales que deben observar las entidades financieras tanto en sus actividades que involucran a terceros como aquellas que van destinadas a su organización interna. A su vez, no es la intención del trabajo en cuestión extender el análisis a los otros libros que conforman el Código, debido a que estos disponen sobre instituciones que difieren del enfoque de la investigación, no obstante, el límite impuesto no se traduce en una exclusión de las disposiciones que se encuentren en los siguientes libros y puedan vincularse a las expuestas.

Lo que reafirma la premisa de que la regulación de los contratos bancarios en el Ecuador no se restringe a un solo cuerpo normativo; tal es así que las distintas resoluciones expedidas por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera y los organismos de control como las Superintendencias de Bancos y de Economía Popular y Solidaria también constituyen normativa dirigida a regular estos contratos.

Al igual que la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, con su respectivo reglamento, que establecen límites en la prestación de servicios bancarios, en defensa de los usuarios o consumidores. Comenzando por los artículos 41, 42 y 43 de la Ley, que señalan algunas condiciones de obligatorio cumplimiento para las partes en los contratos de adhesión, así como prohibiciones expresas en las que no pueden incurrir; incluyendo en este grupo a los contratos bancarios, al tratarse de la misma categoría de contratos.

Mientras que en el artículo 55 de la misma Ley, los legisladores han establecido la prohibición de prácticas abusivas de mercado, entre las cuales se encuentra: “(...) 8. El redondeo de tiempos para efectivizar el cobro de intereses, multas u otras sanciones económicas en tarjetas de crédito, préstamos bancarios y otros similares” (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2019). Prohibición que realiza una mención expresa a los servicios financieros, motivo por el cual forma parte de la regulación de los contratos bancarios. De igual forma, el Reglamento de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, profundiza en la explicación de las disposiciones contenidas en la Ley, entre ellas, reitera que las cláusulas abusivas que generen indefensión al usuario o consumidor serán consideradas nulas de pleno derecho (Reglamento de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2006).

En conclusión, la regulación de los contratos bancarios en Ecuador plantea un panorama en el cual las entidades financieras se encuentran estrictamente vigiladas por los distintos órganos de control y la normativa que autoriza su actuación, con especial énfasis en las operaciones. Esta regulación obedece a su vez, a la naturaleza de la actividad financiera y su connotación en la sociedad, motivo por el cual despliega una serie de disposiciones de protección hacia los usuarios para el correcto ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones dentro del sector financiero nacional. Sin embargo, no es posible afirmar que en la práctica diaria se respetan en su totalidad los derechos del usuario financiero. En virtud de aquello, la regulación de los contratos bancarios también incluye la facultad para reclamar las indemnizaciones pertinentes por la parte que se ha visto perjudicada.

3.1.6. Obligaciones de las partes en los contratos bancarios

Las obligaciones de las partes en los contratos bancarios son múltiples y varían conforme al contrato en particular, sin embargo, es posible señalar obligaciones fundamentales que se

encuentran en todos los contratos bancarios. A favor de los usuarios financieros, se encuentran obligaciones que, como señala Embid Irujo en la obra Contratos Bancarios dirigido García Villaverde, constituyen verdaderos deberes generales del banco en el marco global de su actividad, haciendo referencia a los deberes de secreto, información, asesoramiento, fidelidad, igualdad de trato, control sobre sus empleados y de organización (García Villaverde et al.,1992, p.104). De tal forma que, estas obligaciones incluso pueden llegar a considerarse como una consecuencia directa de la aplicación de buena fe contractual, con independencia de su estipulación o su disposición en diferentes cuerpos normativos.

No obstante, es pertinente realizar un breve análisis de las obligaciones de información, sigilo bancario y reclamo, que se indican en la Codificación de la Superintendencia de Bancos, Libro Primero, Tomo IV, Resolución Nro. 810, respecto a los Derechos y Obligaciones del Usuario de las Entidades de los Sectores Financieros Público y Privado, ya que la observancia de estas permite el correcto cumplimiento de las demás obligaciones particulares de cada contrato bancario.

En primer lugar, la obligación de información se divide en: a) información de productos y servicios financieros; y b) la información y documentación.

El objetivo de la primera categoría es proporcionar información a los usuarios financieros sobre las operaciones bancarias realizadas, vinculado al derecho de educación financiera, a partir de la cual se produce el entendimiento del alcance de sus derechos y obligaciones dentro de la relación contractual. Esta información debe ser comprensible para la pluralidad de personas que no tengan conocimientos financieros, de esta forma empieza la protección de los intereses de los usuarios, a quienes se les debe proporcionar un marco de libertad contractual para elegir los productos y servicios financieros así como la entidad crediticia que los presta, a través de una información oportuna y completa sobre el alcance de sus obligaciones y derechos; un claro ejemplo de la información que debe proporcionarse es respecto a las tasas de interés y comisiones por los servicios que presta la entidad bancaria, lo que a su vez, tiene estrecha relación con la aceptación previa del usuario para el cobro de los distintos valores (Codificación de la Superintendencia de Bancos, Libro Primero, Tomo IV, Resolución Nro.810, 2018a).

En consecuencia, el conocimiento de tales condiciones para la prestación del servicio financiero es la piedra angular para que se produzca el consentimiento, con especial consideración

a la complejidad de los contratos bancarios, en donde el objeto de las entidades financieras es la intermediación, administrando el dinero o demás títulos valores, de los cuenta-ahorristas, motivo por el que los órganos de control exigen la diligencia debida.

Otra de las manifestaciones del deber de información es la entrega de los respectivos documentos que, según la Codificación de la Superintendencia de Bancos, Libro Primero, Tomo IV, Resolución Nro. 810, respecto a los Derechos y Obligaciones del Usuario de las Entidades de los Sectores Financieros Público y Privado:

“(…) respalden la negociación, contratación, ejecución y terminación del contrato, y/o de la prestación de productos y servicios financieros ya sea al obligado directo o indirecto [...] así como, conocer si en las bases de datos de las instituciones del sistema financiero existe información sobre sí mismo y acceder a ella sin restricción alguna; a conocer la fuente de dicha información; y, a exigir de la misma la rectificación de los datos personales cuando dicha información sea inexacta o errónea” (Codificación de la Superintendencia de Bancos, Libro Primero, Tomo IV, Resolución Nro.810, 2018b).

Que no se entregue tal documentación constituye una grave falta de la entidad crediticia, en tanto coloca en indefensión a la otra parte contractual, al impedirle el conocimiento de los términos exactos bajo los cuales se obligó. Por lo tanto, la comunicación constituye un elemento esencial para el cumplimiento de las obligaciones de las partes, cualesquiera que estas fueran, de acuerdo con la nominación del contrato. Esta comunicación en la actualidad puede producirse por medios electrónicos, con el cuidado respectivo de que, en efecto, la información de contacto sea la correcta para correspondiente notificación.

En segundo lugar, con relación a la obligación de sigilo o secreto bancario, que se encuentra reconocido dentro de los Derechos y Obligaciones del Usuario de las Entidades Financieras, como parte del Derecho a Protección, esta consiste en la reserva de la información proporcionada al

banco por su cliente, en virtud de su actividad, información que no es de carácter público y no debe ser entregada si no es por las excepciones de ley que lo autorizan.

Catedráticos como Mauricio Velasco, señalan que el secreto bancario persigue finalidades como:

“a. Resguardar el respeto y la protección de las cuestiones privadas, en función de la confianza que los clientes tienen con el banco;

b. Permitir la estabilidad de los sistemas financieros, ya que, al haber confianza entre el público, éste proporcionará todos los datos e informes necesarios y, en consecuencia, mantendrá su dinero y realizará sus operaciones con el banco, bajo el entendido que éste no proporcionará informes, ni hará público esos datos, en muchos casos ni tan siquiera a las autoridades. Esta confianza hace que el sistema bancario pueda captar un mayor volumen de recursos; por el contrario, al no existir esa confianza hará que los clientes retiren sus depósitos y se los lleven al extranjero; y,

c. Es un medio eficaz para traer capitales y fortalecer la economía del país”

(Velasco, 2019a, p. 189)

Estas finalidades como se puede observar insisten en un concepto clave: la confianza. Requisito esencial dentro de la relación contractual en la que participan el banco y el usuario, ya que sin la misma no sería posible la actividad financiera. Ahora bien, partiendo de la confianza recíproca de las partes que involucra la correcta administración de la entidad crediticia y la entrega de información real del cliente, el sigilo bancario se encuentra en un punto medio, guiado por el principio general de reserva de la información, principio que, tampoco es absoluto, pues existen presupuestos que permiten la entrega de dicha información, constituyendo una excepción a la

regla. Estas excepciones son establecidas por la normativa, a las cuales se hará mención más adelante.

En tercer lugar, paralelo al derecho de reclamo de los usuarios financieros por la existencia de cláusulas y/o prácticas abusivas o prohibidas que ejecuten las entidades financieras, está la obligación de las entidades de no estipular o ejecutar mencionadas cláusulas abusivas, así como de incurrir en el supuesto de prohibición, brindar los medios necesarios al cliente para su reclamo, entre ellos, el Jefe o Supervisor de Agencia, el Defensor del Cliente, las Unidades de Servicio de Atención al Cliente, las Superintendencias correspondientes y demás instancias que determine el Código Orgánico Monetario y Financiero.

Por otro lado, las obligaciones que deben cumplirse a favor de las entidades financieras comienzan por la entrega de información verídica al momento de adquirir cualquiera de los servicios o productos prestados por la entidad financiera y de ser el caso, informar las modificaciones de tal información, con especial énfasis en los datos personales que permiten una correcta notificación de la entidad al cliente. Adicionalmente, los usuarios financieros tienen la obligación de cumplir con lo pactado en el contrato bancario, en las formas, plazos y condiciones establecidas en cada contrato en particular. Así como el pago de las cuotas pactadas de ser el caso, ya que no hacerlo deberá atenerse a las penalidades estipuladas.

En definitiva, estas obligaciones no se limitan a una estipulación contractual, por el contrario, muchas de ellas hallan su justificación en la normativa aplicable como sucede con las obligaciones de las entidades financieras en favor de los usuarios, que, al transgredirse, dan como resultado el incumplimiento contractual con sus respectivas consecuencias dispuestas en el Código Civil y las demás que indique el Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero, entre otros cuerpos normativos.

De ahí la importancia que revisten tales obligaciones, como el deber de información que permite el correcto cumplimiento de las obligaciones particulares de cada contrato bancario, al presentarle con claridad el alcance de sus derechos y obligaciones contractuales al usuario financiero; el sigilo bancario que obedece a la reserva con la que deben actuar las entidades crediticias respecto a la información proporcionada por sus clientes, con determinadas excepciones, así como los mecanismos para efectivizar el derecho al reclamo. De igual forma, las

obligaciones de los usuarios frente a las entidades financieras, que, al faltar en su cumplimiento, dan lugar a facultades extraordinarias de estas últimas para lograr el cobro de los valores pendientes o la ejecución forzosa de la obligación en particular que no cumplió el cliente.

3.1.7. Supuestos de exoneración de incumplimiento en los contratos bancarios

Existen determinados supuestos que exoneran del incumplimiento contractual, estas excepciones se presentan en distintas formas, empezando por las establecidas en el Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero.

En primer lugar, el artículo 354 del Código hace referencia a las excepciones del sigilo y reserva, ante los cuales no puede considerarse se ha vulnerado la obligación que debía prestar la entidad crediticia. Estas excepciones son:

“1. Los antecedentes relativos a operaciones efectuadas por quienes sean parte o sean investigados en causas que se encuentren bajo el conocimiento de un juez o de la Fiscalía General del Estado; 2. Los datos del titular de cuentas corrientes cerradas por giro de cheques sin provisión de fondos, requeridos por el tenedor legítimo de los cheques; 3. Cualquier información requerida por los organismos de control y el Servicio de Rentas Internas, en el ámbito de su competencia; 4. La información que requiera la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, la cual deberá ser canalizada a través del organismo de control; 5. La información que deben entregar los organismos de control para dar a conocer al público la situación patrimonial y financiera de las entidades financieras; 6. Los informes requeridos a los organismos de control, en el ámbito de su competencia, por gobiernos o por autoridades competentes de los países con los que el Ecuador mantenga convenios recíprocos y legítimamente celebrados para combatir la delincuencia, en los términos de dichos convenios; 7. Las informaciones financieras

que constituyan intercambio con autoridades de control bancario, financiero y tributario de otros países, siempre que existan convenios recíprocos, vigentes y legítimamente celebrados; y, 8. Los demás que establezca la ley” (Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro I, 2020j).

Paralelamente, la institución que haya requerido dicha información deberá mantener el sigilo y reserva, utilizándola conforme los fines justificados; trasladándose la responsabilidad, con excepción de lo establecido en el numeral 6 y 7.

Otro de los supuestos que exoneran de incumplimiento en los contratos bancarios se presenta en el caso de producirse la pérdida, el robo, hurto o sustracción de tarjetas de crédito, de débito, cheques u otro instrumento que tenga similar objetivo y el cliente no ha notificado a la entidad crediticia o lo ha notificado tiempo después del suceso, no se entenderá como incumplimiento contractual haber realizado los respectivos cobros al cliente, debido a que la entidad crediticia desconocía de la situación por falta de notificación oportuna de parte del usuario. Sin embargo, este supuesto no debe confundirse con los servicios que prestan los bancos de recibir y conservar objetos, muebles, valores y documentos en depósito para su custodia, así como el uso de casilleros y cajas de seguridad, ya que si se produjera una pérdida, robo, hurto o sustracción de los objetos, valores o documentos custodiados, no se estaría ante el mismo escenario, debido a que el deber de cuidado y guarda recaía en la entidad bancaria, a diferencia de los instrumentos como tarjetas de crédito, débito y otros, en donde el deber de cuidado lo ostenta el usuario financiero, quien debe notificar del suceso.

Continuando con los supuestos que exoneran del incumplimiento contractual, uno de ellos se presenta con relación al uso del cheque; este instrumento es un medio de pago, que se materializa a través de la orden dada por el girador respecto a los fondos que se encuentran en una cuenta de la cual es titular, en determinada entidad financiera, para que ésta, a quien se le denomina girado, realice el pago en favor del beneficiario. El girado o entidad financiera, está obligada a pagarlo cuando ha sido presentado ante ésta, con excepción de los cheques que se presenten después del plazo máximo para el pago, así como aquellos que tengan defectos de forma.

No obstante, cuando se han cumplido los requisitos de forma y a pesar de ello, no se realiza el pago del cheque, la actuación del girado no constituye un incumplimiento contractual, siempre y cuando la falta de pago se deba a la insuficiencia de fondos en la cuenta del girador, así como en los casos de pérdida o sustracción de los cheques, cuando el girador ha ordenado la suspensión del pago. Con relación a la falta de pago por la insuficiencia de fondos del girador, para que no constituya un incumplimiento, debe ir acompañado del protesto por parte del girado, quien está obligado a señalarlo.

Otro de los supuestos se presenta con relación a las cláusulas de aceleración de pago, este tipo de cláusula es común en los contratos bancarios, especialmente en aquellos que en los que existe una obligación de pago por parte del usuario financiero, quien deberá cumplirla en los términos y condiciones establecidos en el mismo. Sin embargo, de darse la falta de pago de una de las cuotas, incluso sin que se tornen exigibles las otras, el banco tendrá la facultad para declarar como vencida la obligación en su totalidad, lo que no constituye incumplimiento contractual, puesto que existe una cláusula que lo permite.

En definitiva, existen innumerables supuestos de exoneración de incumplimiento, que dependerán de la figura contractual en particular. Así, los supuestos que se han analizado hasta ahora son los que se consideran generales o más comunes de las relaciones contractuales que involucran a las entidades financieras y los usuarios, por lo tanto, se debe tener en cuenta las prestaciones y contraprestaciones de cada contrato en especial para comprender si en efecto las actuaciones de cada parte se traducen en un incumplimiento contractual o, por el contrario, están exoneradas de declararlas como tal.

3.2. Referencia a ciertos contratos bancarios como fuente de daño moral

Entre los distintos contratos bancarios cuyo incumplimiento puede llegar a constituir fuente de daño moral, se mencionan los siguientes:

- a. Contrato de Cuenta corriente.
- b. Tarjetas de crédito.
- c. Préstamo de dinero.

Figuras contractuales que han sido comprendidas en la mencionada lista, en virtud de su constante aplicación dentro del sistema financiero nacional, motivo por el cual es pertinente continuar con una breve referencia sobre las mismas.

Las relaciones contractuales entre el banco y el usuario financiero no se limitan a una sola prestación y contraprestación, su objetivo es durar en el tiempo, por tal motivo, el usuario financiero comienza abriendo una cuenta bancaria, a partir de la cual se celebran otros contratos bancarios. La cuenta bancaria puede ser de distintos tipos, dependiendo de la oferta de la entidad crediticia, no obstante, las más utilizadas en Ecuador son las cuentas de ahorro y corriente.

Una de sus diferencias es que la primera destina los fondos al ahorro, como su nombre lo indica, mientras que la segunda permite la disposición de los fondos con mayor facilidad, pues busca otorgar liquidez al titular de la cuenta, tal es así que incluso permite sobregiros. De igual forma, al consistir en ahorro la cuenta que lleva el mismo nombre, la entidad financiera otorga un porcentaje de intereses a favor del usuario financiero que mantiene sus fondos en la cuenta, mientras que en la cuenta corriente el cliente no suele recibir un porcentaje a favor por intereses del saldo en cuestión. El monto mínimo para la apertura de una cuenta corriente, a diferencia de una cuenta de ahorro que no impone tal requerimiento, es otra de sus diferencias; al igual que el uso de las tarjetas de débito y los cheques o transferencias bancarias, ya que las tarjetas de débito permiten obtener el saldo requerido en la cuenta de ahorros, igual que en la cuenta corriente, aunque no es lo usual, debido a que utilizan los instrumentos de chequeras y transferencias electrónicas.

Así, una vez planteada la premisa de la cuenta bancaria como inicio de las múltiples relaciones contractuales que vinculan a la entidad crediticia con el usuario financiero, corresponde hacer referencia a los contratos antes mencionados.

a. Contrato de Cuenta Corriente

En el contrato de cuenta corriente participan una persona física o jurídica y una entidad financiera, acuerdo en donde el cliente transfiere dinero o activos líquidos a la entidad financiera bajo la calidad de depósito—débito— y sobre tales valores, la entidad financiera, le otorga un crédito que le faculta al cliente girar contra él —crédito—el cual estará a favor del cliente de manera inmediata (Arroyo, 2019a, p.63).

Bajo esta noción de contrato de cuenta corriente se puede empezar su estudio, sin embargo, su análisis se hará con mayor detenimiento más adelante.

b. Tarjeta de crédito

El contrato de tarjeta de crédito a diferencia de la figura del cheque no requiere de la previa celebración de un contrato de cuenta corriente con la entidad financiera que provee el crédito.

Según el profesor Mauricio Velasco, la tarjeta de crédito es:

“(…) un contrato complejo de características propias que establece una relación triangular entre un comprador, un vendedor y una entidad financiera. Posibilita al primero la adquisición de bienes y servicios que ofrece el segundo, en virtud de la promesa previa formulada a la entidad emisora de abonar el precio de sus compras en un plazo determinado. La entidad emisora se hará cargo de la deuda abonando el importe al vendedor previa deducción en las comisiones que se hayan estipulado entre ambos” (Velasco, 2019b, p.158).

Es decir, el contrato de tarjeta de crédito consiste en un compromiso entre la entidad financiera y el cliente, para que la primera le conceda al segundo un crédito, a través del pago a terceros que exhiban las facturas firmadas por el titular de la tarjeta de crédito. En esta operación bancaria intervienen: a) la empresa emisora de la tarjeta y el banco con el que se ha asociado- pero en la generalidad de los casos el emisor de la tarjeta suele ser un banco; b) el usuario de la tarjeta y c) los establecimientos comerciales que se han afiliado al sistema (Guzmán, 2005a, p. 44).

Por consiguiente, las características de este contrato no difieren en gran medida de las características propias de los demás contratos bancarios, no obstante, se reitera su característica de principal, personalísimo, de ejecución sucesiva y esencialmente un contrato de adhesión (Guzmán, 2005b, p. 46). Tales características particularizan al contrato de tarjeta de crédito, en virtud de que no está sujeto a la existencia de otra figura contractual, como sucede con la cuenta corriente y los cheques o las transferencias electrónicas de fondos, siendo, por tanto, un contrato principal. De claro carácter personalísimo, de tracto sucesivo, que le permite al cliente obtener crédito en sus compras reiteradamente hasta el monto acordado y, en definitiva, un contrato de adhesión, en tanto es propio de los bancos o instituciones emisoras de las tarjetas utilizar formularios para las solicitudes de uso, así como estipular a favor de la entidad crediticia la facultad de terminar el contrato y exigir la devolución de la tarjeta tras el incumplimiento del titular con relación a sus obligaciones de pago que han sido cargados a esta, sin que sea posible negociar las condiciones contractuales.

Otra característica importante del contrato de tarjeta de crédito radica en ser uno de los medios de pago electrónico más usado, esto en virtud de que el comercio se ha trasladado en gran medida a espacios virtuales, desplazando cada día más el uso del dinero en efectivo. Adicionalmente, una característica esencial para los bancos es la verificación de los ingresos del solicitante, que deberán de ser lo suficientemente altos para responder por las obligaciones que contraiga con el uso de la tarjeta. Al requerir esta información a sus futuros clientes, los bancos están midiendo su capacidad crediticia, lo cual será determinante para otorgar el monto máximo de crédito.

Con relación a los derechos y obligaciones de las partes, una vez se ha firmado el contrato, tras el análisis de la entidad financiera de la capacidad crediticia del cliente, ambos están sujetos a

respetar el límite de crédito, es decir, el monto máximo que la entidad crediticia está dispuesta a financiar. En consecuencia, el cliente tiene la obligación de pagar por los consumos cargados a la tarjeta, paralelo a la obligación de información del banco (Guzmán, 2005c, p. 45). Es decir, la entidad financiera debe remitir mensualmente un informe de los gastos efectuados con cargo a la tarjeta de crédito, con especial énfasis en el monto mínimo que puede pagar y el saldo restante que el banco está dispuesto a financiar. En el caso de presentarse una solicitud y aceptación expresa y escrita del titular de la tarjeta de crédito para recibir el estado de cuenta al correo electrónico que el tarjetahabiente señale, este reemplazará al estado de cuenta físico.

No obstante, estos derechos y obligaciones no son los únicos, para profundizar en el tema es necesario revisar a breves rasgos la regulación de las tarjetas de crédito. La normativa que se encarga de aquello es la Codificación de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, Libro Primero, Tomo VI, Resolución Nro. 385, la misma que empieza manifestando que solo las entidades financieras pueden ser emisoras y/u operadoras de tarjetas de crédito por cuenta propia o a través de las entidades auxiliares del sistema financiero, otorgándoles una facultad exclusiva, lo que lleva al ejercicio de las siguientes actividades:

“1. Emitir y promover la tarjeta de crédito; 2. Calificar y aprobar las solicitudes de los tarjetahabientes y de afiliación de establecimientos; 3. Conceder líneas de crédito, ya por utilización de la tarjeta de crédito en establecimientos comerciales o por entrega de dinero en efectivo; 4. Efectuar cobros a los tarjetahabientes y pagos a los establecimientos; 5. Recibir fondos de sus tarjetahabientes con la finalidad de efectuar pagos a sus futuros consumos; y, 6. Otras actividades estrictamente relacionadas con el objeto de las entidades financieras emisoras y/u operadoras de tarjetas de crédito, las que deberán ser previamente autorizadas y reportadas a la Superintendencia de Bancos.

Los emisores de las tarjetas de crédito podrán operar por sí mismos dichas tarjetas o contratar su operación total o parcial con una entidad auxiliar del sistema

financiero autorizada por la Superintendencia de Bancos” (Codificación de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, Libro Primero, Tomo VI, Resolución Nro. 385, 2020a).

Estas actividades tendientes a la emisión de las tarjetas de crédito también están relacionadas con las siguientes disposiciones normativas: a) Si las tarjetas no son previamente solicitadas por los clientes serán consideradas nulas, sin generar ningún costo para el cliente que no ha solicitado ni aceptado por escrito la tarjeta; b) Las entidades del sector financiero nacional están obligadas a aplicar y observar los términos establecidos en el modelo de contrato que la Superintendencia de Bancos; c) en el supuesto de no cumplir, el órgano de control estará facultado para modificar los textos de los contratos y formatos que no se ajusten al régimen normativo vigente, al igual que en el supuesto de existir cláusulas abusivas definidas en la Ley de Defensa al Consumidor; d) la entidad financiera emisora y/u operadora de tarjetas de crédito deben entregar a sus tarjetahabientes y establecimientos afiliados una copia de los contratos que han celebrado con ellos; e) se reconocerá la validez de los mensajes de datos y sus documentos adjuntos provenientes del titular de la tarjeta de crédito cuando estos se presenten inalterables, íntegros, completos y accesibles; f) en el supuesto de que los tarjetahabientes deseen realizar el pago de futuros consumos, las entidades financieras podrán aceptarlos y ganarán intereses, sujetándose a las disposiciones sobre encaje; g) en el supuesto anterior, el tarjetahabiente que hubiera pagado un monto superior al adeudado podrá solicitar se le restituya; h) Si el titular de la tarjeta de crédito desea dar por terminado el contrato de la tarjeta emitida podrá realizarlo a través de los diferentes canales que haya habilitado el emisor, si quedaran valores pendientes de pago estos se mantendrán como una operación de crédito pero si no existen saldos pendientes al momento que recibe la comunicación el emisor no podrá realizar ningún cargo; i) En el caso de los cargos o pagos efectuados por la entidad crediticia por cuenta de sus clientes, después de haber sido notificados de pérdida, sustracción, robo o hurto, serán asumidos por la entidad. Al igual que la responsabilidad por fraudes informáticos ocasionados por las debilidades o defectos en sus sistemas o seguridades. La notificación deberá ratificarse por escrito dentro del término de cuarenta y ocho horas. Imponiendo a la entidad financiera la responsabilidad de custodia de los valores que registren en la tarjeta hasta la emisión de una nueva (Codificación de la Junta de

Política y Regulación Monetaria y Financiera, Libro Primero, Tomo VI, Resolución Nro. 385, 2020b).

Las mencionadas disposiciones regulan en gran medida la emisión y operación de las tarjetas de crédito, evidenciando el rol de órgano de control de la Superintendencia de Bancos en el ámbito de las condiciones contractuales, que deben seguir un modelo aprobado por el propio órgano de control. De igual forma, la aceptación expresa es un elemento importante para el uso de las tarjetas de crédito, tanto para su solicitud como para aceptar los cargos que se han hecho en ella, al igual que la responsabilidad de la entidad financiera en los supuestos de pérdida, sustracción, robo o hurto. Sin embargo, la mención a breves rasgos de estas disposiciones no constituye un análisis profundo de la normativa, por lo que, de ser el caso, se deberá acudir a esta.

Así, en virtud de lo expuesto, se puede evidenciar por qué el contrato de tarjeta de crédito forma parte de los principales contratos bancarios. La facilidad que brinda a los usuarios financieros para realizar pagos electrónicos, en un mundo estrechamente vinculado al comercio electrónico es una de las razones por las que resulta tan atractivo su utilización. Al mismo tiempo que permite financiar los consumos en cómodos plazos con el respaldo de una entidad crediticia. No obstante, sus beneficios son paralelos al cumplimiento de las obligaciones contraídas por ambas partes. Por la connotación social y económica del uso de la tarjeta de crédito, se reitera la necesidad de cumplir a cabalidad las disposiciones que regulan su emisión y operación. El contrato de tarjeta de crédito brinda un instrumento que facilita el consumo y, por tanto, nutre en gran medida a las actividades comerciales. Sin embargo, su función económica y social puede verse opacada cuando se incumplen las estipulaciones contractuales y disposiciones legales que regulan su correcto uso, de ahí que la utilidad de la tarjeta de crédito es simultánea a su consideración de fuente de daños en virtud de su incumplimiento.

Para desarrollar esta premisa se toma en cuenta la disposición de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera que se presentó en párrafos anteriores, la cual establece la obligación de dar por terminado el contrato una vez el cliente ha dado la notificación, entre otras obligaciones para las partes, siendo particularmente interesante para efectos del trabajo de tesis, considerar que esta obligación constituye un presupuesto para daño moral cuando no se ha cumplido con la misma, es así que, si el cliente notifica a la entidad financiera su decisión de dar

por terminado el contrato de tarjeta de crédito, y la entidad financiera desconociendo la notificación mantiene activa la tarjeta de crédito, incluso sin que el cliente se percate de ello. Dando como resultado una serie de consecuencias dañosas para el cliente altamente probables, como lo sería la imposición de cargos a la tarjeta de crédito por encontrarse activa, aun si no se hace uso por parte del cliente, quien en su razonamiento considera que la relación contractual ha finalizado y se encuentra desactivada su tarjeta de crédito. Situación que puede ser susceptible de causar daños, con especial énfasis daño moral si se añade al supuesto que por una deuda desconocida se incluye a la persona en la denominada Central de Riesgos, registro supervisado por el órgano de control, que indica quienes son deudores en el sistema financiero nacional, imposibilitando al cliente de obtener una serie de oportunidades, como lo sería un crédito por parte de otra entidad financiera u oportunidades laborales, que ciertamente consideran el historial crediticio de la persona como señal de probidad.

Tales circunstancias pueden generar angustia, descrédito, preocupaciones y turbaciones a nivel personal e interior de la persona, sin excluir los perjuicios materiales, que como se ha manifestado desde el inicio del presente trabajo, la presencia de un daño patrimonial no excluye la presencia de un daño extrapatrimonial o que puedan estar estrechamente vinculados. Consecuentemente, el incumplimiento de las estipulaciones contractuales y disposiciones legales con relación a la tarjeta de crédito crean circunstancias idóneas para considerar la presencia de un daño moral, sin que la expuesta sea la única posible, ya que, si se tiene en cuenta que en el supuesto presentado se ha vulnerado el deber de diligencia e información por parte de la entidad financiera, siendo estos deberes propios de la contratación bancaria, se puede colegir que, cuando a breves rasgos se entrevé la vulneración de cualquiera de estos deberes esenciales en la prestación de servicios bancarios, se podría estar frente a presupuestos susceptibles de daño moral contractual, lo que no excluye el análisis concreto que corresponda en cada caso.

c. Préstamo de dinero

El contrato de préstamo de dinero que generalmente se instrumenta a través del mutuo, motivo por el cual se precisa en su estudio, es una de las figuras más usadas en la contratación bancaria. En virtud de este contrato la entidad bancaria presta una cantidad de dinero al cliente,

quien queda obligado a restituir la suma que le fue prestada bajo los intereses, plazos y demás condiciones previamente establecidas (Arroyo, 2019c, p. 66).

De esta forma la entidad crediticia realiza la denominada intermediación financiera que le permite prestar recursos a sus clientes con la obligación de restituirlos, al mismo tiempo que genera ganancias derivadas de los intereses.

Catedráticos como el Doctor Marco Guzmán indican que este contrato se caracteriza por ser principal y oneroso, no obstante, no existe un consenso generalizado de si se trata de un contrato real o consensual. La postura con mayores adeptos considera que es un contrato real que se perfecciona a través de la entrega o acreditación de los valores acordados. El contrato de préstamo bancario o mutuo también se caracteriza por sus distintas modalidades: a) conforme a su plazo; b) por su destino; c) por su perfeccionamiento; d) por las garantías que requiere.

Según su plazo se distinguen los créditos a corto, mediano y largo plazo, así como los denominados créditos rotatorios. Por su destino se encuentran los créditos para la producción, el consumo y finalidades específicas. En cambio, por su perfeccionamiento se hallan los créditos cambiarios, créditos en cuenta y dentro de estos, créditos por sobregiro. Finalmente, la clase de créditos por las garantías que requieren hace referencia a los créditos que se conceden contra la sola firma del prestatario o los que necesitan de garantías en específico, ya sean de tipo real o personal (Guzmán 2005d, p. 28).

En el contrato intervienen el mutante y el mutuario. El primero de ellos es el banco o la entidad financiera que presta el dinero, mientras que el segundo es la persona que se beneficia del crédito. En el caso del mutante, se considera que su obligación se cumple cuando entrega el dinero al que asciende el mutuo, no obstante, antes de la entrega el banco se encargó de revisar la solicitud de préstamo del mutuario y establecer las condiciones como: la facilidad de financiamiento, el valor del mutuo, los intereses y demás escenarios que contemple el préstamo.

A partir de que es aprobado el crédito, el banco pone a disposición del mutuario los valores indicados, generalmente a través de la acreditación en su cuenta.

Por otro lado, el mutuuario contrae dos obligaciones principales: 1) pagar los intereses y, 2) restituir la suma recibida.

En primer lugar, con relación al pago de intereses, el Banco Central del Ecuador establece las tasas legales de interés conforme a las condiciones económicas y monetarias del país en determinado periodo. Las entidades crediticias deberán respetar las máximas establecidas por la autoridad monetaria para el período en específico, de no hacerlo, la persona afectada tendrá la facultad de iniciar legales para recuperar el exceso que se ha cobrado, la indemnización de daños y perjuicios, así como la denuncia por el delito de usura.

En segundo lugar, la obligación de restituir la suma recibida está sujeta al plazo previsto, pudiendo haber tantas fechas de vencimiento o cuotas según las partes lo hayan establecido. En este contrato bancario es común encontrar la cláusula de aceleración de pago, a través de la cual se puede exigir anticipadamente la totalidad de la deuda ante el incumplimiento de pago de los intereses o cualquiera de las cuotas del capital por parte del deudor (Azuelo, 1990d, pp. 299- 303).

En cuanto a la regulación de este contrato, la Codificación de la Superintendencia de Bancos, Libro Primero, Tomo II, Resolución Nro. 810 en el capítulo de las normas para la concesión de créditos en cuenta corriente, contratados o no, brinda las primeras pautas para conocer el radio de actuación de las entidades crediticias, entre estas menciona que para la concesión de un crédito en cuenta corriente contratado debe existir la petición expresa del titular de la cuenta así como la previa suscripción de un contrato, mientras que, para la concesión de un sobregiro ocasional puede haber o no la solicitud expresa del titular de la cuenta corriente, y tampoco es necesaria la previa suscripción de contrato alguno. Por otro lado, las entidades financieras tienen prohibido:

- "a. Debitar de una cuenta de depósitos monetarios, valores que no hayan sido expresa y específicamente autorizados, o que constituyan, en virtud de otra operación o crédito, obligación a favor de la entidad o de sus empresas subsidiarias y afiliadas, así como personas naturales o jurídicas vinculadas por propiedad o gestión; y, b. Conceder, directa o indirectamente, créditos en cuenta corriente

contratados o no a sus directores, funcionarios o empleados conforme lo previsto en el artículo 215 del Código Orgánico Monetario y Financiero” (Codificación de la Superintendencia de Bancos, Libro Primero, Tomo II, Resolución Nro. 810, 2019).

Estas prohibiciones se dirigen a respetar las instrucciones del usuario financiero para que no sean debitados valores que no ha autorizado, así como evitar la indebida concesión de créditos a funcionarios de las entidades crediticias que tendrían un acceso privilegiado a los mismos. Mientras que la Codificación de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, Libro Primero, Tomo V, Resolución Nro. 385 establece con relación las operaciones del sistema financiero la obligatoriedad de las instituciones financieras de poner a disposición de los clientes la posibilidad de elegir el sistema de amortización a ser utilizado para la contratación del crédito, para lo cual el cliente deberá recibir de forma física o digital la hoja informativa dispuesta por el organismo de control (Codificación de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, Libro Primero, Tomo V, Resolución Nro. 385, 2020b).

En consecuencia, el contrato de préstamo de dinero mediante el empleo del mutuo constituye una de las figuras más utilizadas en el ámbito de la contratación bancaria. Es a través de la intermediación financiera que los usuarios acceden a los recursos, al mismo tiempo que se producen tasas de interés a favor del banco como prestamista, quien a su vez destina un porcentaje a los clientes por mantener su dinero en la entidad financiera, materializando el contrato de préstamo de dinero. El cual, como ya se mencionó con anterioridad, se caracteriza por un análisis de la capacidad crediticia del usuario, lo que puede llevar a la celebración de otras figuras contractuales para asegurar el pago, ya sea a través de garantías personales, reales o ambas. Así, el contrato de préstamo de dinero se rige por una normativa estricta, al igual que la actividad bancaria en general.

Sin embargo, ante el supuesto de no cumplir con la normativa estricta que lo regula ni las estipulaciones contractuales específicas, el préstamo de dinero, a través del mutuo, puede constituir fuente de daños en virtud de su incumplimiento, en igual medida que la tarjeta de crédito, como se expuso con anterioridad. Debido a que, sin desconocer la utilidad de los contratos bancarios en la

actividad diaria de los ciudadanos y a nivel macro del Estado en sí, la contratación bancaria por la propia naturaleza de sus actividades tiene implicaciones en distintas esferas de actuación del individuo, incluyendo la esfera personal e íntima, por lo que el daño moral derivado del incumplimiento contractual también podría presentarse en el marco de un préstamo de dinero a través del mutuo.

Uno de estos supuestos radica en informar incorrectamente al cliente sobre los valores adeudados con la entidad bancaria ya sea por concepto del capital o de los intereses generados, situación que podría acarrear otra serie de consecuencias dañosas, como lo sería ser registrado en la Central de Riesgos como se indicó en el ejemplo anterior, ejecuciones indebidas de garantías, tardanzas injustificadas de cancelaciones de garantías o inclusive en un plano privado, derivar en el incumplimiento de otras obligaciones adquiridas con terceros, en virtud de la información dada por la entidad bancaria, que en este supuesto estaría vulnerando en primer lugar el deber de información y de diligencia, sin perjuicio de otros deberes u obligaciones que se puedan acreditar en el caso en concreto. Circunstancia que sí podría ser susceptible de causar un daño moral, en virtud de los sentimientos de aflicción, vergüenza, angustia y demás que significa incurrir en un incumplimiento con terceros, incluso si se considera que el cliente, quien adquiere la calidad de deudor, sin actuaciones propias que lo lleven a aquello, puede tener una capacidad reducida para solventar deudas impuestas por la falta de diligencia de la entidad bancaria.

En ese sentido, los contratos bancarios no se limitan a los expuestos, no obstante, los que se han desarrollado en el presente apartado pueden ser considerados como principales en el área bancaria por su constante utilización y relevancia social. Al igual que es afirmativa la premisa de considerar estas relaciones contractuales como posibles fuentes de daño moral, ya que, en general, es conocido que una de las fuentes que generan obligaciones es el contrato, con especial relevancia para el daño moral, la naturaleza de los contratos bancarios y, por ende, de las connotaciones de su incumplimiento. Con ese antecedente, es menester recordar que en cada uno de los contratos mencionados se desarrollan complejas relaciones jurídicas, que, si bien se guían por los mismos principios de la actividad bancaria, como el deber de información, diligencia, profesionalismo, entre otros, presentan particularidades por el contexto obligacional en el que se encuentran las partes.

En definitiva, los contratos expuestos además de cumplir con las particularidades que los cataloga como contratos mercantiles, gozan de una considerable connotación social que la diferencia de otros contratos con fines pecuniarios, puesto que la actividad bancaria se produce en el contexto de una actividad de interés colectivo. El origen de los recursos manejados por las entidades financieras no se limita a determinados sectores sociales, por el contrario, corresponden a toda la población de un país, sin considerar las divisas extranjeras. Por ello la estricta normativa a la que están sujetas las entidades financieras, ya que manejan el dinero de todos los ciudadanos directa o indirectamente.

La confianza en el sistema financiero es uno de los pilares para el crecimiento del país, así como el individual de los ciudadanos, no obstante, la confianza está sujeta a un correcto funcionamiento en los distintos niveles en los que se produce la actividad bancaria. Así, el incumplimiento de los contratos bancarios tiene una mayor connotación social, debido a que se quebrantan obligaciones de carácter especial propias de la actividad financiera, al mismo tiempo que la afectación no se limita al ámbito económico. Motivo por el cual, en el siguiente apartado se profundiza en el contrato de cuenta corriente y los supuestos de incumplimiento en los que podría producirse el daño moral.

3.3. Referencia particular al Contrato de cuenta corriente y su relación como posible fuente de daño moral

3.3.1. Concepto de contrato de cuenta corriente

El contrato de cuenta corriente como se hizo mención en el apartado anterior consiste en depósitos de dinero realizados en la entidad financiera, que son colocados a disposición del cliente de manera inmediata a través del servicio de caja, incluyendo en la generalidad de los casos, la apertura de una línea de crédito. Bajo ese mismo lineamiento, la profesora Cordero Lobato indica que el contrato de cuenta corriente bancaria es un contrato mediante el cual la entidad financiera presta un servicio de caja, reflejándose contablemente los cobros y pagos en la cuenta del cliente, al mismo tiempo que la entidad financiera recibe una comisión por el servicio.

Tratándose de un contrato de gestión de intereses ajenos, similar al contrato de mandato y comisión (Velázquez, Agúndez y Martínez-Simancas, 2015a, p.41).

Es decir, el contrato de cuenta corriente inicia su dinámica a través de los depósitos o transferencias realizadas por el cliente en la cuenta de la cual es titular en determinada entidad financiera para que esta le brinde el servicio de caja y de ser el caso-el de crédito- de forma expedita, desembolsando los valores que se encuentran en su cuenta, incluso si estos no son suficientes, configurándose en el segundo supuesto el denominado sobregiro.

Que debe entenderse como: “(...) una operación de abono que realiza una entidad bancaria para cubrir pagos contraídos por un titular de una cuenta bancaria que no dispone de saldo suficiente para los mismos en un momento determinado” (Sánchez, 2020).

Por otro lado, Rodríguez Azuero dentro de su estudio del contrato de cuenta corriente ahonda en la discusión de si se trata de un contrato principal y autónomo o simplemente una operación accesoria al contrato de depósito o apertura de crédito. Manifestando que la segunda postura es netamente académica, en tanto diferentes legislaciones del mundo siguen la tesis de considerarlo un contrato principal y autónomo, presentando como justificación que, de no ser así, se llegaría al extremo de pensar que la relación contractual finaliza cada vez que el banco entrega la totalidad de los fondos, iniciando una nueva al momento de realizar un ulterior depósito (Rodríguez Azuero, 1990e, p. 153). De tal forma que, el contrato de cuenta corriente proporciona

una estructura contable y jurídica que permite múltiples operaciones bancarias sin que por ello pierda su característica de principal y autónomo.

El contrato de cuenta corriente constituye uno de los contratos principales en el ámbito de la contratación bancaria, ya que a partir de este se desarrollan otras figuras contractuales. En consecuencia, ser un contrato fundamental para la celebración de otros, no indica que sea menos autónomo. Por el contrario, al establecer la estructura contable y jurídica para un complejo entramado de relaciones contractuales entre el usuario y la entidad financiera, se sitúa como base para todo estudio dentro del área señalada.

3.3.2. Características del contrato de cuenta corriente

El contrato de cuenta corriente según Rodríguez Azuero se caracteriza por ser:

- a) Autónomo y principal: al tratarse de un contrato que existe por sí mismo sin dependencia de otro.
- b) Consensual: si los depósitos o apertura de crédito surgen de la preexistencia del contrato, postura que también es apoyada por otros autores.
- c) Bilateral: En principio las obligaciones del contrato parecen imponerse únicamente al banco o entidad financiera, con relación a devolver la suma de dinero y pagar los intereses, no obstante, las contraprestaciones se imponen conforme a la legislación de cada país, convirtiéndolo en un contrato bilateral.
- d) Oneroso y conmutativo: En virtud de los beneficios económicos recíprocos en mayor o medida para ambas partes.
- e) De tracto sucesivo: Las obligaciones de las partes y el ejercicio de los derechos se exteriorizan durante un tiempo indefinido.
- f) De adhesión: Al igual que los demás contratos bancarios se presenta como un contrato de adhesión, en el que se impone la tipificación de los organismos de control y las entidades financieras (Rodríguez Azuero, 1990f, p. 156).

De forma semejante, Sánchez Calero presenta características específicas del contrato de cuenta corriente:

- a) Los fondos de la cuenta corriente son de disponibilidad inmediata y permanente del titular: En la actualidad las entidades financieras otorgan mayores intereses entre más amplio sea el plazo de depósito y el monto que mantiene en su cuenta.
- b) La cuenta corriente bancaria constituye un contrato orientado a la compensación: Confluyen las calidades de acreedor y deudor continuamente. La compensación del saldo siempre será para el cliente o para la entidad financiera como resultado del conjunto de cobros y pagos previos.
- c) Presenta una estrecha relación con el servicio de caja: como medio a disposición del titular de los fondos, ya sea a través de las tarjetas de crédito, los cajeros automáticos, las transferencias bancarias, etc. (Sánchez Calero, J., 2002b, p.p. 110-114).

Mientras que autores como Álvarez Didyme-dòme además de lo indicado, afirma que el contrato de cuenta corriente es un contrato normativo en tanto establece las reglas de futuras relaciones que se emanan de otros contratos (Álvarez Didyme-dòme, 2012a, p. 191). Es decir, el contrato de cuenta corriente presenta características que le permiten servir de contrato base para otros. Estas características también revelan la dinámica del contrato, que por sus propios objetivos se dirige a la compensación y a brindar facilidades al cliente para obtener sus fondos.

3.3.3. Obligaciones y facultades de las partes en el contrato de cuenta corriente

Entre las obligaciones de la entidad financiera el catedrático Álvarez Didyme-dòme señala las siguientes:

- "a) Atender oportunamente las órdenes de pago que le haga el titular de la cuenta;
- b) Recibir los depósitos que se efectúen en la cuenta respectiva; c) Suministrar la chequera o talonario de cheques de cuentacorrentista; d) Comunicar la terminación del contrato; e) Atender órdenes de pago que le de oportunamente el cuentacorrentista" (Álvarez Didyme-dòme, 2012b, pp. 192-193).

Estas obligaciones a su vez comprenden la responsabilidad por el servicio de caja, la disposición de los saldos a través de los medios necesarios, la anotación contable y actualización del saldo, el pago de intereses y la información sobre el estado de la cuenta (Velázquez, Agúndez y Martínez-Simancas, 2015b, pp.45-48).

La importancia de cada una de las obligaciones es indiscutible, a tal punto que algunas se remiten a deberes jurídicos contemplados en la ley, como es el caso del deber de información. Al tratarse de actividades de comisionista, de gestión de intereses ajenos, las instrucciones dadas por el cliente son claves para el correcto cumplimiento del contrato y estas órdenes a su vez, deben proporcionarse en un marco de información clara y precisa brindada por la entidad financiera.

De esta forma el banco también puede actuar conforme a sus facultades, entre las que se incluyen: a) Cobrar intereses; b) Abstenerse de pagar cheques que considere falsificados; c) Todas las relacionadas con el manejo y suministro de cheques; d) Compensar (Álvarez Didyme-dòme, 2012c, pp. 192-193).

Estas facultades son propias de la función de administrador y comisionista que ejerce la entidad financiera con relación a los fondos del cuentacorrentista, procurando obtener un rédito económico al mismo tiempo que facilita los medios al cliente para disponer de sus fondos, como es el caso del uso de la chequera.

Por otro lado, las obligaciones del cuentacorrentista son igual de complejas que las adquiridas por la entidad financiera, comprendiendo a las siguientes: a) Mantener fondos suficientes; b) Custodia y buen manejo de la chequera; c) Devolver los cheques que le queden una vez se termine el contrato; d) Mantener actualizados sus datos (Álvarez Didyme-dòme, 2012d, pp. 192-193).

Obligaciones de la doctrina que han sido recogidas en mayor o menor medida por la Superintendencia de Bancos, como órgano de control que, adicional a las expuestas incluye:

- "a) Está prohibido girar un cheque al portador; b) No puede endosar un cheque en blanco o al portador; c) Para solicitar la revocatoria de un cheque previamente debe

confirmar que en la cuenta corriente tiene los fondos suficientes para cubrirlo; d) En caso del protesto de un cheque debe pagar el 10% del valor girado por concepto de multa; e) Es de su responsabilidad la comprobación inmediata de los datos consignados en un depósito con los registrados por el banco depositario, respecto al número de cuenta valor y fecha; f) Al girar un cheque debe indicar con claridad el lugar de emisión y la fecha completa, se puede utilizar abreviaturas o números romanos para la indicación de la fecha y abreviaturas de uso corriente para el lugar de emisión; g) Las personas sancionadas con el cierre de sus cuentas quedan inhabilitadas para girar cheques en representación de terceros o como firma autorizada” (Superintendencia de Bancos, 2020b).

Estas consideraciones con relación a las obligaciones del cuentacorrentista no hacen más que ratificar la tesis de que, en efecto, el contrato de cuenta corriente presenta un equilibrio entre sus prestaciones y contraprestaciones, de las cuales se benefician ambas partes. De tal forma que la responsabilidad civil desde la perspectiva del cliente se materializa en obligaciones de carácter esencial como es mantener los fondos suficientes y la debida diligencia en el uso de la chequera, entre otras.

Mientras que, entre las facultades que el contrato de cuenta corriente le otorga al cliente se hallan: a) Revocar sus propios cheques; b) Girar o endosar cheques; c) Disponer de sus fondos; d) Solicitar al banco cualquier tipo de modificación contractual (Álvarez Didyme-dôme, 2012e, pp. 192-193).

Facultades paralelas a los derechos del cuentacorrentista que establece la Superintendencia de Bancos, comprendiendo los siguientes:

“a) El banco debe remitir mensualmente al cuentacorrentista un estado de la cuenta con el movimiento respectivo; b) Debe tener presente que el banco a la presentación

de un cheque tiene que pagarlo, o protestarlo de ser el caso; [...] c) Puede pedir la revocatoria de un cheque, a través de medios electrónicos, electromecánicos o con comunicación escrita con su firma registrada, dirigida al banco y determinando siempre el motivo por el cual pide tal revocatoria, debe precisar la cantidad por la cual fue girado el cheque, los números de éste y de la cuenta corriente, la fecha del cheque y la designación del beneficiario, si lo hubiere; d) En caso de pérdida, deterioro, destrucción o sustracción de uno o más cheques, el girador por sí, o a pedido del tenedor, deberá comunicar a través de medios electrónicos, electromecánicos o por escrito, al banco girado, el hecho ocurrido, indicando el derecho que le asiste para pedir la declaratoria del banco, que dejará sin efecto el cheque, por oposición al pago; e) Cuando se hubiere perdido o sustraído el formulario de un cheque que no hubiere sido firmado por el titular de la cuenta o por persona debidamente autorizada, el cuentacorrentista solicitará al banco que se abstenga de pagarlo, indicando los números de la cuenta corriente y del cheque, declarando, expresamente, que el mismo es falsificado y que asume la responsabilidad civil y penal por esa declaratoria [...] f) Cuando al girador la entidad le concede un sobregiro, deberá pagar el interés respectivo sobre el valor que hubiese faltado para cubrir el pago del cheque” (Superintendencia de Bancos, 2020c).

Los derechos del cuentacorrentista, como se evidencia de las fuentes citadas, se presentan con relación al uso del cheque, medio utilizado para disponer de los fondos. En consecuencia, analizan al contrato de cuenta corriente junto a otras figuras, derivadas del contrato base o normativo. A partir de aquella precisión, se debe reconocer que tales derechos asisten al cliente, ante supuestos en los que se pueda hacer mal uso de los cheques, perjudicando incluso a ambas

partes, con especial énfasis en el cuentacorrentista, cuya afectación podría llegar a ser amplia, no solo en el plano pecuniario.

Los derechos y obligaciones derivados del contrato de cuenta corriente deben entenderse de forma integral, pues están estrechamente vinculados a los derechos y obligaciones de otros contratos, como ya se ha manifestado. Es así como, incluso para verificar el incumplimiento de otra figura como sucede con la transferencia electrónica de fondos, el cheque u otros, será necesario remitirse al contrato de cuenta corriente para observar su contenido, al estar continuamente vinculados.

Por tal motivo es menester estudiar brevemente a la figura del cheque y la transferencia electrónica de fondos.

El Cheque

El cheque consiste en una orden de pago dada por el girador o firmante del cheque a una entidad crediticia o también denominado girado, respecto al dinero comprendido en la cuenta del primero, para que el segundo, quien administra tales valores, lo entregue a la persona que ostenta el título, la cantidad señalada en el documento.

Autores como William López lo caracterizan como un título: a) pagadero a la vista; b) autónomo; c) abstracto; d) bancario; e) literal; f) formal; g) incondicional; h) ejecutivo y en definitiva un medio de pago (López, 2011, p. 350).

Estas características convierten al cheque en uno de los títulos valores más utilizados. Mientras que los derechos y obligaciones del girador, el girado y el beneficiario del título se pueden colegir a partir de la información proporcionada por la página de la Superintendencia de Bancos respecto a los derechos del Girador, que se centran en los siguientes:

“El banco debe remitir mensualmente al cuenta correntista un estado de la cuenta con el movimiento respectivo.

Debe tener presente que el banco a la presentación de un cheque tiene que pagarlo, o protestarlo de ser el caso, ya que está prohibido a los bancos poner en lugar del

protesto cualquier leyenda, con o sin fecha, que establezca que el cheque fue presentado para el pago y no pagado, a excepción de un cheque rechazado por defectos de forma y los presentados después del plazo máximo.

El girador o el beneficiario del cheque puede solicitar al girado institución financiera que certifique el cheque con los efectos que señala la Ley.

El girador, el portador o el tenedor de un cheque puede cruzarlo pudiendo no sólo utilizar las dos líneas paralelas sino también la frase «cheque cruzado».

El girador, el portador o el tenedor de un cheque puede hacer uso de la cláusula “sólo para acreditar en cuenta» u otra equivalente, siempre que la inserte en el anverso del cheque, debiendo, únicamente, ser depositado en la cuenta designada.

Puede pedir la revocatoria de un cheque, a través de medios electrónicos, electromecánicos o con comunicación escrita con su firma registrada, dirigida al banco y determinando siempre el motivo por el cual pide tal revocatoria, debe precisar la cantidad por la cual fue girado el cheque, los números de éste y de la cuenta corriente, la fecha del cheque y la designación del beneficiario, si lo hubiere.

En caso de pérdida, deterioro, destrucción o sustracción de uno o más cheques, el girador por sí, o ha pedido del tenedor, deberá comunicar a través de medios electrónicos, electromecánicos o por escrito, al banco girado, el hecho ocurrido, indicando el derecho que le asiste para pedir la declaratoria del banco, que dejará sin efecto el cheque, por oposición al pago.

Cuando se hubiere perdido o sustraído el formulario de un cheque que no hubiere sido firmado por el titular de la cuenta o por persona debidamente autorizada, el cuentacorrentista solicitará al banco que se abstenga de pagarlo, indicando los

números de la cuenta corriente y del cheque, declarando, expresamente, que el mismo es falsificado y que asume la responsabilidad civil y penal por esa declaratoria. El pedido y declaración que se hagan al banco deberán ser reconocidos ante un juez de lo civil o ante un notario.

Cuando al girador la entidad le concede un sobregiro, deberá pagar el interés respectivo sobre el valor que hubiese faltado para cubrir el pago del cheque. [...]

En consecuencia, sus obligaciones son las siguientes:

Contar con los fondos suficientes en su cuenta corriente, para cubrir el valor de los cheques girados.

Está prohibido girar un cheque al portador.

No puede endosar un cheque en blanco o al portador.

Para solicitar la revocatoria de un cheque previamente debe confirmar que en la cuenta corriente tiene los fondos suficientes para cubrirlo.

En caso del protesto de un cheque debe pagar el 10% del valor girado por concepto de multa.

Es de su responsabilidad la comprobación inmediata de los datos consignados en un depósito con los registrados por el banco depositario, respecto al número de cuenta valor y fecha.

Al girar un cheque debe indicar con claridad el lugar de emisión y la fecha completa, se puede utilizar abreviaturas o números romanos para la indicación de la fecha y abreviaturas de uso corriente para el lugar de emisión.

Las personas sancionadas con el cierre de sus cuentas quedan inhabilitadas para girar cheques en representación de terceros o como firma autorizada.

Ningún banco podrá abrir cuentas corrientes durante el tiempo de la sanción a quienes se encuentren inhabilitados” (Superintendencia de Bancos, 2020a).

El fragmento que se ha citado si bien puede mencionar la derogada Ley de Cheques, es menester establecer que, en efecto, sus disposiciones han sido recogidas en mayor o menor medida por el Código Orgánico Monetario y Financiero (Libro I) motivo por el cual, con el fin de presentar un esquema de los derechos y obligaciones de los cuentacorrentistas se ha optado por la utilización de la cita en cuestión, que no discrepa de la normativa actual aplicable. Consecuentemente, el cheque encuentra gran parte de su regulación en lo dispuesto en el Código Orgánico Monetario y Financiero Libro I a partir del artículo 478, así como las resoluciones de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera. Entre estas disposiciones se destacan la referencia al contrato de cuenta corriente como precedente del contrato de cheque, siendo este último el medio para acceder a los fondos comprendidos en la cuenta; los requisitos de validez, los cuales señalan la necesidad de la denominación de cheque insertado en el documento, el mandato puro y simple de pagar una suma determinada de dinero, el nombre del girado, la indicación del lugar de la emisión del cheque y finalmente la firma del girador. Si no se cumplen estos requisitos el cheque no tendrá validez. Al igual que las cláusulas que eximan de responsabilidad por el pago al girador.

También es importante mencionar que el cheque se transmite mediante endoso, es decir, con una fórmula escrita en el reverso del documento, que no podrá estar sujeta a una condición alguna. Pudiendo endosarse hasta por tres ocasiones y por los montos establecidos por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera. Mientras que, la responsabilidad de garantizar el pago le corresponde al endosante, salvo cláusulas en contrario.

Por otro lado, los cheques pueden ser cruzados, no negociables y certificados. Refiriéndose el primero como aquel que únicamente permite que sea depositado en una cuenta que el beneficiario posea, cuando se han trazado dos líneas paralelas al anverso del cheque; el segundo como aquel que tiene escrito expresiones como “no a la orden”, “no endosable”, “no transferible” o su equivalente “no negociable” por lo que no es transferible sino en la forma de la cesión ordinaria. Quedando en el radio de acción del banco únicamente la acreditación del valor del cheque en la cuenta del beneficiario o pagarlo en moneda a este o de ser el caso, al cesionario. En tercer lugar, el cheque certificado contiene esta expresión y es fechado y firmado por el girado,

quien libra de la responsabilidad del pago al girador, como una de las excepciones a la solidaridad establecida en el Código Orgánico Monetario y Financiero (Libro I), que involucra a todas las personas obligadas en virtud del cheque respecto al portador, quien podrá accionar en contra de uno o todos los obligados. Un ejemplo de ello se observa en el protesto, ante el cual el portador podrá ir en contra del girador o el endosante, siempre y cuando presente el documento en el plazo legal (Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro I, 2020k). Siendo estos unos de los tantos aspectos que comprende el estudio del cheque.

En definitiva, el cheque encuentra su antecedente en la apertura de una cuenta corriente y es a partir de esta que la figura desarrolla una serie de particularidades. Las características del cheque son las que lo han convertido en un título valor por excelencia, al mismo tiempo que facilita enormemente el comercio y demás actividades que satisfacen las necesidades de la comunidad. La importancia del cheque se puede observar a través de la extensa normativa que lo regula, de ahí que su correcto uso es estrechamente vigilado por los órganos de control.

Transferencia electrónica de fondos

La transferencia electrónica de fondos que realizan las entidades financieras constituye una nueva forma para efectuar la transferencia de valores y es comprendida en el anexo de servicios y productos electrónicos y banca móvil dentro del contrato de cuenta corriente o cuenta de ahorros. En esta operación económica interviene el ordenante, entendiéndolo como la persona natural o jurídica que a partir de una cuenta corriente o de ahorros en una entidad de crédito de la cual es titular, da las órdenes para que a cargo de su cuenta se abone una cantidad en la cuenta corriente o de ahorros de un tercero, que viene a ser el beneficiario. Pudiendo tener la cuenta en la misma entidad crediticia u otra distinta, así como confluir la misma calidad de ordenante con la de beneficiario. La entidad de crédito ordenante, que es la que está vinculada con el cuentacorrentista ordenante, tiene la obligación de producir un débito-cargo en la cuenta corriente indicada por la cantidad ordenada -previamente verificada su disponibilidad – y en consecuencia realizar el crédito-abono por ese mismo valor en la cuenta corriente o de ahorros del beneficiario (Romero Fernández, 2003a, pp. 107-118).

Manifestado de otra forma, la transferencia electrónica de fondos o también llamada transferencia bancaria viene a ser:

“(…) un medio para trasladar dinero de una cuenta corriente bancaria a otra cuenta corriente bancaria sin necesidad de trasladar dinero en forma física, que se fundamenta en la orden que el cliente (titular de la cuenta corriente) le gira al a entidad bancaria para que le pague a la orden de un tercero una determinada suma de dinero. Constituye un mecanismo de pago efectivo, ágil y seguro para cumplir con una obligación dineraria” (Arroyo, 2019b, p.64).

Es decir, la transferencia electrónica de fondos cumple una función similar a la del cheque con relación al movimiento de valores, pero prescinde de la utilización del documento físico, por lo que tampoco es aplicable las particularidades del cheque respecto a la forma y fondo como es el caso del endoso y el protesto. La transferencia electrónica de fondos impide obtener el dinero en forma física, a diferencia del cheque, que, si así lo considera el beneficiario, puede cobrarlo sin la necesidad de acreditarlo en una cuenta bancaria. Mientras que la transferencia electrónica de fondos implica que la persona que da la orden de pago a la entidad financiera tiene una cuenta corriente en esta, correlativo a la cuenta corriente que debe tener el beneficiario, en donde se le acreditan los valores transferidos.

La transferencia electrónica de fondos se caracteriza por la seguridad y el inferior costo que significa utilizarlas como medio de pago, sobre todo cuando estas son de carácter aislado, en comparación con el costo de pagar por una chequera. La seguridad de esta transacción radica en la diligencia empleada por la entidad que recibe la orden de transferencia, por la cual recibe una comisión. La relación entre el ordenante y la entidad de crédito comprende una instrucción doble: autorizar al banco para que cargue a la cuenta del ordenante el valor que desea transferir incluyendo los gastos operativos y la transferencia propiamente dicha en la cuenta del beneficiario. En todo este proceso debe primar el deber de diligencia de la entidad financiera, propia de la actuación comisionista, de no ser así podría incurrir en negligencia y ocasionar graves perjuicios a los clientes (Sánchez Calero, J., 2002a, p.p. 103-137).

La diligencia es un elemento fundamental en la transferencia electrónica de fondos o transferencia bancaria, no obstante, no es la única obligación presente en la relación del ordenante y la entidad crediticia ordenante. Para que sea factible la dinámica antes señalada se requiere la existencia previa de un contrato de cuenta corriente entre ambos, del cual surgen servicios como el de caja y particularmente la orden de transferencia, a través de la cual el cliente ordena a su entidad de crédito que cargue en su cuenta determinado valor y lo destine a la cuenta del beneficiario.

La entidad crediticia tiene la obligación de ejecutar la orden siempre y cuando exista la disponibilidad de fondos, de no haberla, desaparece la obligatoriedad. Esta orden también puede ser revocada cuando aún no se ha dispuesto de los fondos, es decir, existe un periodo de tiempo desde que se da la orden hasta que se ha efectuado la transferencia, dependiendo de la normativa interna de cada entidad, sería factible revocar la orden antes de que se ha efectuado la transferencia.

Si el ordenante manifiesta una cantidad diferente a la que en realidad desea transferir, indica un número de cuenta que no corresponde a la persona a la que quiere acreditar tal valor y se reitera en el error posterior a la verificación hecha por la entidad crediticia, u otros casos similares, la responsabilidad es debatible, mientras que, si el error se produce por una actuación negligente de la entidad crediticia como lo sería la repetición de la operación, la falta de verificación del titular de la cuenta a la que se va a acreditar, así como quien ordena la transferencia, entre otros supuestos, la responsabilidad será de esta.

En el primer escenario, de realizar una transferencia a la persona equivocada por error del ordenante, este tendría la facultad para reclamar el pago de lo no debido al mencionado individuo. En cambio, en el segundo escenario el ordenante puede dirigir su reclamo de daños y perjuicios contra la entidad financiera.

Pero estas no son las únicas obligaciones derivadas de la transferencia electrónica de fondos o transferencia bancaria, también está presente la obligación de la entidad crediticia del beneficiario de aceptar los valores transferidos a la cuenta de su cliente y anotarlos en el registro contable del mismo. La acreditación se realizará en el periodo de tiempo que establezcan las entidades financieras del ordenante y del beneficiario en su normativa interna, siendo menor el

tiempo requerido para efectivizarse cuando las cuentas corrientes pertenecen a la misma entidad (Romero Fernández, 2003b, pp. 107-118).

En otra arista, el servicio financiero de transferencia electrónica de fondos está particularmente regulado en la Codificación de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, Libro Primero, Tomo V, Resolución Nro. 385 la cual establece en primer lugar que las entidades financieras emitirán órdenes de pago únicamente cuando exista la disponibilidad inmediata de fondos en la cuenta del usuario ordenante del servicio. Así como la exigencia de contar con las seguridades del caso en las plataformas que permiten la operación bancaria. La codificación de la Junta distingue entre las transferencias desde el exterior y hacia el exterior. En el primer supuesto, se entiende que las entidades del Sistema Financiero Nacional reciben una instrucción de la institución financiera del exterior, para que acrediten en la cuenta local del beneficiario las divisas en efectivo u otros medios de pago que han señalado, previa acreditación en sus cuentas administradas por el Banco Central del Ecuador. Teniendo la obligación de reportar diariamente a este último, las transferencias de dinero provenientes del exterior, ya sea que hayan sido realizadas por cuenta propia, por orden de sus clientes, para beneficio de estos o por cualquier otro concepto. En el caso de organizaciones no gubernamentales extranjeras ONG, sin distinción del monto, deberán llenar el formulario de registro de ingreso de divisas para proceder con la acreditación.

En el segundo supuesto, el Banco Central del Ecuador realizará las transferencias al exterior que soliciten las entidades del Sistema Financiero Nacional que están bajo el control de la Superintendencia de Bancos y la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, con relación a las cuentas que éstas mantengan en el Banco Central del Ecuador cuyo destino sean las cuentas en bancos corresponsales del exterior. De igual forma, reportarán diariamente las transferencias hacia el exterior, acreditándose los valores una vez se ha remitido dicha información (Codificación de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, Libro Primero, Tomo V, Resolución Nro. 385, 2020a).

La transferencia electrónica de fondos o transferencia bancaria es uno de los servicios que siguiendo el avance tecnológico permite a los usuarios financieros realizar movimientos bancarios con mayor facilidad y seguridad.

Siendo parte de la red de servicios y productos conexos al contrato de cuenta corriente, que, en cumplimiento de sus fines, requiere el uso de estas otras figuras. Así, en el caso de la transferencia de fondos, no sería factible la dinámica con la cual trabaja, si no se hubiera celebrado previamente un contrato de cuenta corriente entre los sujetos que intervienen en el proceso. La diligencia que reviste esta operación bancaria también es uno de sus elementos de interés, con especial énfasis en la seguridad que debe brindar a los usuarios financieros, tanto en las plataformas que están autorizadas como en la actuación comisionista de la entidad crediticia para cumplir correctamente la orden de transferencia. De no ser así, la imperfecta prestación del servicio financiero facultará al cliente a su respectivo reclamo en las distintas vías que considere.

En conclusión, el uso del cheque y de la transferencia electrónica de fondos están comprendidos en el contrato de cuenta corriente, sin que se limite un contexto obligacional específico para cada instrumento, debido a que las entidades financieras guían al usuario hacia la celebración de más de un contrato para alcanzar una finalidad global, así, en la generalidad de los casos, la utilización de uno de los servicios bancarios lleva a la utilización de otro, como se evidencia en el contrato de cuenta corriente y el uso del cheque y la transferencia electrónica de fondos, que si bien no se presentan en contratos independientes, se puede afirmar que han desarrollado particularidades que identifican a estas actividades bancarias.

3.3.4. Supuestos de exoneración de incumplimiento en el contrato de cuenta corriente

Las entidades financieras estipulan una serie de cláusulas en los distintos contratos bancarios que limitan su responsabilidad y le exoneran de incumplimiento de llegar a producirse el supuesto. En el presente apartado se conocerán algunos de estos:

- a. El Banco está autorizado a retener, debitar o transferir valores de las cuentas de El Cliente, por mandatos de autoridad competente.

En este supuesto la entidad financiera hace expresa mención a que sus acciones de retención, débito o transferencia de valores están autorizadas en cuanto respondan al mandato de autoridad competente, caso contrario no habría justificación y nos encontraríamos ante un evidente incumplimiento contractual.

- b. La firma del cliente o de terceros autorizados en los comprobantes respectivos y el uso de la clave por medios electrónicos, constituirán prueba suficiente de la aceptación del cliente respecto de la transacción de que se trate. El Cliente se obliga a cumplir con las condiciones para el uso y manejo seguro de su(s) cuenta(s), eximiendo a El Banco de cualquier responsabilidad por el mal uso que pueda presentarse.

En el segundo supuesto la entidad financiera hace referencia a la aceptación del cliente mediante la firma y las claves por medios electrónicos, al mismo tiempo que se exime de responsabilidad respecto al mal uso de estos. De tal forma que, la aceptación expresa que debe existir en toda operación bancaria según lo dispuesto por la normativa ecuatoriana, al materializarse en el plano contractual se limita únicamente a la presencia de la firma y uso de claves. Lo que tendrá fines prácticos, en busca de la agilidad propia de las operaciones bancarias y negocios mercantiles, al mismo tiempo que tendrá un matiz de eximente de responsabilidad para el banco, en tanto no responde por el mal uso que se pueda dar sobre la firma o las claves de medios electrónicos.

- c. El cliente libera a El Banco de cualquier responsabilidad por daños y perjuicios en casos de suspensión o interrupción de servicios que afecten sus operaciones, incluso la suspensión del servicio de cajeros automáticos, que se derive de casos fortuitos o fuerza mayor.

En el tercer supuesto, la entidad financiera se exonera de responsabilidad por los daños y perjuicios que se ocasionen cuando sus servicios no den la adecuada atención al cliente ya sea si la suspensión se deriva de casos fortuitos o fuerza mayor, como si no se debe a aquello. Lo que, en efecto, constituye una cláusula de eximente de responsabilidad a favor del banco y perjuicio del cliente.

- d. El Cliente asume la responsabilidad de operar personalmente sus cuentas, todas las operaciones hechas a través de los medios a él proporcionados por El Banco se reputarán como hechas por él bajo su total responsabilidad. El Banco sólo reconocerá como representantes de El Cliente a los que éste señale como tales, debiendo El Cliente, comunicar por escrito toda designación, revocatoria o modificación de facultades de éstos, y para que ello surta efecto ante el banco se requerirá de la presentación de los documentos

que sustentan dichos cambios. en caso de duda o conflicto sobre la legitimidad de la representación de El Cliente, El Banco podrá suspender, sin asumir responsabilidad alguna, la ejecución de toda orden, instrucción o servicio, hasta que se resuelva a su satisfacción, o se expida una resolución judicial sobre ello.

En el cuarto supuesto la entidad financiera se deslinda de responsabilidad ante la duda o conflicto sobre la legitimidad de la representación del cliente, por lo que, motivado en la duda podrá suspender la ejecución de toda orden hasta que se resuelva a su satisfacción o se expida una resolución judicial sobre el tema. Siendo una cláusula que busca proteger tanto al banco como el uso de la cuenta por quien en efecto tiene la representación del cliente.

- e. El Banco bloqueará los fondos y/o las cuentas de acuerdo con lo instruido por autoridad competente, de acuerdo con las instrucciones emitidas por El Cliente, o por decisión de El Banco cuando advierta indicios de operaciones inusuales y/o injustificadas, de acuerdo con las disposiciones legales o regulatorias y normas internas vigentes.

En el quinto supuesto la entidad financiera tiene la facultad para bloquear los fondos y/o cuentas de la cliente justificada en la orden de autoridad competente y por decisión propia del banco tras indicios de operaciones inusuales conforme a las disposiciones legales e incluso por normas internas. Cláusula que busca cuidar de la licitud de fondos de los cuentacorrentistas y demás protecciones que se requiera en el sector financiero nacional.

- f. El Banco podrá unilateralmente cancelar la cuenta si llega a detectar la falsedad de los datos proporcionados por El Cliente, por no haber podido verificar las referencias con la información otorgada por El Cliente, por mal manejo de cuentas, por mal uso de los cheques, por haberse realizado en la cuenta transacciones que a juicio del banco sean inusuales o no hayan sido justificadas por El Cliente, por no actualizar información, cuando el movimiento de la cuenta no tenga relación con el perfil que el cliente declara en la solicitud de apertura, en caso de mantenerse la cuenta con saldos promedio mensuales menores al valor mínimo establecido para la apertura de la cuenta en el tarifario del banco por 6 períodos en el lapso de 1 año, por mal uso de cheques o cualquier otra causa que considere suficiente, inclusive historial que a su juicio resulte inadecuado dentro del sistema financiero, notificando del particular al Cliente.

En este supuesto como continuación del anterior, la entidad financiera tendrá la facultad para cancelar la cuenta si llega a detectar falsedad de los datos, mal manejo de cuentas, mal uso de cheques, saldos promedios mensuales menor al valor mínimo, inclusive si el historial del cliente resultare inadecuado dentro del sistema financiero, entre otros motivos, el banco podrá unilateralmente cancelar la cuenta notificando al cliente. De esta forma, la entidad financiera despliega otra de sus facultades como parte fuerte en el negocio jurídico, considerando incluso que los contratos bancarios exteriorizan un carácter “intuitu personae”, por lo que, el banco siempre verifica determinados requisitos y calidades de sus clientes antes de prestar el servicio al igual que para dejar de prestarlo.

- g. El Cliente autoriza al Banco a: Debitar de la cuenta todo valor exigible que mantenga el primero, directa o indirectamente con el segundo.

El séptimo supuesto es lo suficientemente amplio para descontar de los fondos del cliente todos aquellos valores que el banco considere deben acreditarse a su favor, cláusula que resulta en beneficio de la entidad financiera, que obtiene una autorización general dentro de la cual puede comprender múltiples cargos, que como se indican, pueden ser directos o indirectos.

- h. El Cliente asume los riesgos por falta de pago de cheques girados por él sin contar con los fondos suficientes o con errores de forma, así como los gastos que ocasionen su devolución o protesto. En caso de que El Banco, por una concesión voluntaria, pague cheques sobre depósitos no efectivizados, o sobre fondos insuficientes, El Cliente se obliga a cubrir inmediatamente los costos por este servicio y el sobregiro producido, reconociendo sobre su saldo, los intereses permitidos por la Ley.

En el octavo supuesto se presenta la posibilidad de efectuarse el sobregiro, ante el cual la entidad financiera tiene la facultad para reclamar los costos por el servicio y los intereses, al igual que los gastos por los cheques devueltos o protestados. Lo que resulta una práctica habitual en la actividad financiera, ya que es deber del cuentacorrentista velar por la suficiencia de fondos en su cuenta.

- i. El Banco no asume responsabilidad alguna en caso de efectuar pagos con cargo a cheques extraviados o perdidos, si no recibió aviso oportuno de su titular.

El noveno supuesto se vincula con lo dispuesto por la normativa con relación a los cheques perdidos o extraviados, con énfasis en que sí el aviso no es oportuno y se han pagado los cheques, nada puede reclamar el cliente, situación que resulta compleja en la práctica en virtud del tiempo transcurrido entre el conocimiento de la pérdida o extravío y la notificación al banco.

- j. El Banco no se responsabiliza de las adulteraciones que puedan sufrir los cheques presentados al cobro en sus ventanillas o a través de la cámara de compensación. Se deja constancia que el personal del Banco que verifica las firmas de los cheques contra aquellas registradas por el depositante no es considerado "experto calígrafo" y que por lo tanto no se le puede atribuir negligencia ni responsabilidad monetaria alguna, en casos de que la firma de un cheque no sea exactamente igual a la registrada en la cuenta. La función de este personal se limita a verificar que, a simple vista, las firmas sean coincidentes, pues además la responsabilidad primaria sobre el cuidado de la chequera es del Cuentacorrentista.

En el décimo supuesto la entidad financiera nuevamente estipula un eximente de responsabilidad, al manifestar que cuando la firma presente en el cheque no ha sido realizada por el cliente, pero el banco sin conocer aquello lo ha pagado, nada puede reclamársele en tanto su personal no es experto calígrafo y solo han verificado a simple vista la coincidencia de las firmas. Lo que resulta en evidente perjuicio para el cuentacorrentista que posiblemente haya sido estafado.

- k. El Cuentacorrentista autoriza al Banco a que proporcione su nombre y dirección a los tenedores de cualquier cheque no pagado, sin que eso constituya violación al sigilo y reserva bancaria.

En el onceavo supuesto se puede observar claramente el objetivo de protección a los tenedores de los cheques que no se han pagado, proporcionándole la información necesaria para la localización del cuentacorrentista que ha girado el cheque, sin tener los fondos necesarios, motivo por el cual la aplicación de mencionada cláusula no incumple el deber de sigilo y reserva bancaria.

- l. Si las modificaciones de los intereses, comisiones, gastos implican claramente un beneficio para El Cliente, podrán ser aplicadas inmediatamente. Todas las notificaciones y comunicaciones que El Banco efectúe al Cuentacorrentista en virtud y desarrollo del presente contrato podrán efectuarse por cualquier medio que sea considerado válido, incluido entre otros la información pública que consta en Internet en la página del banco o mediante el envío de mensajes de correo electrónico o por telefonía celular, o por correo normal.

En el décimo segundo supuesto las notificaciones de modificación de los intereses, comisiones o gastos conforme a lo estipulado por la entidad financiera podrán realizarse inclusive a través de información pública que consta en la página del banco, partiendo de la premisa de que el cliente accederá a dicha información y, por tanto, habrá sido notificado. No obstante, en la práctica la falta de notificación directa constituye un problema para el cliente, para quien las modificaciones de intereses, comisiones o gastos podrían no beneficiarle. A pesar de ello, el banco estipula cláusulas como esta, mediante la cual sus actuaciones se eximen de considerarse como incumplimiento contractual.

- m. El incumplimiento por parte de El Cliente de cualquiera de sus obligaciones de pago derivadas de la utilización o uso de cualquiera de los productos y servicios prestados por El Banco facultará válidamente a este último para bloquear todos los productos y servicios de El Cliente, hasta tanto éste cumpla con las obligaciones incumplidas.

El décimo tercer supuesto presenta una estipulación que exhorta al cliente a cumplir con sus obligaciones a través del bloqueo de todos los productos o servicios prestados por el banco, que se reanudarán únicamente cuando el cuentacorrentista cumpla con sus obligaciones. De tal forma que, no podría llegar a considerarse incumplimiento contractual la actuación de la entidad financiera, debido a que existió un primer incumplimiento por parte del cliente.

En definitiva, los supuestos indicados son ejemplos de las cláusulas contractuales que se observan comúnmente en los contratos bancarios, especialmente en el contrato de cuenta corriente, a partir de las cuales la entidad financiera obtiene la facultad para realizar una serie de actuaciones que en otro contexto podrían llegar a constituir incumplimiento contractual. Adicionalmente, cada uno de los supuestos presentados persiguen objetivos como la agilidad en las operaciones

bancarias, el cumplimiento de órdenes de autoridad competente, protección del sistema financiero nacional, entre otros, justificativos que permiten tales actuaciones sin recaer en incumplimiento, no obstante, estos supuestos también contienen fines de exoneración de responsabilidad en indiscutible beneficio del banco, deslindándose de los posibles perjuicios que pueda acarrearle al cuentacorrentista. Motivo por el cual, en cada caso en concreto que se presente ante el juez deberá considerarse incluso la validez de tales cláusulas, debido a que están prohibidas las cláusulas mediante las cuales se exima de responsabilidad a una de las partes, imposibilitando la reparación integral al afectado, que en este ámbito se refiere al cliente del banco.

3.3.5. Breve análisis de los presupuestos de daño moral con relación al contrato de cuenta corriente

Para presentar un breve análisis de los presupuestos de daño moral con relación al contrato de cuenta corriente se debe considerar el contexto de determinados incumplimientos contractuales desde una visión general y otra en específico, entre los primeros, se hallan los siguientes:

1. Inadecuada prestación del servicio de caja, vinculado al pago de cheques falsos o falsificados, donde la firma del documento no corresponde a la firma del titular de la cuenta.
2. Falta de verificación de quién imparte las órdenes de pago.
3. Cargos derivados de tarjetas de crédito que no han sido contratadas por el titular de la cuenta.
4. Actos de disposición individual por un solo titular de la cuenta en aquellos casos en que se ha pactado una titularidad conjunta de la misma.
5. Contabilización incorrecta de las operaciones.
6. Omitir información (Velázquez, Agúndez y Martínez-Simancas, 2015c, p.45).

Estos presupuestos a su vez no son los únicos susceptibles de producir una afectación moral derivado del incumplimiento contractual, no obstante, como se mencionó, se tratan de presupuestos comunes en la actividad bancaria desde una visión general.

Con relación al primero, como se observó en el apartado anterior, las entidades financieras suelen eximirse de responsabilidad cuando proceden con el pago de cheques que posteriormente

son denunciados como falsificados, con una firma diferente al de su titular, sin embargo, esto a no ha sido un limitante para acusar de negligencia a la actuación del banco cuando en efecto, no ha tenido el mínimo de diligencia al observar que el documento cumple con los requisitos necesarios, incluyendo un breve examen de la firma.

También deben considerarse los múltiples inconvenientes que pueden suscitarse dentro del servicio de caja, que, si bien involucra el pago de cheques, incluye otros medios como lo son los medios electrónicos, la denominada banca móvil, que comprende a las transacciones de fondos electrónicas, los cajeros automáticos, el uso de las tarjetas de débito y crédito, etc. En la actualidad los medios electrónicos se han posesionado como la nueva herramienta que agiliza las operaciones bancarias tanto para las entidades financieras como para los clientes, motivo por el cual es indiscutible la cotidianidad de su uso. Aquella misma cotidianidad le ha proporcionado un carácter de indispensable a los servicios prestados a través de medios electrónicos, por lo que, la suspensión o interrupción causa mayor afectación a los usuarios, quienes se ven desprovistos de realizar una serie de operaciones bancarias que directa o indirectamente afectan sus actividades diarias.

Las entidades financieras deben brindar los servicios bancarios ininterrumpidamente en los horarios establecidos, actuando con toda la diligencia posible para reanudarlos en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, no obstante, si los deficientes servicios bancarios se derivan de una falta de diligencia del personal del banco, constituiría otro de los presupuestos en los que la afectación a los usuarios se manifiesta en altos niveles de insatisfacción paralelo al incumplimiento contractual que significa la inadecuada prestación del servicio.

Con relación al segundo presupuesto, otro de los deberes de la entidad financiera es verificar quien da las órdenes de pago esté legitimado para ello, su falta de verificación y cuidado deriva en las circunstancias idóneas para la disposición indiscriminada de los fondos de la cuenta sin el consentimiento del titular, lo que, sin lugar a duda crea un ambiente de inseguridad para el cuentacorrentista, posibilitando una serie de perjuicios. Motivo por el cual existen cláusulas contractuales que facultan al banco para en caso de duda respecto a quien está legitimado para actuar en nombre del titular se suspendan las órdenes de pago y demás disposiciones.

De no cumplirse correctamente la verificación o de no abstenerse de actuar si existe el mínimo de duda, el incumplimiento contractual es claro a la par de la afectación que puede causarle al cliente.

Con relación al tercer presupuesto, si bien no es una situación derivada directamente del contrato de cuenta corriente, sino con relación al contrato de tarjeta de crédito, también es factible analizarla en tanto se incumplen deberes que se encuentran en todo contrato bancario en este caso el consentimiento expreso del cliente para aceptar el uso de la tarjeta de crédito y la aceptación de los cargos impuestos.

Si el titular de la cuenta no ha solicitado el uso de la tarjeta de crédito ni ha aceptado la misma resulta inconcebible el cargo de valores a nombre del titular. Ante esta situación el incumplimiento contractual es evidente, así como la afectación del usuario financiero, ya que se intenta cobrar por actuaciones que no ha realizado ni aceptó en primer lugar, transgrediendo un principio fundamental en la contratación bancaria.

Con relación al cuarto presupuesto, la entidad financiera tiene la obligación de informar de los recargos, comisiones, intereses y demás actos de disposición, especialmente cuando existe doble titularidad de la cuenta. Ya que, si las especificaciones de la cuenta indican que toda operación debe contener la firma de ambos titulares, también puede constituir incumplimiento contractual no verificar que los actos de disposición constan la aceptación de ambos titulares, al igual que el informe reportando dicha actuación.

Con relación al quinto presupuesto, la contabilización incorrecta de las operaciones quebranta uno de los fines propios de la cuenta corriente en tanto esta figura contractual es considerada como la estructura jurídica y contable para la celebración de otros contratos. Es decir, el fundamento de las múltiples operaciones bancarias se halla en que existe un registro contable que respalda cada una de las actuaciones, por lo que, si en la cuenta corriente se produce una contabilización errónea, se atenta contra la seguridad de todas las operaciones bancarias. Tales errores de contabilidad afectan notablemente al usuario financiero a la par del incumplimiento del contrato normativo.

De tal forma que, incluso podría llegar a cobrarse valores incorrectos o colocar al cliente en una situación de desosiego al conocer de su estado financiero, que no concuerda con sus operaciones, afectando directa o indirectamente otros aspectos de la vida del cuentacorrentista.

Con relación al sexto presupuesto, la omisión de información transgrede otro de los deberes jurídicos fundamentales en la contratación bancaria, del cual se derivan múltiples posibilidades que pueden causar perjuicio al usuario financiero. Debido a que es en base a la información clara y precisa dada por el banco, que el cliente se motiva en la toma de sus decisiones, tal es el caso del conocimiento previo de los intereses antes de solicitar un crédito, así como el conocimiento de cada una de las obligaciones que debe cumplir el cliente. La omisión en la entrega de la información o incluso información errónea trae consecuencias directas o indirectas que pueden afectar y causar perjuicio en mayor o menor medida al cliente, no solo con relación al contrato de cuenta corriente, sino en todas sus operaciones bancarias. Por tal motivo es que, el deber de información no solo se materializa en las disposiciones normativas, sino que es imperativo su estipulación en el plano contractual, incluso si no llegara a estar de forma expresa, se presenta como una cláusula de la naturaleza en cada uno de los contratos bancarios. Así el incumplimiento del deber de información por su propia finalidad permite concluir que sus efectos son de un carácter tan amplio que podría figurar una afectación moral, dependiendo del caso en concreto.

Ahora bien, con relación a los incumplimientos contractuales susceptibles de generar daño moral contractual específicos al contrato de cuenta corriente, se hallan los siguientes:

1. Transferencias electrónicas de fondos tardías.
2. Sobregiros con excesivos intereses.
3. Quebrantar el sigilo bancario.
4. No pagar los cheques debidamente presentados.
5. Cheques indebidamente protestados.
6. Cancelación injustificada de la cuenta corriente.

Con relación al primer incumplimiento, las transferencias electrónicas de fondos se caracterizan por su diligencia y la facilidad de movilizar fondos de una cuenta bancaria a otra, ya sea de una cuenta corriente o de ahorros, no obstante, cuando la transferencia de fondos no se hace efectiva en la cuenta del beneficiario, pero sí se ha debitado de la cuenta corriente de la persona

que da la orden, es posible considerar un incumplimiento contractual susceptible de ocasionar daño moral. En este supuesto el adjetivo de tardía con el cual se caracteriza a la transferencia bancaria es el cual permite colegir que se estaría vulnerando el deber de diligencia, siendo este un deber y obligación propia de los contratos bancarios, sin que se requiera una estipulación expresa en el contrato de cuenta corriente para exigir su cumplimiento.

Con independencia de los motivos internos de la entidad bancaria por el cual se puede alegar una justificación ante la falta de diligencia en la transferencia de fondos, este supuesto puede ocasionar una serie de resultados previsibles e idóneos para la producción del daño moral, como lo puede ser: el beneficiario no obtuvo el dinero a tiempo, causándole desesperación y ansiedad ante no disponer de los recursos sobre los cuales ya había planificado su actividad familiar, laboral, económica en general, siendo los ejemplos más simples el de no poder pagar a tiempo la colegiatura de sus hijos, una deuda con otra entidad bancaria, con especial énfasis en la connotación resultante entre los posibles acreedores, pudiendo incurrir en otros incumplimientos o agravar en los que se halle, entre otras situaciones, sin que sea posible reclamar el incumplimiento a la persona que da la orden, puesto quien debía ejecutarla correctamente era el banco, incluso si se considera que tiempo después se hizo efectiva, ya que la diligencia debe entenderse en su sentido más amplio, comprendiendo los tiempos y plazos adecuados conforme a la actividad o naturaleza del contrato.

Con relación al segundo supuesto, su incumplimiento radica en el cobro excesivos de intereses en virtud de los sobregiros ordenados, para ello se debe tener en cuenta que la figura del sobregiro se aplica únicamente en el contexto de una cuenta corriente, contrato en el cual se puede estipular expresamente la aceptación de sobregiros o no, optando en el segundo caso por sobregiros ocasionales que puede o no el banco otorgarlo, sin que exista una obligación legal al no haberlo estipulado expresamente.

Así, el sobregiro es una figura que permite obtener liquidez al cuentacorrentista en beneficio de sus actividades económicas, no obstante, es imperativo el respeto a los intereses que correspondan conforme a la ley, tal es así que si la entidad financiera otorga sobregiros ocasionales sin que exista una estipulación expresa de sobregiros contratados, no puede beneficiarse ilegítimamente del sobregiro que le está profiriendo al cliente a través de elevados intereses. La

Codificación de la Superintendencia de Bancos Libro I Tomo II es clara al manifestar que durante los cinco primeros días del sobregiro solamente se cobrarán intereses corrientes y únicamente a partir del sexto día se pueden cobrar intereses de mora, que se contará desde que fue pagado el cheque girado al descubierto o realizado el débito debidamente autorizado (Codificación de la Superintendencia de Bancos Libro I Tomo II).

Si la entidad financiera no respeta la mencionada disposición normativa no solamente estaría incumpliendo el contrato con relación a los intereses estipulados, sino a la ley, cuyas disposiciones se encuentran incorporadas al contrato de cuenta corriente al tiempo de su celebración; lo que, en efecto, es susceptible de causar un daño moral. Ya que, sin mayor dificultad es evidente que el sobregiro al ser una figura que en principio le brinda comodidad al cliente para continuar con sus actividades económicas, ante el incumplimiento contractual y mal uso de la figura por parte de la entidad financiera, termina siendo una difícil situación para el primero, quien además de reintegrar el valor prestado, debe añadir intereses injustamente requeridos, situación que puede llegar a ser idónea para considerar un posible daño moral, pues, la entidad financiera en su posición de poder, se convierte en el acreedor de mayor peso para el cliente, que incluso, si no se trata de un sobregiro contratado puede verse inmerso en una situación que nunca tuvo la intención de colocarse y, por ende, en un daño más considerable.

En el tercer supuesto, el incumplimiento contractual se remite al incumplimiento de la normativa aplicable a los contratos bancarios en general, no obstante, con relación a la cuenta corriente, el sigilo bancario es estricto sobre la prohibición de informar a terceros sobre los movimientos de la cuenta corriente y del saldo de esta, sin autorización expresa del titular de la cuenta. Ante ese supuesto, nuevamente se estaría vulnerando el deber de diligencia e incluso, el deber de profesionalismo que le corresponde emplear a las entidades financieras.

Así, en el caso en cuestión, la diligencia y el deber de profesionalismo se dirige a reconocer la reserva de la información bancaria, con las excepciones dispuestas en el Código Orgánico Monetario y Financiero. De no cumplir con tales deberes, analizar un posible daño moral es factible, especialmente considerando el ejemplo de que dicha información sea utilizada como información privilegiada para actividades económicas, o en el peor escenario para actividades ilícitas y fraudulentas, situaciones en las que el deber de confidencialidad y sigilo le correspondía

al banco, por lo que si se prueba mediante un nexo causal que el daño ocasionado se remite a la actuación de la entidad financiera, es propicio considerar nuevamente, un presupuesto de daño moral contractual.

El cuarto y quinto supuesto se encuentran estrechamente vinculados para efectos de reconocer un posible presupuesto de daño moral contractual con relación de la cuenta corriente, es así que, la exoneración de incumplimiento del pago del cheque, como se mencionó con anterioridad, se remite a la insuficiencia de fondos, falta de requisitos formales de validez y ante el supuesto de pérdida o sustracción motivo por el cual el girador puede ordenar la suspensión del pago, no obstante, si no se han cumplido ninguna de las condiciones que justifiquen la falta de pago por parte del girado, se estaría frente a un posible incumplimiento contractual y hecho generador de daño moral, en tanto, no se ha pagado el valor señalado en el título sin ningún eximente, llegando a protestar indebidamente el cheque, cuando es conocido por la normativa ecuatoriana que el girado o entidad bancaria está obligada a la presentación del cheque a pagarlo o a protestarlo, siendo incluso una prohibición expresa por parte del Código Orgánico Monetario y Financiero en su Libro I reemplazar el protesto con cualquier leyenda con o sin fecha que establezca que el cheque fue presentado y no pagado.

Lo que implica consecuencias económicas para el cliente de la entidad financiera, quien ante el protesto por insuficiencia de fondos está obligado a pagar una multa del 10% sobre el valor del cheque protestado, multa que será debitada por la entidad financiera, de las cuentas que mantenga el girador y dirigida a la Cuenta Única del Tesoro Nacional. Situación perjudicial para el cliente, quien disponiendo de los fondos necesarios se le impone una obligación dineraria que no le correspondía, pudiendo ser aún más gravoso si la situación es reiterativa, teniendo en cuenta que, conforme a lo dispuesto por la Superintendencia de Bancos, quien sea titular de una cuenta corriente y no ha sido rehabilitado anteriormente tiene el límite de hasta cuatro protestos, pero superándolo será inhabilitado hasta un mes, sanciones que son progresivas si se incurre nuevamente. Sin que excluya la posibilidad de ser sancionado por el órgano de control, quien tiene la facultad para ordenar el cierre de la cuenta corriente.

Estas consecuencias constituyen un daño injusto cuando en efecto, se han producido sin que exista una actuación del cliente que haya dado lugar a las mismas, recayendo la responsabilidad en la entidad financiera.

Ahora bien, para reconocer la factibilidad del daño moral en el supuesto presentado se debe observar las consecuencias psicológicas y anímicas como el estrés y angustia que provienen de situaciones como la señalada, ya que, al igual que los otros supuestos, adicional a despojar al cliente de recursos económicos, afectan a las demás esferas de su vida, cuyas connotaciones se materializan tanto en el ámbito laboral, familiar, económico, social y en la propia esfera personal del individuo, afectando especialmente a los bienes jurídicos protegidos que le permiten desarrollarse plenamente, como la seguridad, el honor, la dignidad, etc. Es así como, en este supuesto de daño moral contractual, la entidad bancaria se enmarcaría nuevamente en la vulneración del deber de diligencia que le corresponde para no incurrir en errores que claramente son susceptibles-por la naturaleza de la relación bancaria- de ocasionar daños patrimoniales y extrapatrimoniales al cliente.

En el sexto supuesto es preciso mencionar que el cierre de la cuenta corriente se produce a consecuencia del incumplimiento de disposiciones legales y reglamentarias, a criterio del órgano de control, la Superintendencia de Bancos, que, en el uso de sus facultades de control, decide sancionar con el cierre de la cuenta al titular de la misma, mientras que la cancelación de la cuenta corriente es el término que comprende la terminación del contrato de cuenta corriente ya sea por la notificación del cuentacorrentista de su deseo de dar por terminada la relación contractual y retirar los fondos, o por disposición de la entidad financiera de acuerdo a las causales determinadas en el contrato y por la ley, siendo este el contexto en el que el sistema financiero nacional funciona correctamente, sin embargo, si la cancelación de la cuenta corriente se produce sin ningún justificativo se podría estar ante un supuesto de incumplimiento contractual idóneo para ocasionar daño moral, en el sentido de que, adicional a las molestias que genera el incumplimiento de cualquier contrato, la cancelación injustificada de la cuenta corriente puede ser el inicio de una serie de consecuencias dañosas para el usuario o cliente financiero, para quien, la cuenta corriente constituye la figura contractual fundamental para desarrollar sus actividades económicas, laborales, familiares, sociales en general, las mismas que a su vez contribuyen en su realización personal, sin excluir la premisa de que la cancelación injustificada de la cuenta corriente ocasiona

un daño por sí misma, ya que, si de un momento a otro la persona se ve desprovista de su uso, un ejemplo tan sencillo como estar imposibilitado de obtener el dinero para pagar los servicios básicos de su hogar puede verse materializado; de ahí la gravedad del daño, cuya repercusión en la esfera psíquica o moral del individuo adquiere mayor previsibilidad, en tanto que, la previsibilidad del daño no debe observarse desde una consecuencia fáctica específica, sino desde la naturaleza de la relación jurídica, en este supuesto contractual, en el que por la propia naturaleza de relación bancaria es previsible que tales incumplimientos son susceptibles de causar daño moral a los usuarios financieros. Vulnerando en este supuesto la diligencia debida por parte del banco o entidad financiera, quien debe informar de la cancelación de la cuenta corriente con la justificación correspondiente, caso contrario, sin que exista una justificación contractual o legal es evidente el incumplimiento contractual. Incluso si la justificación existe y ésta no ha sido informada adecuadamente al usuario o cliente financiero, también es posible considerar un incumplimiento contractual, ya que el deber de información prima en toda relación contractual bancaria, ya sea desde el inicio de la misma, al obtener la información suficiente para motivarse correctamente en la adquisición de un producto o servicio financiero, como de las causales para terminar la relación contractual y en cuáles ha incurrido para proceder con la misma.

Finalmente, es preciso reiterar que los presupuestos analizados no son los únicos aptos para causar daño moral contractual, no obstante, son algunos presupuestos más comunes en la actuación bancaria y, particularmente, en el contrato de cuenta corriente. Por lo que, para determinar si existe daño moral derivado del incumplimiento contractual en la prestación de un servicio bancario, y en el contrato de cuenta corriente, el análisis deberá dirigirse a las obligaciones comprendidas en el contrato, así como todos los deberes jurídicos incorporados por la normativa ecuatoriana para la prestación de servicios bancarios, con especial énfasis en el deber de diligencia, profesionalismo, de información y demás, que son propios de los contratos bancarios y cuyo cumplimiento marca la pauta para considerar si efectivamente puede o no existir daño moral.

Capítulo IV

Análisis de casos y la eventual aplicación en Ecuador

4.1. Referencia a un caso de daño moral contractual de la legislación comparada y su análisis bajo la legislación ecuatoriana

En el último capítulo corresponde analizar un caso de daño moral contractual suscitado en uno de los contextos normativos extranjeros, que se estudió como parte de la metodología de derecho comparado, al igual que un caso suscitado en el Ecuador a la luz de la normativa ecuatoriana.

Así, en primer lugar, es menester indicar que el caso escogido obedece a los siguientes objetivos de: a) Tratar el daño moral en la contratación bancaria; y; b) Haber ocurrido y analizado en el marco de la legislación chilena.

Con relación al primer objetivo, este responde al objeto del presente trabajo, es decir, analizar la factibilidad legal del daño moral derivado del incumplimiento contractual en la prestación de servicios bancarios; examinar un caso en el que se presente un contrato de otra naturaleza significaría perder el enfoque específico que se buscó al plantear el tema de estudio. Con relación al segundo objetivo, se ha considerado que la legislación chilena presenta grandes similitudes con la normativa civil ecuatoriana, inclusive se parte de la relación histórica de reconocer que, en el proceso de construcción normativa, el Código Civil ecuatoriano utilizó como fuente las disposiciones del Código Civil Chileno, por lo que resulta conveniente que se analice un caso en el que se aplicó un régimen de daños similar, al mismo tiempo que se observa el razonamiento del juez que lo encaminó a emitir un determinado pronunciamiento judicial e incluso cuestionarse si tal razonamiento se puede trasladar a un supuesto en el Ecuador y ser factible conforme a su normativa interna.

El caso para analizar es el siguiente:

En el marco de la contratación bancaria, el señor Don Julio Javier Fritz Vidal, en adelante el actor, solicitó un préstamo de dinero al Banco Santander Chile, en adelante el demandado, para la compra de un paquete de acciones de primera emisión del mismo banco, por el valor de 549, 0343 Unidades de Fomento, el mismo que le fue otorgado. Para proceder con el préstamo el actor

suscribió un contrato de mutuo cuyas estipulaciones estaban contenidas en un pagaré a la orden del demandado, de fecha 30 de octubre de 1996, fijándose como interés anual el 8,5%; cuyo vencimiento era el 30 de octubre de 1998, mientras el capital debía pagarse al 30 de octubre de 1999.

El pagaré contenía una cláusula denominada “Cuenta Corriente” que señalaba:

“El Banco en su calidad de acreedor de esta obligación, queda irrevocablemente facultado para cargar a su vencimiento, a las cuentas corrientes que el deudor mantenga en el mismo Banco, los importes de capital e intereses a que se refiere este documento” (Corte Suprema de Justicia de Chile, Rol N.º 137-10, 2011a).

Posteriormente, el 25 de mayo de 1998, el actor pagó anticipadamente la cantidad de \$7.688.250, valor que amortizó una parte del capital, reajuste e intereses, quedando el saldo insoluto de 37,70 Unidades de Fomento. Este valor no fue informado al actor y fue castigado el 22 de enero de 2002, procediendo a informar a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

El actor indicó que durante el año 2002 tomó conocimiento de la existencia de una deuda castigada e informada ante la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, por la suma de \$587.000, constando como acreedor el banco demandado, al mismo tiempo que conocía la decisión del banco de no renovarle la línea de crédito en virtud de aquella deuda castigada; motivo por el cual se acercó ante la entidad financiera para conocer los antecedentes de la deuda, no obstante, no le fue proporcionada información útil al respecto, en tanto el banco no le presentó una liquidación de capital, intereses y reajustes. Mencionando únicamente que la deuda se remitía al préstamo que el actor solicitó en 1996.

En consecuencia, Don Julio Javier Fritz Vidal dedujo una demanda de cumplimiento de contrato e indemnización de perjuicios en contra del Banco Santander Chile, solicitando se declare la infracción del contrato de cuenta corriente y el de mutuo que suscribió con la entidad financiera, en virtud de la información remitida a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras respecto a una deuda impaga que mantenía el actor, sin que previamente se haya formulado el cargo respectivo en la cuenta corriente, teniendo la facultad necesaria para proceder.

El actor atribuyó al demandado lo siguiente:

- “a) No haber respetado el deber de brindarle, de manera clara y veraz, la información que, en su calidad de cliente, le requiriera;
- b) No haber cargado a su cuenta corriente el saldo impago de una deuda respaldada en un pagaré que lo autorizaba para proceder de ese modo; y,
- c) Haber informado esa deuda castigada a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, sin contar con un título ejecutivo válido y sin instar por el pago de la acreencia” (Corte Suprema de Chile, Rol N.º 137-10, 2011b).

Tales incumplimientos a criterio del actor le ocasionaron perjuicios consistentes en daños materiales, por \$200.000.000 e inmateriales, por \$400.000.000. En el primer caso, los daños materiales se derivan de la pérdida de oportunidad de efectuar negocios propios, al no haber podido ingresar como socio a la sociedad Kitchen Pack Limitada. En el segundo caso, el daño moral se presentó en la aflicción que le causó el descrédito gratuito a su persona.

En consecuencia, solicitó como pretensión:

“(…) que se declare que el demandado infringió el contrato de cuenta corriente y de mutuo suscrito entre ambos: que se ordene a la contraria dar cumplimiento de sus obligaciones contractuales y legales e informar a su parte el origen y desarrollo de la deuda, como también, excluirlo de la información enviada a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras que lo señala como deudor por deuda castigada y condenar al demandado a indemnizarle los perjuicios causados, por un monto de \$600.000.000 o la suma que el tribunal estime conveniente, con reajustes y las costas de la causa” (Corte Suprema de Chile, Rol N.º 137-10, 2011c).

El demandado, por otra parte, presentó una serie de excepciones:

- a) La prescripción de la acción, en virtud que los incumplimientos contractuales se remiten a un mismo hecho: no cumplir con lo estipulado en la cláusula que facultaba al banco a cargar los importes insolutos, a su vencimiento, a la cuenta corriente del actor. No obstante, el pagaré al que se hace referencia venció con fecha 30 de octubre de 1999, por lo que el incumplimiento se remonta a esa fecha. Así, a la fecha de notificación de la demanda, el 06 de octubre de 2005, han transcurrido más de los cinco años que señala en el artículo 2515 del Código Civil de Chile con relación a prescripción de la acción.
- b) La inexistencia de los requisitos de la responsabilidad contractual, debido a que el banco no se encontraba obligado a cargar a la cuenta corriente del cliente las cuotas de capital o intereses al día de su vencimiento, la cláusula estipulada por las partes establecía una facultad en beneficio del acreedor, por lo que, al tratarse de un derecho a su favor, podía elegir ejercerlo o renunciar a este.
- c) La información proporcionada a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras es verídica y conforme a derecho.
- d) Inexistencia de un daño ocasionado al actor, faltando el nexo causal directo entre las actuaciones del demandado y los perjuicios (Corte Suprema de Chile, Rol N.º 137-10, 2011d).

Considerando lo expuesto por las partes, la Jueza titular del tribunal pronunció su sentencia el 10 de enero de 2008, acogiendo la demanda, ordenando al demandado informar al actor sobre el origen y desarrollo de la deuda y excluirlo de la información remitida a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, con relación a la deuda castigada. Adicionalmente ordenó al banco demandado indemnizar los perjuicios al actor por la cantidad de \$125.751.500 que comprende tanto los daños y perjuicios como el daño moral.

Ante esta resolución judicial, el demandado interpuso recurso de casación en la forma invocando la causal N° 4 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, simultáneamente a la apelación y recurso de nulidad. Con relación al primero, el demandado sostuvo que el tribunal incurrió en la causal de ultrapetita, al haber sentenciado sobre puntos no sometidos al conocimiento del tribunal, debido a que, a criterio del demandado, la sentencia se fundamentó en el

incumplimiento de un contrato que no fue invocado por las partes, refiriéndose a un aparente contrato de mandato comprendido en el pagaré.

En segunda instancia, la Corte de Apelaciones de Santiago aceptó el recurso de apelación del demandado en virtud de la excepción presentada, cuyo fundamento era la prescripción extintiva; procediendo a rechazar la demanda conforme al siguiente razonamiento:

1. La cláusula del pagaré que facultaba irrevocablemente al banco para cargar a la cuenta corriente del cliente el valor de capital de intereses no corresponde a una obligación, por el contrario, corresponde a una facultad concedida al banco, por lo que podía o no ejercerla.
2. El incumplimiento que se imputa al banco data del 30 de noviembre de 1999, fecha en la que se venció el pagaré y no se cargaron los valores pendientes a la cuenta corriente del cliente, por lo que, al haberse notificado la demanda el 06 de octubre de 2005, la prescripción extintiva de cinco años referente a la acción ordinaria se ha cumplido.
3. Finalmente, el tribunal de segunda instancia estableció como irrelevante la fecha en la que se remitió la información de la deuda castigada a la Superintendencia, debido a que se trataba de una obligación legal, por la cual no corresponde alegar incumplimiento conforme lo dispone el artículo 14 de la Ley General de Bancos. (Corte Suprema de Chile, Rol N.º 137-10, 2011e)

Por ende, se rechazó el recurso de casación en la forma y, de nulidad interpuesto por el demandado, debido a que el aparente vicio fue reparado a través de la apelación y conforme a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, normativa que faculta al tribunal a desestimar el recurso de casación en la forma si de los antecedentes del caso se observa que el recurrente no ha sufrido un perjuicio reparable solo con la invalidación del fallo o cuando el vicio no ha influido en lo dispositivo de la sentencia.

Al respecto, se debe aclarar que la denominada casación en la forma constituye una particularidad del ordenamiento jurídico chileno, que, a diferencia del ordenamiento jurídico ecuatoriano presenta un recurso extraordinario, admisible únicamente ante resoluciones definitivas, dispone en su normativa la “casación en la forma”, figura procesal que no está limitada a resoluciones definitivas para su interposición, debido a que sus causales obedecen a asuntos de

competencia, cosa juzgada y otros temas formales que pueden afectar a la resolución desde la primera instancia.

Motivo por el cual, una vez aclarada la particularidad del ordenamiento jurídico chileno, no debe existir confusión respecto a la sentencia de segunda instancia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago, que inadmitió tanto el recurso de casación en la forma como el de nulidad, en tanto los vicios alegados, a criterio del tribunal parecerían haberse subsanado mediante la apelación.

No obstante, el proceso continuó mediante el recurso de casación en el fondo interpuesto por el actor, recurso que faculta a la Corte Suprema de Chile, tribunal de mayor jerarquía, a revisar la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 10 de noviembre de 2009.

Como resultado, la Corte Suprema de Chile casa en la forma de oficio e invalida la sentencia de 10 de noviembre de 2009, teniéndose por no interpuesto el recurso de casación en el fondo deducido por el actor; estableciendo un precedente jurisprudencial en virtud del profundo análisis de los magistrados, que permitió evidenciar los errores de lógica jurídica que se presentaron en la sentencia de segunda instancia así como el análisis de los temas de fondo, enriqueciendo la jurisprudencia chilena y la figura del daño moral contractual

Así, antes de profundizar en el daño moral derivado del incumplimiento contractual y su admisibilidad, es menester conocer los criterios formales que consideró la Corte Suprema para casar en la forma de oficio, siendo los siguientes:

1. Los magistrados de la Corte de Apelaciones de Santiago establecen que sobre el banco no pesaba la obligación de cargar la deuda impaga a la cuenta corriente del actor como estipulaba la cláusula contenida en el pagaré, no obstante, afirman que operó la prescripción liberatoria con relación a la acción ordinaria. La prescripción liberatoria es regulada por el artículo 2492 del Código Civil, estableciendo que es un modo de extinguir los derechos y acciones ajenos, en virtud de la inactividad del acreedor y el transcurso del tiempo. En el caso en cuestión, a criterio de la Corte Suprema, el razonamiento de los jueces de segunda instancia presenta una contradicción, ya que la prescripción se fundamenta en la inactividad jurídica del acreedor para reclamar la

- obligación a su deudor, pero si resulta que no existe la obligación, no cabe aplicar el modo extintivo que se alega como excepción.
2. Frente a esto, la Corte Suprema destaca lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil en sus artículos 169, 170 y 171, normativa que regula la forma de las sentencias, al igual que lo dispuesto en el artículo 5° transitorio de la Ley N°3.390 de 15 de julio de 1918, con relación a la necesidad de cumplir con la normativa, para la claridad, armonía, lógica y congruencia en los razonamientos que dan lugar a los fallos judiciales, considerando que la ausencia de fundamento también comprende a la incoherencia interna, irracionalidad y arbitrariedad. A partir de aquello, las razones proporcionadas por los magistrados de segunda instancia, a criterio de la Corte Suprema, son manifiestamente carentes de articulación en el contexto jurídico al que pertenecen, debido a que conducen a una conclusión a través de un raciocinio formado por asertos discordantes, que no se adecuan a los presupuestos de la figura jurídica de la prescripción, siendo premisas excluyentes, ya que si no existe la obligación, no cabe la prescripción de la acción por la cual se puede exigir el cumplimiento. En tal sentido, la sentencia de segundo grado carece de argumentos razonables que la sustenten.
 3. Por tales consideraciones la Corte Suprema establece que los jueces de la Corte de Apelaciones han incurrido en la causal de nulidad formal prevista en el artículo 768 N°5 del Código de Procedimiento Civil, resolviendo conforme a sus facultades legales y los artículos 766, 775, 806 del mismo Código casar la sentencia en la forma de oficio e invalidar la sentencia del 10 de noviembre de 2009, teniéndose por no interpuesto el recurso de casación en fondo deducido por la parte actora (Corte Suprema de Chile, Rol N.º 137-10, 2011f).

En consecuencia, la Corte Suprema de Chile expide la sentencia de reemplazo, cuyo contenido más relevante se presenta a continuación:

- a) Primero, para analizar las circunstancias del caso, es menester presentar el contexto legal y doctrinario que la Corte Suprema consideró, así, empieza señalando que las obligaciones provienen de los contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos o la ley, con la particularidad de que la ley es una fuente de obligaciones que no considera la voluntad del deudor, en este contexto, la Superintendencia de Bancos e Instituciones

Financieras, mediante la ley que la faculta, la Ley General de Bancos, presenta la nómina de deudores de los bancos, los saldos de sus obligaciones y las garantías que hayan constituido conforme el registro especial, actuación que a su vez, está respaldada por la obligación de los bancos y sociedades financieras de informar de las deudas únicamente cuando estas se encuentren vencidas o castigadas, sobre los deudores contra los cuales tengan un título ejecutivo válido y vigente, y se hallen siguiendo las ejecuciones pertinentes, excluyéndose los deudores contra quienes existan títulos ejecutivos pero no hayan sido demandados durante el plazo de prescripción de la acción.

- b) En ese mismo lineamiento, la Corte Suprema se refiere a la buena fe contractual y al artículo 1546 del Código Civil, disposición cuyo contenido indica que el contrato debe ejecutarse de buena, obligando no solo a lo que en este se expresa, sino a las todas obligaciones que emanan de la naturaleza de la relación jurídica o que por la ley o la costumbre se hallen incorporadas, es así que existe una extensión del deber de prestación, que obliga a los contratantes a actuar colaborativamente para el cumplimiento de sus obligaciones individuales, así como todas aquellas que deriven de la naturaleza del contrato. Este criterio, a su vez, es respaldado por la doctrina, en palabras del catedrático Jorge López Santa María, quien reitera la importancia de la función social y económica del contrato para la dinámica económica de un país, de las relaciones económicas entre las personas, el intercambio de bienes y de los servicios, así como la circulación de la riqueza; funciones que se conectan directamente con la buena fe, entendida como el deber de lealtad y corrección entre las partes contractuales durante todo el proceso contractual.
- c) Ahora bien, retomando los méritos de la controversia, la información sobre la deuda castigada fue remitida a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras el mes de enero de 2002, año en el que el actor afirma haber obtenido conocimiento de la existencia del saldo adeudado. No obstante, conforme a la prueba confesional quedó acreditado como un hecho en el proceso, que el banco nunca cobró judicialmente la deuda, la misma que informó a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras con la calidad de castigada. Es decir, la demandada no instó ni antes ni al momento de remitir la información, el cobro judicial, al tiempo que el pagaré que tenía

en su poder perdía el carácter de título ejecutivo. Antecedentes que permiten colegir que el incumplimiento a las obligaciones contractuales de la demandada se produjo en el mes de enero de 2002, fecha en la que se procede a computar el plazo de prescripción de acción acorde al artículo 2515 del Código Civil; de ahí que, al 06 de octubre de 2005, fecha en la que se citó la demanda, no se había alcanzado el plazo para que prescriba la acción. Desestimando la excepción de prescripción extintiva presentada por la demandada y estableciendo, definitivamente, el incumplimiento del banco con relación a la obligación que emana de la Ley General de Bancos, en su artículo 14, y del contrato celebrado por las partes, en tanto informó de una deuda sin que esta cumpliera con los requisitos de ser una deuda vencida, que se esté cobrando judicialmente-habiendo transcurrido el plazo que tenía para hacerlo-, permitiendo que se incorpore al actor en el registro de deudores.

- d) Como resultado, se establece la responsabilidad de indemnizar los perjuicios sufridos por el actor. Así, en materia de daños, el actor solicitó el resarcimiento de los daños materiales, por \$200.000.000 e inmateriales, por \$400.000.000. Con relación a los primeros, se fundamentan en la pérdida de oportunidad de efectuar negocios propios, al no poder ingresar como socio de la sociedad Kitchen Pack Limitada; presentando como prueba una serie de documentos, que si bien acreditaron la existencia de la sociedad y de la intención de ser socio de la misma, no permitieron justificar el monto de los perjuicios materiales exigidos, en tanto los juzgadores no obtuvieron el convencimiento necesaria acerca del porcentaje en los derechos sociales, ni de las utilidades que habría ganado, por lo que no prosperó aquel ítem de la indemnización.

Con relación al daño moral, el actor manifestó la aflicción que le ha producido el descrédito a su persona, pretensión que fue sustentada mediante prueba testimonial, prueba que a criterio de la Corte Suprema obtuvo el mérito suficiente para aplicar la segunda regla del artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, relacionada a la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, asignando valor de plena prueba a las circunstancias narradas; en cuanto a la afectación anímica o psíquica causada al actor, consistente en sentimientos de vergüenza, desconcierto e incomodidad por los inconvenientes presentados al tratar de pagar con cheques diversas cuentas por la compra de bienes y servicios, los que a su vez, eran rechazados por aparecer registrado

en el boletín comercial, situación que a criterio de uno de los testigos, le significó al actor infructuosas entrevistas de trabajo. Frente a tales pruebas, la Corte sostiene que la ley no entrega parámetros expresos para determinar el daño moral, por lo que su ponderación queda a criterio del órgano jurisdiccional. En ese sentido, el tribunal considera que, si bien el ordenamiento civil no contempla el resarcimiento del daño moral en general en el ámbito contractual, la doctrina y la jurisprudencia sí, optando por aceptar el segundo ítem de la indemnización, confirmando la sentencia apelada de 10 de enero de 2008, con la diferencia en la indemnización, determinando la suma de \$5.000.000 (cinco millones de pesos), más los reajustes de la variación que sufra el índice de precios al consumidor (Corte Suprema de Chile, Rol N.º 137-10, 2011g).

Ahora bien, los argumentos dados por la Corte Suprema en la sentencia de reemplazo, además de presentar coherencia interna y empleo correcto de la normativa, presenta un profundo análisis de la figura del daño moral contractual con relación al caso en concreto, recurriendo a la doctrina para sustentar una postura favorable a la declaración del daño moral derivado del incumplimiento de los contratos bancarios de mutuo y cuenta corriente.

En primer lugar, con relación al concepto y fundamento del daño moral, manifiesta:

“(…) Que sabido es que la ley no entrega parámetros expresos para determinar el daño moral, entendido como el sufrimiento, dolor o aflicción espiritual, moral y afectiva que ha debido sufrir el actor, motivo por el que su ponderación queda entregada al órgano jurisdiccional.

Ese daño no material, encuentra su fundamento en la propia naturaleza de la psicología afectiva del ser humano, de manera que puede decirse que el mismo se produce siempre que un hecho externo afecta a la integridad física o moral del individuo y, por lo tanto, su regulación pecuniaria se halla por entero en la esfera de apreciación del tribunal” (Corte Suprema de Chile, Rol N.º 137-10, 2011h)

Es decir, el tribunal opta por presentar un concepto amplio de daño moral en virtud del cual se dispone a valorar las circunstancias del caso, al mismo tiempo que reitera la facultad de los jueces para determinar si las consecuencias del hecho ilícito se subsumen al concepto de daño moral manifestado tanto por la jurisprudencia, como por la doctrina. Entendiendo, en definitiva, que el daño moral se encuentra estrechamente vinculado a la psicología afectiva del ser humano, de ahí que su valoración debe dirigirse a los elementos esenciales del ser, que presuntamente han sido afectados, a través de medios que permitan acercarse a los mismos, como se mencionó en capítulos anteriores, recurriendo a otras áreas diferentes al derecho, como la psicología, entre otras. Lo que, a su vez, también infiere en la reparación del daño, en tanto la misma no debe limitarse a una reparación pecuniaria, sino una reparación integral que considere su naturaleza.

Motivo por el cual, la Corte Suprema de Chile, indica con plena convicción, que su ponderación y regulación pecuniaria queda enteramente en la esfera de apreciación del tribunal, sin que la falta de parámetros expresamente señalados por la normativa sea un justificativo para inobservar las particularidades y efectos de esta figura jurídica, que sí han sido dadas por la doctrina y la jurisprudencia.

En consecuencia, enuncia como primera premisa:

Es factible aplicar la figura de daño moral sin que infiera negativamente la falta de parámetros expuestos para su determinación, en tanto dicha figura ha sido ampliamente desarrollada a través de otras fuentes de derecho, diferentes a la ley, como lo es la jurisprudencia y la doctrina, con el distintivo de otorgar al juez la facultad para declarar el daño moral y su reparación conforme a su apreciación.

Premisa que es compartida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, conforme se evidenció en la sentencia analizada en capítulos anteriores, en tanto el Código Civil Ecuatoriano no establece parámetros expuestos para su determinación, lo que no significó un impedimento para declarar la existencia del daño moral en el caso en concreto, ya que, al igual que en el supuesto chileno, el tribunal de mayor jerarquía, recurrió constantemente a la jurisprudencia y doctrina como fuentes de derecho para motivar su resolución, sin que exista una prohibición expresa que niegue la admisibilidad de la figura jurídica.

Por otro lado, la Corte Suprema de Chile relaciona su criterio en el caso en cuestión, de la siguiente forma:

“Ante las circunstancias anotadas en los fundamentos procedentes, resulta ineludible concluir que corresponde acceder a la compensación en dinero del daño moral sufrido por la parte demandante, pues deviene como una consecuencia connatural a los sentimientos de vergüenza, preocupación y amargura, comprometidos en las dificultades para interactuar en establecimientos de comercios en quehaceres habituales de la vida diaria y el desmedro de sus posibilidades a la hora de postular a nuevas fuentes de trabajo, para las que resultó de relevancia que el actor presentara la deuda vencida materia de la litis en sus antecedentes financieros. En este contexto, el tribunal está facultado para regular, conforme a la prudencia, el monto de este capítulo indemnizatorio” (Corte Suprema de Chile, Rol N.º 137-10, 2011i).

A partir de la explicación de la naturaleza y fundamento del daño moral, la Corte Suprema de Chile adecúa las circunstancias del caso, observando que efectivamente se han producido los sentimientos de vergüenza, preocupación y amargura, configurándose un daño moral, al cual se ha visto injustamente obligado a sufrir el actor, con consecuencias mediatas como el desmedro en sus posibilidades de trabajo. Añadiendo como principio rector, la prudencia a la que está sujeto el juez para regular el monto indemnizatorio, cuestión que no había sido mencionada tan claramente en el argumento anterior pero que permite colegir el tratamiento moderado que la jurisprudencia chilena le otorga al daño moral, especialmente en su aspecto pecuniario.

Este criterio, se presenta reiteradamente en los distintos ordenamientos jurídicos analizados, incluido el ecuatoriano, optando por un régimen de compensación guiado por la prudencia del juez, ya sea por la dificultad para obtener pruebas para su convencimiento y por tanto para otorgar exagerados montos de dinero, o por la propia naturaleza del daño, que requiere de una reparación integral, adicional a la que pueda comprender la entrega de una suma de dinero.

En la misma línea, con relación a la normativa aplicable, la Corte Suprema de Chile sostiene:

“(…) Que, aunque el ordenamiento civil no contempla el resarcimiento del daño moral en general en el ámbito contractual, la doctrina y la jurisprudencia lo ha incorporado, demostrando con ello la tendencia natural y necesaria de las ciencias de ir adaptándose a los requerimientos de las personas y comunidades que, en caso como el de la especie, reclaman la reparación de aspectos que fueron previstos por el legislador de antaño” (Corte Suprema, Rol N.º 137-10, 2011j).

Es decir, la Corte Suprema de Chile sin eludir la falta de regulación civil del daño moral en el ámbito contractual, considera factible su declaración y reparación, en tanto la doctrina y la jurisprudencia han venido desarrollando los argumentos favorables a su admisión; lo que también encuentra su sentido en la denominada tendencia natural y necesaria de las ciencias de ir evolucionando para satisfacer las necesidades de los individuos, en este caso, la parte contractual que ha sufrido el daño moral y tiene el derecho de obtener una reparación adecuada, conforme a la naturaleza del daño, que a criterio del tribunal, son requerimientos acorde a los aspectos que fueron previstos por el legislador de antaño, con independencia de su expresa mención en la ley vigente.

Paralelamente, la doctrina y jurisprudencia establecen argumentos bajo el mismo razonamiento jurídico:

“Don Fernando Fueyo expresa: “Para mi es como un axioma que el concepto jurídico de daños abarca toda forma de daños, esto es, tanto el patrimonial como el extrapatrimonial”, y agrega, “la jurisprudencia chilena ha tenido la oportunidad de recalcar que la palabra “daño” comprende el perjuicio, dolor o molestia que se cause, por lo cual, interpretando este vocablo en su sentido natural y obvio, debe entenderse que corresponde, además del perjuicio pecuniario, el de carácter

inmaterial que se ocasione por acto ajeno” [Instituciones de Derecho Civil Moderno, pág. 69]. Además, es la doctrina reiterada de esta Corte así disponerlo [fallos en causas N.º1369-00, N.º4031-05, N.º05, N.º320-05, N.º4103-05, N.º3070-06, N.º6700-06; N.º59-07, N.º4727-07, N.º5814-07, N.º5329-07;N.º1089-09, N.º1986-09,N.º5849-09, N.º6937-09] (Corte Suprema de Chile, Rol N.º137-10, 2011k).

Este razonamiento también permite colegir una serie de elementos favorables a la declaración del daño moral en el ámbito contractual; entre ellos la referencia a uno de los axiomas fundamentales del derecho de daños, que es precisamente el deber del Derecho de otorgar los mecanismos para la reparación del daño causado, ya sea de carácter patrimonial o extrapatrimonial, lo que comprende la admisión de una figura jurídica que, generalmente se presenta en un contexto extracontractual, pero que también puede llegar a ser factible en un marco de obligaciones contractuales. De ahí que, un segundo elemento relevante que se reconoce por la Corte Suprema de Chile es el rol de los tribunales al momento de crear jurisprudencia acorde a la tendencia actual del Derecho, es decir, resulta innegable la importancia de las mencionadas fuentes para el desarrollo de la figura del daño moral en el ámbito contractual.

De tal forma que, con fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales, la Corte Suprema de Chile enuncia su conclusión conforme a la normativa y el caso en concreto:

“Que el artículo 1556 del Código Civil, no limita la reparación en materia contractual al daño emergente y al lucro cesante, desde que no se excluye el daño moral.

Procede, en consecuencia, en el ámbito de la responsabilidad contractual la reparación del daño extrapatrimonial, cuando está ligado a un daño material y si, como sucede en la especie, se trata de un daño moral acreditado, con nexo causal con un incumplimiento a deberes adquiridos al actual en la vía convencional, en

que el deudor, al proceder al cumplimiento del mandato del artículo 14 de la Ley General de Bancos en forma anómala, ha faltado a su deber de ejecución de buena fe del contrato celebrado con el demandante, pudiendo prevenirlo y, con ello, haber actuado de modo diferente” (Corte Suprema de Chile, Rol N.º137-10, 2011).

Consecuentemente, el tribunal admite el daño moral derivado del incumplimiento de los contratos bancarios y de los deberes impuestos en la Ley General de Bancos, así como el deber de ejecución de buena fe, una obligación de la naturaleza que se halla en todo contrato, estableciendo los presupuestos que se cumplieron para admitir la figura jurídica:

- a) Referencia a la normativa aplicable, la cual, si bien no dispone parámetros expresos sobre la determinación y regulación del daño moral, especialmente en el marco del contrato, tampoco excluye su admisión, como se evidencia en el artículo 1556 del Código Civil, que dispone lo siguiente:

“Art. 1556. La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúense los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente” (Código Civil Chileno, 2020e).

Es decir, al no existir una prohibición expresa de otorgar el daño moral en sede contractual, la Corte Suprema de Chile estima que la normativa vigente tampoco lo excluye, siendo factible en un primer momento su admisión.

Adicionalmente, en contraste con el ordenamiento jurídico ecuatoriano, cuya disposición referente al régimen de daños y perjuicios señala:

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

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

Exceptúense también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código” (Código Civil Ecuatoriano, 2019i).

La similitud que presentan las disposiciones normativas es clara, no obstante, la interpretación que se ha dado a cada una difiere, ya que, en el caso de Chile, la jurisprudencia se ha encargado de extender su alcance, al punto de afirmar que si bien la normativa no hace expresa mención al daño moral en el ámbito contractual tampoco lo excluye, mientras que, la jurisprudencia de Ecuador se ha limitado a recurrir a la doctrina para admitir el daño moral en el ámbito contractual, sin llegar a formular una interpretación de la disposición normativa, ya sea para negar su factibilidad o para admitirla.

- a) Continuando con los presupuestos establecidos por la Corte Suprema de Chile, se exige que el daño moral en el marco de la responsabilidad contractual se halle ligado a un daño material. Es decir, el daño moral debe estar vinculado a un daño material, lo que no significa que pierda su autonomía, sin embargo, parecería ser un requisito destinado al convencimiento del juzgador, para visibilizar el daño mismo, debido a que, como se analizó en capítulos anteriores, uno de los factores que se consideraba por los distintos ordenamientos jurídicos comparados, era la complejidad en el tema probatorio, de ahí que su repercusión económica es uno de los puntos relevantes para su determinación, puesto que la prueba del daño moral a través del daño material, refuerza la convicción de su presencia, adicional a la condición propia de todo daño jurídicamente reparable, que exige la existencia de un perjuicio real.
- b) En tercer lugar, la Corte Suprema de Chile manifiesta que debe tratarse de un daño moral acreditado, con un nexo causal que vincule el incumplimiento de los deberes convencionales, requisitos que se cumplieron en la especie, en virtud de los antecedentes expuestos, trascendiendo especialmente, el incumplimiento de las obligaciones que no se encontraban expresamente estipuladas en el contrato, como lo son las obligaciones de la naturaleza, con relación a la obligación del Banco de cumplir con las condiciones dispuestas en la Ley General de Bancos, para reportar a los deudores en el registro especial, así como el deber de buena fe en la ejecución del contrato, que busca la colaboración de

las partes para el correcto cumplimiento de todas las obligaciones, cuestión que no se presentó en los contratos bancarios analizados, ya que, ante la facultad de cargar la deuda a la cuenta corriente del cliente, la entidad bancaria optó por no ejercerla, en evidente perjuicio del cliente.

Así, la Corte Suprema de Chile con la mayoría de los votos a favor, pronuncia su sentencia de reemplazo, en la que admite el daño moral en el ámbito contractual, con fundamentos que, como se han mencionado, se pueden contrastar con lo dispuesto en la normativa ecuatoriana.

No obstante, con el fin de obtener mayor posibilidad de análisis, es menester indicar que se reservó el voto en contra de uno de los ministros que conformaron el tribunal, lo que puede denominarse en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, como el voto salvado, que permite al juez que discrepa de sus compañeros de tribunal, presentar una sentencia diferente, con el objetivo de salvaguardar su criterio. De tal forma que, con relación al daño moral en el ámbito contractual, el ministro considera que no ha sido suficientemente justificado el monto pretendido por el aparente daño, enfocándose en el principio de enriquecimiento injusto o sin causa, situaciones que el órgano jurisdiccional debe evitar, reiterando el principio rector de prudencia a la que está sujeta la facultad del juez para regular la reparación pecuniaria del daño moral. Criterio válido y razonable, considerando los antecedentes del caso y la complejidad de la prueba en el daño moral, especialmente cuando su fuente es el incumplimiento de obligaciones contractuales, que deben afectar en tal medida a los elementos esenciales del ser, que no puedan confundirse con las simples molestias propias de todo incumplimiento contractual.

Finalmente, uno de los puntos más relevantes que se puede colegir del análisis del caso suscitado en el ordenamiento jurídico chileno es el tratamiento dado por los tribunales de justicia a la figura del daño moral, que, a criterio de los magistrados, no está excluido del ámbito contractual, a partir del convencimiento de que efectivamente, el daño emergente y el lucro cesante no son las únicas figuras en materia de daños que pueden presentarse en el ámbito contractual, ya que el artículo 1556 del Código Civil de Chile no prohíbe expresamente su admisibilidad, contexto jurídico que ha encontrado complemento en la extensa doctrina que respalda una posición favorable al daño moral derivado del incumplimiento contractual. Difiriendo con el contexto de la realidad jurídica ecuatoriana, que, si bien presenta grandes similitudes normativas con relación al

régimen de daños, carece de la fuerza vinculante de la jurisprudencia y de los criterios que proporciona la doctrina como fuentes de derecho idóneas para desarrollar la figura del daño moral en sede contractual cuando los legisladores no lo han realizado, como sí ha sucedido en Chile. Siendo un aspecto importante para considerarse en las conclusiones del presente trabajo.

Así, una vez analizada la sentencia pronunciada por la Corte Suprema de Chile, a la luz de su propia normativa, con el contraste de la normativa ecuatoriana y los elementos estudiados en capítulos anteriores, es posible considerar la factibilidad del daño moral derivado del incumplimiento de los contratos bancarios en el contexto ecuatoriano. Sin embargo, para obtener una conclusión firme con relación a la hipótesis del presente trabajo, es necesario continuar con el análisis del caso de laboratorio aplicando la normativa ecuatoriana.

4.2. Análisis de un caso suscitado en Ecuador y la factibilidad de demandar daño moral contractual según la legislación ecuatoriana

Continuando con el análisis de la factibilidad del daño moral en el ámbito contractual en el Ecuador, con especial énfasis en la contratación bancaria, se presenta el siguiente caso de laboratorio:

La persona X suscribe un contrato de mutuo con la entidad financiera C estableciendo como garantía a favor del banco una hipoteca sobre un inmueble de su propiedad.

Sin embargo, la persona X, producto de la mala situación económica en la que fue inmerso los últimos meses, se acerca a la entidad financiera entablado conversación con una asesora comercial, a quien se denominará la señora D, con el objetivo de diferir tres cuotas de su crédito, flexibilidad financiera que fue dada en virtud de la crisis que vivía el país por la pandemia actual. A la persona X se le envía la nueva tabla de amortización, en la cual se puede observar el saldo de capital y los dividendos de los meses de marzo, abril y mayo, en cero, debido al diferimiento. Tabla de amortización que fue aceptada por la persona X.

Simultáneamente, la persona X decide vender el único inmueble del cual es dueño, con el fin de pagar sus deudas adquiridas, debido a que la nueva tabla de amortización no constituía una solución definitiva.

Adicional al crédito adquirido con el banco, la persona X había incurrido en una deuda por el valor de \$60.000, 00 (SESENTA MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) respecto a los señores W y M, quienes eran sus acreedores.

Ante esta circunstancia la persona X oferta el inmueble a sus acreedores para extinguir su obligación de pago. No obstante, sobre el inmueble en cuestión pesaba una hipoteca a beneficio del banco como garantía del crédito, el cual no había sido pagado en su totalidad, motivo por el cual se optó por celebrar una promesa de compraventa con los señores W y M, a quienes además de acreedores también se los denominará los promitentes compradores.

La promesa de compraventa establece como justo precio el valor de \$40.000, 00 (CUARENTA MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), conviniendo

entregar un anticipo para solventar la deuda con el banco y así, levantar la hipoteca que pesaba sobre el inmueble y celebrar en el plazo de 30 días la compraventa, solventando a su vez, la deuda que también se mantenía con los señores W y M por el valor de \$60.000, 00 (SESENTA MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA).

Adicionalmente, en la promesa de compraventa se estipula una cláusula penal por el valor de \$110.000, 00 (CIENTO DIEZ MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) en el supuesto incumplimiento por una de las partes.

En virtud de lo expuesto, a finales de mayo, la persona X solicita a la señora D el saldo de la deuda, informándole que desea proceder a la pre-cancelación de la deuda y para ello celebrará una promesa de compraventa que le entregará el valor necesario de acuerdo a la información que le brinden en el banco, ante lo cual la funcionaria le indica que el saldo a pagar por pre-cancelación el valor de \$20.000, 00 (VEINTE MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) según el sistema de la entidad financiera, en donde no se presenta un desglose de capital e intereses ni se evidencian otros valores pendientes. Motivada en esta información, la persona X solicita la pre-cancelación de la operación de crédito mediante débito de su cuenta corriente. Paralelo a la celebración de la promesa de compraventa.

Cuando la persona X solicita la pre-cancelación del crédito también solicita el reverso de la tabla de amortización, optando por pagar la deuda con el anticipo de la promesa de compraventa, que había sido depositado en su cuenta corriente, y, en consecuencia, obtener el levantamiento de la hipoteca. Sin embargo, aceptar la pre-cancelación y aplicar la tabla de amortización anterior, trae consigo una variación en los intereses, que deben ser considerados en la deuda global, circunstancia que no es considerado por la entidad financiera al momento de indicar el valor total de la deuda a la persona X. La señora D solicita a otros funcionarios de la entidad financiera el reverso de la tabla de amortización en virtud de la pre-cancelación del crédito. Al día siguiente, la señora D le informa a la persona X que están revisando la tabla de amortización y que el valor del capital no corresponde a la fecha actual. Ante lo que la persona X le manifiesta que, si el banco dio una información errada, ella no puede asumir un costo adicional, ya que ya firmaron la promesa de compraventa y han pagado una elevada suma de intereses previos.

La persona X informa de esta situación a otros funcionarios del banco, dando como resultado que la señora D le indique mediante correos electrónicos que todo está solucionado. Posteriormente se suscribe el formulario para registro de pre-cancelación del crédito y se emite un recibo de pago el valor indicado por el sistema, sin que se realice una consulta sobre valores pendientes.

Días después, procediendo con el levantamiento de la hipoteca, los funcionarios de la entidad financiera observan que en el sistema aun señala valores por cobrar, por lo que no es posible seguir con el levantamiento de la hipoteca. Lo que es comunicado a la persona X, que le indican que por un error del sistema no se estaban considerando los intereses correctos, por lo que la pre-cancelación debe considerarse un abono y no se ha extinguido la obligación en su totalidad.

En consecuencia, la persona X ha quedado en una situación en la que al haber sido informada incorrectamente de los valores adeudados también informó incorrectamente a los señores W y M quienes reclaman el cumplimiento de la promesa de compraventa o advierten la ejecución de la cláusula penal, al cumplirse el plazo de los 30 días para celebrar la compraventa, adicional al reclamo de la deuda anterior que iba a solventarse a través de la adquisición del inmueble.

Ahora bien, el siguiente caso de laboratorio se analizará conforme a los siguientes presupuestos: a) Antecedentes del caso; b) Obligaciones contractuales; c) Daño moral y su nexo causal con el incumplimiento contractual; d) Normativa aplicable del ordenamiento jurídico ecuatoriano con relación al daño moral; e) Doctrina; y, f) Jurisprudencia.

Estos presupuestos para analizar el caso de laboratorio han sido seleccionados en virtud de que es necesario reconocer el contexto en el que se desarrollan los hechos, y una vez se encuentran claras las circunstancias continuar con el marco obligacional en el que las partes decidieron actuar, solo así, vislumbrando las obligaciones que le correspondían a las partes involucradas es posible analizar la existencia del daño moral, el mismo que debe materializarse a través a un nexo causal con el aparente incumplimiento contractual, caso contrario, sería posible considerar que en el caso en cuestión las situaciones presentadas no son susceptibles de ocasionar daño moral, sin embargo, antes de obtener una conclusión, también es menester analizarlo a la luz de la doctrina y la jurisprudencia ecuatoriana, que han servido de motivación y de fuerza vinculante para declarar la

existencia del daño moral en los ordenamientos jurídicos comparados y en el propio ordenamiento jurídico ecuatoriano, por tales justificativos, se procede con el análisis.

a. Antecedentes del caso

De los antecedentes del caso se puede colegir la participación de diferentes actores y contratos que se vinculan unos a otros para dar origen a la situación que se va a analizar. Así, en primer lugar, se encuentra la denominada persona X quien firma un contrato de mutuo o crédito bancario con la entidad financiera, parte a la que podría llegar a considerarse como causante del daño en virtud de un aparente incumplimiento contractual. Por otro lado, se hallan los denominados señores W y M, quienes son acreedores de la persona X y, en virtud de esta deuda celebran una promesa de compraventa con la persona X, con el objetivo de extinguir la deuda que mantiene con los promitentes compradores mediante la transferencia del inmueble de su propiedad, obteniendo a su vez, la cancelación de la deuda que mantiene con el banco a través del anticipo de \$20.000, 00 (VEINTE MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) que representa la diferencia entre la deuda y el valor del inmueble.

La promesa de compraventa celebrada por las partes esencialmente consistía en la entrega del inmueble libre de gravámenes en el plazo de 30 días, como mecanismo de compensación entre la persona X y los señores W y M, pero, de no cumplir esta obligación, los promitentes compradores podrán exigir la ejecución de la cláusula penal estipulada en la promesa de compraventa, adicional al cobro de la deuda original.

Consecuentemente, la persona X solicita información al banco sobre la deuda que mantiene y, en virtud de la información dada por el banco respecto a su deuda, la persona X llega al acuerdo de promesa de compraventa, solicitando el valor exacto que le fue informado en la entidad financiera por concepto de anticipo, representando la diferencia entre la deuda y el valor del inmueble, constituyendo el único valor que iba a efectivamente recibir por la transferencia de dominio.

Sin embargo, la mencionada información fue incorrecta, en tanto no contemplaba los intereses de la obligación, manteniendo vigente a la misma, y, por lo tanto, impedía levantar la hipoteca que pesaba sobre el inmueble, ocasionando el incumplimiento de la promesa de

compraventa, incumplimiento que fue demandado por los señores W y M, quienes siguen sin recuperar su bien inmueble libre de gravamen como mecanismo de compensación.

Esta situación que no ha sido judicializada en el contexto ecuatoriano permite advertir la posibilidad de demandar el incumplimiento contractual e incluso el daño moral. Empero, para considerar estos supuestos se deberá responder en primer lugar, cuáles son las obligaciones contractuales que podrían haberse incumplido, lo que nos llega al siguiente punto.

b. Obligaciones contractuales

Las obligaciones contractuales que podrían haberse visto quebrantadas conforme a los antecedentes del caso, corresponden a una serie de deberes propios de la contratación bancaria, entre ellos se encuentran:

1. Deber de diligencia

Si bien el deber de diligencia establecido en la normativa aplicable se refiere específicamente a la diligencia que debe existir en el control de los recursos que se introducen en el sistema financiero nacional, es decir, la verificación de la licitud de los fondos, el deber de diligencia es mucho más amplio en el contexto contractual. Es así como el deber de diligencia es catalogado como un deber de protección derivado del deber de buena fe.

Los deberes de protección deben entenderse a partir del siguiente enunciado: “(...) las partes no solo están obligadas a ejecutar sus prestaciones, sino que deben ejecutar prestaciones de protección entre ellas, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato” (Morales Hervias, 2013a, p.54).

De ahí que, el deber de diligencia será distinto dependiendo de la naturaleza del contrato y deberá considerarse como un deber de protección que refuerza el vínculo contractual, sin que requiera de una estipulación expresa. En el caso de los contratos bancarios es innegable la diligencia con la que deben actuar los funcionarios del banco con relación a los clientes o usuarios financieros, quienes colocan a disposición de la entidad financiera su dinero y la confianza colectiva de un país.

Ahora bien, ¿cómo se incumplió el deber de diligencia en el supuesto que se analiza? Para responder esa pregunta es necesario recordar los hechos, siendo uno de los más relevantes, la

solicitud de información que presentó el cliente a su entidad financiera, requiriendo el saldo actual de la deuda. Consecuentemente, la diligencia en este supuesto radicaba en una adecuada revisión en el sistema interno del banco, en el cual se registran las obligaciones dinerarias adquiridas a favor de la entidad, comprendiendo todos los pormenores de la deuda, tanto el capital como los intereses generados. No obstante, la actuación de los funcionarios del banco parece no haberse revestido de la diligencia necesaria, en tanto se limitaron a continuar con el trámite de pre-cancelación de la obligación, incluso cuando se observó en un determinado momento que no coincidían los valores por concepto de intereses hasta la fecha actual, en la que se solicitó la información para proceder con la pre-cancelación.

Contrario a esta actuación, el correcto ejercicio de la diligencia a la que estaba sujeta la entidad financiera, habría consistido en revisar exhaustivamente el sistema interno antes de entregar la información como parte de un control ex ante y, posteriormente, corroborar que, en efecto, la información dada era veraz, especialmente si, como revelan los hechos del caso, existía la duda ante la falta de correlación con los valores actuales por concepto de intereses.

Paralelamente, es menester tener en cuenta que, a diferencia de las obligaciones de seguridad, cuyo cumplimiento se hace efectivo al no existir un resultado dañoso, los deberes de protección son obligaciones de diligencia, que observan la prudencia con la que actuaron las partes, con independencia del daño, que puede o no ser factible; enfocando su atención tanto en la actuación diligente como en el resultado mismo (Morales Hervias, 2013b, p. 55). Por lo que, incluso si la información dada era la correcta, no existía la duda de su veracidad o el cliente estaba en las condiciones de haber obtenido la información correcta por otros medios, la obligación de la entidad financiera de corroborar la información subsistía, siendo aquel punto el determinante para colegir, que, en un principio, el deber de diligencia que revestía la relación contractual entre el banco y el usuario financiero fue incumplido.

Lo que nos lleva a analizar el segundo punto.

2. Deber de información:

El deber de información es una de las obligaciones principales que se reproduce en los distintos contratos bancarios, de ahí que su incumplimiento proporciona el contexto idóneo para una serie de consecuencias dañosas.

Así, entre las distintas disposiciones normativas relacionadas al deber de información, las siguientes son directamente aplicables al supuesto que se analiza.

Primero, la Codificación de la Superintendencia de Bancos, Libro Primero, Tomo IV, Resolución Nro. 810, respecto a los Derechos y Obligaciones del Usuario de las Entidades de los Sectores Financieros Público y Privado es clara al señalar el primer contexto en donde se observa el deber de información, refiriéndose al momento de acceder a los productos y servicios financieros, manifestando lo siguiente:

“Art. 9.- Acceder y recibir directamente información clara, precisa, oportuna, razonable, adecuada, validada, veraz y completa, relacionada con los productos y servicios ofertados por las entidades de los sectores financieros público y privado, especialmente en los aspectos financiero, legal, jurídico, operativo, fiscal y comercial, entre otras, incluyendo sus riesgos asociados:

- a. La información, sobre los productos y servicios financieros, deberá estar al alcance del usuario del sistema financiero antes, durante y después de las respectivas prestaciones y deberá ser elaborada considerando el grado de educación financiera;
- b. Recibir una exposición clara de las condiciones y procedimientos establecidos en el contrato y otros instrumentos a fin de evitar errores de interpretación. Los términos deberán expresarse con claridad y en idioma castellano. En caso de duda se aplicarán a favor del usuario;
- c. Conocer en forma expresa, oportuna y suficiente cualquier modificación de los plazos, tasas de interés pactadas, gastos y demás condiciones del contrato, así como la forma de su aplicación, y los efectos de dichos cambios cuando éstos afecten sus

derechos; [...] ” (Codificación de la Superintendencia de Bancos, Libro Primero, Tomo IV, Resolución Nro.810, 2018c).

En consecuencia, de la disposición normativa se colige la obligación impuesta las entidades del sistema financiero nacional y el derecho correlativo de los usuarios financieros a recibir información clara, precisa, veraz, adecuada y oportuna sobre los productos y servicios financieros ofertados. Siendo un requisito indispensable para considerar que el usuario se ha motivado con todos los elementos de convicción que podía obtener, los mismos que deben corresponder a la realidad. A su vez, una de las circunstancias relevantes que se puede abstraer de la disposición normativa es respecto a las diferentes etapas en la prestación del servicio financiero, manifestando que el deber de información se exige antes, durante y después de haber otorgado la prestación, estableciendo los primeros indicios para considerar que el deber de información se presenta en distintos momentos y formas dependiendo del producto o servicio financiero dado.

En segundo lugar, la misma Codificación señala en su artículo 13 otro aspecto del deber de información:

“Art. 13.- El usuario tendrá derecho a:

a. Exigir información y documentación de todos los actos que respalden la negociación, contratación, ejecución y terminación del contrato, y/o de la prestación de productos y servicios financieros ya sea al obligado directo o indirecto;

b. Derecho a obtener los documentos que han sido debidamente cancelados o endosados por haberse subrogado en la obligación en calidad de obligado indirecto; y,

c. Conocer si en las bases de datos de las entidades de los sectores financieros público y privado existe información sobre sí mismo y acceder a ella sin restricción alguna; a conocer la fuente de dicha información; y, a exigir de la misma la

rectificación de los datos personales cuando dicha información sea inexacta o errónea” (Codificación de la Superintendencia de Bancos, Libro Primero, Tomo IV, Resolución Nro.810, 2018d).

Disposición en la que se destaca la posibilidad de exigir los documentos que respalden las obligaciones contraídas con la entidad financiera, derecho que contribuye al cumplimiento de deber de información.

De igual forma, en el Capítulo V de la protección al usuario financiero, de los servicios de información y atención de reclamos, en la Sección I del servicio de información, contemplado en la Codificación mencionada, el artículo 1 reitera en el imperativo de otorgar información clara, veraz y oportuna, con el objetivo de suministrar al usuario todos los supuestos que le permitan tomar una decisión conforme a la realidad.

En esa misma línea, y, con el fin de analizar el supuesto presentado, también se resalta las definiciones dadas por la normativa:

- “(…) a. Información clara.- La que permite al público en general comprender su significado, a través del uso de palabras simples y de común entendimiento;
- b. Información completa.- La que contiene todas las características, condiciones, riesgos y costos relevantes relacionados con la contratación de un producto o servicio, de manera que el cliente pueda conocer las ventajas y desventajas del producto o servicio, sus obligaciones y derechos y el valor final de la prestación; e,
- c. Información oportuna.- La que se encuentre disponible al momento de la toma de decisiones, es decir, que el cliente pueda conocer todas las condiciones con la debida antelación para celebrar un contrato” (Codificación de la Superintendencia de Bancos, Libro Primero, Tomo IV, Resolución Nro.810, 2018e).

En efecto, si bien la normativa proporciona definiciones de lo que debe entenderse como información clara, completa y oportuna, no menciona si la falta de alguna de ellas quebranta en su totalidad el deber de información o afecta el deber de diligencia tratado en el punto anterior, no obstante, la interpretación que puede otorgarse en beneficio del usuario financiero es que en efecto, se requiere que la información sea clara, completa y oportuna en su conjunto, y, al faltar alguno de estos adjetivos que revisten al deber de información, se podría entender que se ha incumplido el mismo.

Esta interpretación se adecua a lo establecido en la misma normativa al referirse de forma expresa sobre el deber de información:

“Art. 4.- Deber de información.- Las entidades del sistema financiero al momento de informar al público respecto de los productos y servicios ofrecidos, deberán tener en cuenta lo siguiente: a. Explicar de manera clara, completa y oportuna sus características y riesgos asociados; b. Los derechos y obligaciones de los usuarios financieros; c. Las condiciones, las tarifas o precios y la forma de determinarlos; d. Los costos totales; e. Las consecuencias derivadas del incumplimiento del contrato; f. Cualquier otra información que la entidad de los sectores financieros público y privado estime conveniente para que el cliente comprenda el contenido y funcionamiento de la relación establecida para suministrar un producto o servicio. La información que suministre la entidad de los sectores financieros público y privado de manera previa a la celebración del contrato, deberá permitir y facilitar la adecuada comparación de las distintas opciones ofrecidas en el mercado.

Art. 5.- La entrega de información debe ocurrir no sólo en el momento de la contratación de un producto y/o servicio, sino también durante todo el tiempo que dure la relación contractual de la entidad de los sectores financieros público y privado. Las entidades de los sectores financieros público y privado deberán

publicar en su página web el texto de los modelos de los contratos estandarizados que estén empleando con su clientela por los distintos productos que ofrecen, en la forma y condiciones que señale la Superintendencia de Bancos, para consulta de los consumidores financieros” (Codificación de la Superintendencia de Bancos, Libro Primero, Tomo IV, Resolución Nro.810, 2018f).

Disposición normativa que consagra definitivamente el deber de información, otorgándole contenido, a partir del cual se analiza si en el supuesto presentado se ha incumplido; así, es válido cuestionarse si la información dada al cliente conforme los antecedentes del caso, resultó ser información clara, completa y oportuna.

Para cuestionar si la información fue clara, cabe preguntarse si era información que podía entender una persona que, como el promedio de los ciudadanos desconoce del sistema interno con el que se verifican las obligaciones contraídas con el banco, con ese antecedente, la información dada parecería no haber sido clara, por el contrario, fue información errada dado que en ningún momento se le indicó a la persona X cómo se obtuvo la información de la deuda que mantenía con el banco, ni si se estaba aplicando una tabla de amortización distinta, situación que se suma a la información contradictoria que se entregó, al reconocer que la deuda indicada por el sistema no se encontraba actualizada a la fecha en la que el cliente hizo el requerimiento.

Por otro lado, al cuestionar si la información fue completa, no debe entenderse únicamente como informar los riesgos y condiciones existentes al momento de contratar, sino que debe considerar a la relación contractual en sus distintas etapas, comprendiendo por tanto, a la ejecución de las prestaciones, de ahí que, con el objetivo de finalizar la relación contractual consistente en un contrato de mutuo, la persona X solicitó información referente al valor adeudado al banco, obteniendo información incompleta y, nuevamente, errada. Debido a que no se le comunicó los valores correctos, resultando en costos que el cliente no tenía previsto conforme a la información que recibió de la entidad financiera.

Por último, cabe cuestionarse si la información dada fue oportuna, debido a que, si bien se le informó a la persona X que no se podía proceder con el levantamiento de la hipoteca, esta fue dada con posterioridad al momento en que se requirió. Es decir, la información correcta fue dada

con posterioridad al acuerdo promesa de compraventa entre la persona X y los señores W y M, acuerdo por el cual la persona X se obligaba a entregar el inmueble libre de gravámenes, así como los señores W y M entregaban el valor exacto dado a conocer por el banco para saldar la deuda en la que se incurrió al comprar el inmueble. Consecuentemente, al ser un valor superior al que motivó el acuerdo, es innegable la afectación que significó no conocer oportunamente la información correcta.

Adicionalmente, es menester considerar que de los hechos del caso no se desprende que la información dada fue entregada con documentos actuales de respaldo que le permitieran al cliente analizar por sí mismo si la información entregada correspondía a la realidad, un derecho de los usuarios financieros al que se hizo mención con anterioridad, el mismo que facilita el efectivo cumplimiento del deber de información. Siendo este un factor a considerar en el contexto de incumplimiento contractual que se analiza.

Situación que también podría ser refutada por la entidad financiera, ya que al iniciar la relación contractual consistente en un contrato mutuo, se le entregó documentación en la que constaba el sistema de amortización y tasas de interés a emplearse, por lo que bien pudo la persona X observar si la información era correcta, con independencia de si fue entregada posteriormente información incorrecta por parte del banco, quien sí rectificó la información entregada al revisar nuevamente en su sistema la existencia de la deuda, antes de proceder con el levantamiento de la hipoteca.

Supuestos ante los cuales se precisa que una afirmación no parece excluir totalmente a la otra, en el sentido de que, en efecto, la persona X tenía la posibilidad de conocer por otros medios la información correcta, aplicando la tabla de amortización y tasas de interés comprendidas en la documentación entregada al inicio de la relación contractual, realizando los cálculos por sí misma y verificando si la información dada por el banco era la correcta.

Sin embargo, el deber de información como se indicó con anterioridad se presenta en las distintas etapas de la relación contractual, sin limitarse al principio, en donde el cliente adquiere motivación suficiente para contratar los servicios financieros, así, en el presente caso, si bien el banco entregó los documentos por los cuales se podía obtener la información correcta al inicio de la relación contractual, no continuó entregando la información que correspondía cuando la persona X se lo requirió. Con especial énfasis en que el deber de información exige su cumplimiento a

ambas partes, no obstante, en el supuesto presentado, la información clara, completa y oportuna debía proporcionarla la entidad financiera, siendo el principal responsable, en tanto se encontraba en su poder, por lo que no puede trasladar el deber al cliente, quien no presenta las mismas condiciones del banco.

Motivo por el cual se puede considerar que el deber de información de incumplió.

Lo que nos lleva a analizar el tercer punto.

3. Deber de profesionalismo:

El deber de profesionalismo al igual que el deber de diligencia tiene un radio de acción más amplio al establecido en la normativa aplicable, por lo que corresponde remitirse a la doctrina para determinar su contenido.

Así, en un símil entre el negocio jurídico realizado por las fiduciarias y la actividad bancaria, se puede entender que el deber de profesionalismo es aquel que se exige a quien se los reconoce como profesional, es decir a la persona que realiza una actividad en forma habitual y onerosa, en una estructura que le permite actuar desde una posición de dominio profesional y su habilidad técnica lo establece en un nivel superior al promedio de los ciudadanos (Herrera Osorio & Mahecha Pulido, 2016, 28). Siendo el deber de profesionalismo uno de los deberes fundamentales de los negocios fiduciarios y bancarios en general, que actúan en virtud de un mandato, por lo que cabe especificar, que en el contexto bancario, la entidad financiera no es más que un comerciante, con un alto nivel de experiencia, la misma que le permite ejercer las actuaciones que le son asignadas tanto por los ciudadanos a nivel individual, como por el Estado, a nivel macro, cuyas expectativas de una administración acorde a la diligencia y profesionalismo debido, se remiten especialmente a su calidad de comerciante, su habilidad técnica y mayor dominio que el común de los ciudadanos.

Paralelamente, el deber de profesionalismo tiene una connotación socioeconómica en el marco contractual, debido a que, en todo contrato en donde se estipula una prestación profesional, se exige implícitamente el grado de especialización y seguridad que pueden otorgar quienes son expertos en la materia, a diferencia de quienes no lo son; de ahí que los contratos bancarios generalmente tienen características de los contratos *intuitu personae* tanto para la entidad financiera quien selecciona un perfil específico de sus clientes, como de los usuarios financieros

quienes adquieren productos y contratan servicios financieros motivándose esencialmente en el profesionalismo y especialización que brindan las entidades, lo que se traduce en el plano financiero, en la seguridad que busca la comunidad respecto a quienes administran su dinero.

Es decir, el deber de profesionalismo necesariamente comprende un nivel de experticia de quien debe cumplirlo, es así como en el caso de las entidades financieras, se presentan una serie de requisitos para aprobar su actuación en el sistema financiero nacional, sumándolos al deber de profesionalismo que deben cumplir quienes se dedican a estas actividades. El banco en el supuesto que se analiza debió actuar con la diligencia debida y con el profesionalismo que se espera de este, considerando sus años de servicio a la comunidad, la técnica que gozan sus funcionarios y, sin discusión, la posición de dominio en la que se encuentra con relación al cliente, quien no goza de las mismas condiciones.

No obstante, la entidad financiera no actuó con el profesionalismo esperado, ya que de los hechos del caso se revelan una serie de contradicciones respecto a la información entregada, así como la falta de verificación de sus funcionarios, incluso cuando existía una duda razonable.

Tal es así que se le comunicó a la persona X que la situación se había solucionado reiterando el valor incorrecto de la deuda, sin que efectivamente se haya incurrido en una investigación más profunda para revelar el saldo actual.

El cumplimiento del deber de profesionalismo en el supuesto que se analiza habría consistido en revisar con mayor detenimiento la deuda del cliente para verificar la información al más mínimo indicio de duda sobre su veracidad. Sin embargo, aquella diligencia y profesionalismo no se materializó en el caso en cuestión, motivo por el cual, se puede considerar que se incumplió el deber de profesionalismo. Lo que también permite cuestionar si ante el incumplimiento del deber de profesionalismo se han incumplido otras obligaciones a la que estaba sujeta la entidad financiera, cuestionamiento que se fundamenta al observar las obligaciones comprendidas en el contrato desde una perspectiva integral.

En definitiva, de los deberes analizados, cuyo cumplimiento se hallaba en la esfera de actuación de la entidad financiera, se establece que efectivamente se incumplieron conforme a las observaciones realizadas, las mismas que fueron contrastadas con los antecedentes de hecho, la normativa aplicable y la doctrina. No obstante, establecer que se han quebrantado los mencionados

deberes por parte del banco, no constituye en sí una respuesta favorable a la factibilidad para demandar el daño moral derivado del incumplimiento del contrato de mutuo, para ello se requiere analizar la presencia del nexo causal entre el incumplimiento contractual y el daño causado, lo que nos lleva al siguiente punto.

c. Daño moral y su nexo causal con el incumplimiento contractual

De lo estudiado en los capítulos anteriores se puede indicar que el daño moral es la figura jurídica que tutela a determinados bienes jurídicos considerados como elementos esenciales del ser humano, necesarios para un estado de tranquilidad interna de la persona, los mismos que al ser afectados requieren de una reparación acorde a la naturaleza del daño. Ahora bien, la fuente del daño moral en el que se enfoca el presente trabajo es el incumplimiento contractual, configurando lo que se denomina daño moral contractual.

Por lo que una vez revisado el incumplimiento contractual en el que incurrió el banco en el caso de laboratorio asignado es procedente observar si se cumple el nexo causal entre este y el daño moral. El nexo causal se evidencia observando las actuaciones del agente que presuntamente ha provocado el daño y el daño mismo, no obstante, de los hechos del caso no se desprende la alegación expresa de un daño debido a que se trata de un caso de laboratorio, por lo que extendiéndose de lo manifestado con el fin de continuar el análisis, el daño ocasionado a la persona X se materializará en haber sido demandada por los señores W y M debido a que incumplió la promesa de compraventa al no entregar el inmueble libre de gravámenes, lo que le ha ocasionado sufrimiento y angustia, ya que nunca antes se había envuelto en una situación parecida, ni goza de los recursos económicos para terminar de pagar la deuda al banco ni la posible indemnización de la cláusula penal a favor de los señores W y M.

Consecuentemente, una vez establecido el daño moral y el incumplimiento contractual corresponde analizar el nexo causal; de los antecedentes de hecho el deber principal que se incumplió por parte del banco es el de información pero en el contexto presentado ¿cómo haber entregado información incorrecta a la persona X respecto a la deuda que mantenía con el banco ocasionó que ésta a su vez incumpliera la promesa de compraventa que tenía con terceros ajenos a la entidad financiera?, situación que a su vez le ocasionó sufrimiento y angustia.

Para empezar a responder la interrogante, se debe mencionar que, en principio, se tratan de dos relaciones contractuales distintas las que se presentan en el supuesto hipotético, por una parte, se halla el contrato de promesa de compraventa entre la persona X y los señores W y M, por otro lado se halla el contrato mutuo entre la persona X y el banco, y por el cual el banco solicitó la imposición de una garantía hipotecaria sobre el propio inmueble que paralelamente la persona X le estaba prometiendo a los señores W y M.

Sin embargo, tras una revisión a breves rasgos se observa que no se tratan de relaciones contractuales sin vínculo alguno, debido a que, en efecto, el negocio jurídico de la promesa de compraventa para fijar su justo precio se motivó en la información entregada con relación al contrato bancario de mutuo, requiriendo de uno para cumplir el otro.

Por lo que cabe cuestionarse si tales contratos pueden estar vinculados bajo una relación funcional. La teoría de la conexidad contractual exige una serie de requisitos para declarar que ciertamente dos o más contratos están vinculados, ya sea por un mismo fin económico, participación de las mismas partes contractuales, el fin global u otro factor relevante; de ahí que, una vez determinada la conexidad contractual es visible la injerencia que tiene el incumplimiento de uno de los contratos sobre el otro.

En el supuesto presentado, el contrato de promesa de compraventa tiene entre sus fines, solventar la deuda que mantenía la persona X con el banco en virtud del contrato de mutuo, situación que es comprendida por todas las partes contractuales, tanto para la persona X quien decide celebrar la promesa de compraventa con los señores W y M respecto al único inmueble de su propiedad, quienes conocen que la diferencia entre la deuda original que mantenía con ellos y el justo precio acordado es el valor informado por el banco para saldar la deuda del contrato de mutuo, requisito indispensable para levantar la hipoteca y entregar el inmueble libre de gravámenes; y, el banco quien conoce a través de su funcionaria que la información otorgada serviría para determinar el justo precio de la promesa de compraventa, lo que podría significar en un primer momento, que cada parte contractual podría haber tenido la conciencia suficiente para reconocer que el incumplimiento de uno de los contratos afectaría al cumplimiento del otro, configurando el primer indicio del nexo causal.

Ante esto, el banco bien podría alegar que el conocimiento del destino de la información no acarrea responsabilidad alguna respecto a un segundo contrato. Postura plenamente válida, que

únicamente será resuelta al identificar si en efecto los contratos eran conexos o vinculados, para lo cual es menester considerar el criterio del catedrático Bozzo Hauri, quien manifiesta con relación a la vinculación de los contratos de consumo lo siguiente:

“(…) cuando el consumidor celebra dos contratos, uno para obtener el financiamiento y el otro para la adquisición del bien o servicio, no significa necesariamente que estos dos contratos se encuentren vinculados, puesto que como hemos señalado para que exista contratos conexos se requiere que exista una cierta interdependencia entre ambos contratos o que estos cumplan una misma función económica. De esta forma, si el consumidor asiste a una casa de crédito para solicitar la obtención de dinero y luego concurre al proveedor del bien o servicio, claramente estos contratos son autónomos entre sí, y no pueden considerarse que exista una conexión entre ellos” (Bozzo Hauri, 2015, p. 46).

Por tal motivo, sin que sea de carácter absoluto el criterio expresado, la vinculación contractual requiere el cumplimiento de distintas condiciones para determinar que en efecto tales contratos están vinculados, sin poder afirmar que se han cumplido las mismas no es posible continuar con la hipótesis de que la promesa de compraventa está vinculado directamente al contrato de mutuo o préstamo bancario.

Lo que tampoco quiere decir que no exista vinculación alguna, ya que, si bien no es posible afirmar que son contratos conexos o vinculados, tampoco se puede negar que están relacionados en una determinada medida.

Por tanto, la pregunta cambia a: si la vinculación entre los contratos, sin que se traten de contratos conexos, ¿es suficiente para considerar que el incumplimiento de uno afecta al cumplimiento del otro?, llegando a configurarse el nexo causal necesario entre el incumplimiento cuya responsabilidad ha sido dada al banco y el daño moral alegado por la persona X.

Para lo cual es menester determinar bajo un razonamiento lógico y conforme a la naturaleza del daño y del marco contractual si la actuación del banco pudo influir realmente en el

incumplimiento en el que incurrió la persona X respecto a la promesa de compraventa, por el cual está siendo demandada y que le ha ocasionado sufrimiento y angustia.

Así, es válido cuestionarse en qué medida la información incorrecta dada por el banco motivó una promesa de compraventa cuyo cumplimiento resultaría imposible considerando que la persona X no dispone de recursos adicionales al que ya pagó al banco conforme a la información entregada, es decir, la intención de las partes en la promesa de compraventa era que el valor a pagar por concepto de anticipo y diferencia entre la deuda original y el justo precio de la compraventa, que permitiría la entrega del inmueble libre de gravámenes era el mismo que se adeudaba al banco, conforme a la información entregada por la propia entidad financiera.

Consecuentemente, como se produjo en el supuesto, al no corresponder a la realidad la información dada, injirió negativamente en el cumplimiento de la promesa de compraventa, ya que es imposible para la persona X cumplir con su obligación de entrega, en tanto la deuda se mantiene vigente junto a la obligación de garantía hipotecaria, como resultado de no haber entregado la información correcta respecto al saldo actual.

Siendo este el primer indicio para determinar la existencia del nexo causal entre el incumplimiento del deber de información del banco y la imposibilidad de cumplir la promesa de compraventa por parte de la persona X.

Un segundo indicio se revela a partir del hipotético de si la información dada hubiese sido la correcta, aun así, se habría producido el incumplimiento de la promesa de compraventa.

Si la información dada correspondía al saldo actual de la deuda, la motivación de la persona X para firmar la promesa de compraventa habría sido conforme a la realidad, limitando el incumplimiento del acuerdo por la causa expresada, sin que signifique que el incumplimiento de la promesa de compraventa no pudo producirse de otras formas. No obstante, de los hechos del caso se revela que efectivamente era la intención de la persona X cumplir con la promesa de compraventa al igual que los señores W y M, la manifestación de buena fe era tal, que se eligió un remedio contractual en beneficio de ambas partes, cuando era manifiestamente obvio que los señores W y M podían demandar el pago de la deuda original que la persona X mantenía con ellos. Por estos antecedentes se puede colegir que tanto la persona X como los señores W y M deseaban solventar las deudas adquiridas sin causar mayores perjuicios. Dando como resultado que, si la

información dada por el banco era correcta, muy probablemente no existiría una causa que imposibilite el cumplimiento de la promesa de compraventa, aquello sumado a que de los hechos del caso no se desprenden otros factores externos que puedan injerir como sí injiere el incumplimiento del banco.

Ahora bien, un tercer indicio del nexo causal entre el incumplimiento del banco y el daño moral alegado se manifiesta a través de las consecuencias ocasionadas, las mismas que revisten la calidad de efecto y causa. Es decir, el incumplimiento del contrato de mutuo, en su deber de información, constituiría la causa del incumplimiento de la promesa de compraventa, por la imposibilidad de entregar el inmueble libre de gravámenes, efecto que a su vez se convierte en la causa del daño moral.

Situación que permite cuestionarse nuevamente si el daño moral alegado es una consecuencia directa del incumplimiento del banco o si el vínculo se ha vuelto difuso, imposibilitando el nexo causal que se requiere para determinar la responsabilidad. No obstante, para responder la inquietud hay que remitirse a lo ya manifestado respecto a la injerencia que tuvo la actuación de los funcionarios del banco para obtener como resultado el incumplimiento de la promesa de compraventa; sin que por ello deje de ser un cuestionamiento razonable y sujeto a un profundo análisis.

Finalmente, el nexo causal entre el incumplimiento del contrato bancario y el incumplimiento de la promesa de compraventa se presenta con mayor claridad en virtud de lo expuesto, sin embargo, también debe existir el nexo causal entre el daño moral, el incumplimiento de la promesa de compraventa y el incumplimiento del contrato bancario.

Observando el daño moral alegado y el incumplimiento de la promesa de compraventa, la relación de causalidad no parece presentar mayores dificultades en tanto los sentimientos de angustia y sufrimiento respecto a ser parte de un proceso judicial en calidad de demandado, constituye una consecuencia natural al escenario en que se encuentra, sumado a la falta de recursos económicos de la persona X para solventar la deuda restante con el banco y los perjuicios que debe indemnizarle a los señores W y M, condiciones que vendrían a configurar el daño moral, una vez se haya demostrado la afectación a la psiquis de la persona.

Sin embargo, la relación de causalidad entre el daño moral y el incumplimiento del contrato bancario se torna más compleja, ya que se presentan factores como la previsibilidad de las consecuencias dañosas en el marco contractual.

Para ejemplificarlo es válido cuestionarse ¿En qué medida era previsible que se demande el incumplimiento de la promesa de compraventa a la persona X, si como se mencionó con anterioridad, la relación que mantenía con los señores W y M se enmarcaba en la cordialidad e intento de solventar las deudas sin causar mayor perjuicio a ninguna de las partes?

Una posible respuesta iría direccionada a que era poco probable y previsible que se presente aquella consecuencia y, por ende, el nexo causal entre el incumplimiento del banco, la demanda presentada en contra de la persona X por incumplimiento de la promesa de compraventa y el daño moral se torna difuso e inexacto. Lo que se alinea a la postura que podría emplear el banco, manifestando que, al tratarse de un daño derivado de la presentación de una demanda, en virtud del incumplimiento en el que tiene aparente responsabilidad, no era previsible para el banco, en ninguna medida, que podían producirse tales consecuencias perjudiciales para la persona X. Ya que, como se manifestó, la relación entre la promitente vendedora y los promitentes compradores era de cordialidad y a la entidad financiera no le habían informado formalmente que la pre-cancelación de la deuda se iba a realizar a través del anticipo que iba a ser entregado en el marco del justo precio de la compraventa. Por lo que podría considerarse que las consecuencias perjudiciales para la persona X no se encuentran directamente relacionadas con el incumplimiento del banco.

No obstante, en aquel razonamiento se invisibiliza la importancia del deber de información propio de todos los contratos bancarios, debido a que la previsibilidad que se alega y es uno de los factores que los tribunales consideran para determinar la existencia del daño, no se limita a la previsibilidad de determinada consecuencia, sino a la previsibilidad del daño mismo, con especial énfasis en la naturaleza del contrato. Es así como, conforme a la naturaleza de los contratos bancarios, en este caso el contrato de mutuo, la entrega de información clara, completa y oportuna es uno de los requisitos esenciales para la correcta ejecución de las prestaciones y contraprestaciones que se hallen estipuladas de forma expresa como las comprendidas en las denominadas cláusulas de la naturaleza.

De tal forma que, si es indiscutible la importancia del deber de información en el marco de la contratación bancaria, como ya se ha expuesto en capítulos anteriores, es posible considerar que era previsible que la afectación a este deber creaba las condiciones idóneas para una serie de consecuencias dañosas, lo que lleva a concluir que el factor de previsibilidad del daño en el contrato bancario de mutuo se cumple y posibilita la determinación del daño moral derivado del incumplimiento contractual.

Paralelamente, las demás características del daño jurídicamente relevante se cumplen, es decir, se trata de un daño cierto, pues la obligación de litigar no se trata de una mera expectativa, ya que la demanda por incumplimiento de la promesa de compraventa efectivamente fue presentada en su contra, exigiendo la ejecución de la cláusula penal, considerada como los perjuicios anticipados que estipularon las partes, sin necesidad de un juicio que los pruebe, así como la angustia que acarrea no tener los recursos económicos para solventar los inconvenientes contractuales en los que se vio inmerso la persona X a partir del incumplimiento del deber de información en el marco del contrato de mutuo. Por otro lado, la afectación es personal, por lo que la persona X se encuentra plenamente facultada para alegar el daño moral sufrido, el mismo que se produce como resultado de la lesión a bienes jurídicos elementales del ser humano entre ellos la tranquilidad necesaria para un equilibrio de la psiquis, y, posiblemente, la credibilidad de la persona X quien ha sido catalogada como deudor tanto por el sistema financiero nacional como por los señores W y M y todo aquel que conozca de la situación, señalándolo como una persona que no cumple con sus obligaciones contractuales, reputación que tiene repercusiones negativas en todos los ámbitos de la actuación en sociedad.

Lo que incluso puede llegar a afectar a posibles créditos que solicite la persona X, quien si bien aún no se encuentra en el registro de deudores o antes denominada central de riesgo, plataforma controlada por la Superintendencia de Bancos, sí se encuentra en una situación de dificultad económica que le impide gestionar nuevos créditos ya sea para terminar de pagar el saldo insoluto actual o para pagar los gastos en lo que debe incurrir al comparecer en juicio tanto por un abogado que lo defienda como por el valor de los perjuicios a favor de los señores W y M.

En ese sentido, la observancia de las características que revisten al daño moral también sirve de fundamento para visibilizar el nexo causal entre el incumplimiento del contrato bancario,

el incumplimiento de la promesa de compraventa y el daño moral alegado, conectando la actuación de cada parte contractual con el incumplimiento por el cual se atribuye su responsabilidad.

En definitiva, el daño moral únicamente es posible acreditarlo mediante la afirmación de que efectivamente el incumplimiento del banco ocasionó el incumplimiento de la promesa de compraventa por la persona X y que este incumplimiento es tanto un efecto como causa del daño moral, visibilizándose el complejo nexo causal que se requiere para determinar la responsabilidad y posterior reparación del daño. Comprendiendo que el daño moral en el supuesto que se analiza, se presenta a través de los sentimientos de angustia y sufrimiento que se derivan de la demanda interpuesta por los señores W y M en contra de la persona X quien nunca se había encontrado en una situación parecida, sin los recursos económicos para solventar el pago del saldo insoluto en el banco y la indemnización de perjuicios a favor de los señores W y M con probabilidades altamente favorables en cuanto se encuentra estipulada una cláusula penal y efectivamente se incumplió la promesa de compraventa.

En conclusión, a partir de los elementos expuestos se colige el complejo nexo causal que vincula como causa y efecto la actuación del banco que tuvo clara injerencia en el incumplimiento de la promesa de compraventa y como este terminó por ocasionar el daño moral injustamente sufrido por la persona X.

d. Normativa aplicable del ordenamiento jurídico ecuatoriano con relación al daño moral

Para continuar analizando el caso de laboratorio, una vez se han considerado los antecedentes de hecho, las obligaciones contractuales incumplidas, el nexo causal entre el incumplimiento y el daño moral, corresponde analizar la normativa del ordenamiento jurídico ecuatoriano que permitiría o negaría la factibilidad para demandar esta figura jurídica en el contexto de la contratación bancaria.

En primer lugar, como se ha mencionado con anterioridad, el Código Civil no dispone de forma expresa el daño moral derivado del incumplimiento contractual como sí lo hacen otros ordenamientos jurídicos, no obstante, como se evidenció en el análisis de caso de jurisprudencia extranjera, específicamente, en el contexto chileno, la falta de normativa expresa no constituye un impedimento para declarar el daño moral contractual.

Con este antecedente es pertinente analizar con mayor profundidad y aplicación directa al supuesto en concreto lo dispuesto por la normativa civil.

En el artículo 2232 del Código Civil se dispone que están especialmente obligados a reparar los daños morales quienes:

“(…) manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes” (Código Civil Ecuatoriano, 2019h).

De esta normativa se puede colegir los supuestos que a criterio del legislador los daños morales pueden presentarse, sin que se trate de una lista taxativa que únicamente permite concebir la idea de daño moral en un contexto extracontractual como generalmente se cree al remitirse a los delitos y cuasidelitos, por el contrario, el legislador parecería haber dejado a salvo la posibilidad de demandar el daño moral con independencia de la fuente que lo ocasionó cuando menciona que *“en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes”* es decir, basta que el agente externo ocasione tales supuestos para considerar factible demandar el daño moral, incluso si aquello significa demandarlo dentro del ámbito del contrato, en el que participan elementos distintos, propios de la relación contractual.

Así, en el supuesto que se analiza, el daño moral alegado consiste en la angustia y sufrimiento que se ve obligado sobrellevar la persona X en virtud del incumplimiento del contrato bancario en el que era partícipe y derivó en el incumplimiento de la promesa de compraventa.

Por lo que, en un primer momento, la normativa del ordenamiento jurídico ecuatoriano no estaría limitando la aplicación del daño moral contractual, siempre y cuando se logre justificar la afectación a los elementos de la personalidad y de psiquis del individuo, siendo este, un tema de complejidad probatoria.

En segundo lugar, el párrafo siguiente del mismo artículo señala:

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

La tercera parte del artículo, al igual que el párrafo que le antecede, es claro al manifestar que la factibilidad para demandar los daños morales se halla sujeta a si estos daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, es decir, si es posible evidenciar un nexo causal con las consecuencias directas del ilícito, que puede tratarse de un incumplimiento contractual, en tanto el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por las partes también constituye un quebrantamiento al orden establecido por las partes. En el caso en cuestión, el nexo causal se ha visibilizado, con la característica de complejidad que entraña conectar dos incumplimientos diferentes pero vinculados en mayor o menor medida, al daño moral como resultado final.

En tercer lugar, en el supuesto que se analiza, la persona X es quien sufre el daño moral y quien acciona en contra del banco por el daño moral causado a partir del primer incumplimiento respecto al deber de información contenido en el contrato de mutuo, lo que se adecúa a lo dispuesto por la normativa en su artículo 2233 del Código Civil.

Finalmente, cabe señalar que no parece existir una contradicción normativa que impida demandar el daño moral derivado del incumplimiento contractual, debido a que si bien no existe una norma expresa que reconozca la figura, la normativa actual es lo suficientemente amplia para considerar que puede adecuarse y obtener un resultado favorable a su declaración.

Incluso, si se realiza un breve análisis comparativo con la normativa chilena y el caso jurisprudencial que se estudió, los tribunales del más alta jerarquía de Chile optan por manifestar que al no existir una prohibición expresa de la figura del daño moral contractual, la normativa brinda suficiente radio de acción para que la jurisprudencia desarrolle esta figura en beneficio de las tendencias actuales del derecho.

Lo que también podría aplicarse en el presente caso de laboratorio, así como en el ordenamiento jurídico ecuatoriano en general.

e. Doctrina

Otro de los objetivos que se consideraron para analizar el caso práctico es la doctrina, entendida como todos aquellos criterios jurídicos que aportan al desarrollo de las distintas instituciones del derecho, como es el caso del daño moral contractual, figura que en determinados ordenamientos jurídicos es fuertemente discutida con argumentos favorables y negativos a su aceptación, mientras que en otros, la debate se trasladó de su aceptación al cuestionamiento de los factores que permiten el daño moral en sede contractual.

Bajo ese lineamiento, la Dra. Carmen Domínguez Hidalgo expresa con relación al concepto que se debe adoptar sobre el daño moral:

“(…) todo daño a la persona en sí misma (física-psíquica), como todo atentado contra sus intereses extrapatrimoniales, esto es como todo menoscabo en un bien no patrimonial o a un interés moral por quien se encontraba obligado a respetarlo, ya sea en virtud de un contrato o de otra fuente” (De la Maza, 2018b, p. 282).

Criterio amplio sobre el cual los tribunales de justicia pueden desarrollar aún más el contenido de la figura jurídica y, logrando en definitiva superar la visión reduccionista del daño moral como un concepto indeterminado que no está sujeto a ningún tipo de reparación en cuanto los bienes tutelados son de naturaleza inmaterial.

Siendo esta la posición mayoritaria de la doctrina, que considera la reparación del daño moral tanto en el ámbito contractual como extracontractual, ya que optar únicamente por la reparación de uno y negar la admisibilidad del otro, sería atentar contra un principio fundamental del derecho, que consiste en que todo daño debe ser reparado.

Lo que es corroborado por el criterio de autores como el Dr. Fernando Fueyo, quien fue citado en el caso de jurisprudencia chilena que se analizó, señalando lo siguiente: “Para mí es como un axioma que el concepto jurídico de daños abarca toda forma de daños, esto es, tanto el patrimonial como el extrapatrimonial” (Fueyo, 1990, p. 69).

Entendiendo que incluso desde el año 1990, las posiciones doctrinarias están orientadas a un derecho de daños efectivo, en el que prime la reparación a la víctima, sin que la fuente del daño sea un impedimento para su declaración y posterior reparación.

Es así como, conforme a la tendencia actual de daños y la mayoría doctrinaria, el supuesto en cuestión reúne los elementos necesarios para que sea factible un reclamo judicial de la indemnización por concepto de daño moral contractual.

f. Jurisprudencia

La jurisprudencia que se consideró para analizar el caso de laboratorio es la dictaminada por la Corte Nacional de Justicia, comentada en el capítulo II del presente trabajo.

Siendo la única resolución en el ordenamiento jurídico ecuatoriano que hace referencia al daño moral contractual, no obstante, como ya se mencionó, la sentencia en cuestión no desarrolla ampliamente la figura jurídica, incluso, pareciera que se limita a reconocer el daño moral contractual con argumentos a favor del daño moral en general, sin especificación de su fuente, motivo por el cual dicha jurisprudencia no contribuye a la postura favorable tan abiertamente como sí lo hace la doctrina o jurisprudencia extranjera.

Sin embargo, no deja de ser el punto de partida para resoluciones judiciales que declaren el daño moral contractual y es así, que tomando como antecedente la sentencia del año 2010, Expediente 508, dictaminada por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador es aplicable al caso de laboratorio, en el sentido de que incluso sin una postura totalmente definida a favor de la figura jurídica es posible considerar su factibilidad para otros supuestos.

Conclusiones

Con relación al primer capítulo, la conceptualización del daño moral sigue siendo un trabajo complejo debido a la especial naturaleza del daño, no obstante, de los diferentes criterios contemplados a lo largo del presente trabajo, es posible considerar que la tendencia actual del Derecho de Daños se dirige a emplear una visión más amplia para la revalorización y admisibilidad de la figura jurídica en cuestión, con énfasis en el daño moral derivado del incumplimiento contractual, cuya factibilidad a criterio doctrinario no se limita en virtud del contexto en el que se produjo el daño moral, por el contrario, si cumple con los determinados requisitos para ser un daño resarcible, los tribunales de justicia tienen el deber de considerar su admisibilidad, analizando si efectivamente se han vulnerado los atributos de la personalidad, de los derechos personalísimos que le permiten al individuo desarrollarse con normalidad en la sociedad, de si existe una afectación a un nivel personal del individuo, de su psiquis, de la esencia de su ser, de ser así, se ha cumplido con el requisito primordial para considerar la declaración del daño moral, presupuesto que conviene a lo dispuesto en la normativa ecuatoriana respecto a la figura del daño moral y los bienes jurídicos que protege, debido a que si bien menciona expresamente supuestos regulados paralelamente en el derecho penal, al constituir delitos, también dispone de un amplio margen para considerar las situaciones que pueden ser susceptibles de generar daño moral, las cuales a breves rasgos, no están excluidas del contexto de un incumplimiento contractual, concluyendo que efectivamente, por la naturaleza del daño moral, no es adecuado analizar su existencia a partir de un criterio reducido de lo que se debe entender como daño moral, siendo la posición mayoritaria en la doctrina, la de ir aceptando el daño moral en su criterio más amplio, el cual contempla al daño en sí, y prioriza la necesidad de reparación a la víctima, sin que constituya un limitante el contexto en el que se ocasionó.

Con relación al segundo capítulo, a través de la metodología del derecho comparado, fue posible desarrollar aún más el estudio del daño moral contractual presentado en el capítulo anterior, es así que, analizando la jurisprudencia de Argentina, Colombia y Chile y sus respectivas disposiciones normativas, se pudo colegir determinadas particularidades del daño moral contractual que lo caracterizan y responden al ordenamiento jurídico de cada país, destacando con especial relevancia la realidad jurídica de Chile, cuyas disposiciones normativas no contemplan de forma expresa la admisibilidad del daño moral contractual, no obstante, su jurisprudencia se ha

encargado de desarrollar la figura, en cuanto, a criterio de sus jueces, la falta de disposición normativa expresa no es un limitante, más aun cuando no existe una prohibición para su admisibilidad, priorizando por tanto, el deber de reparar el daño.

Mientras que, en el contexto ecuatoriano, la normativa aplicable no menciona expresamente la figura del daño moral contractual al igual que en el ordenamiento jurídico chileno, sin embargo, a diferencia del segundo, en Ecuador la jurisprudencia no ha desarrollado notablemente la figura del daño moral derivado de un incumplimiento contractual, siendo posible citar solamente un caso resuelto por la Corte Nacional de Justicia, cuya motivación no brinda la posibilidad de profundizar en la figura en cuestión, debido a que el tribunal no realiza distinción alguna a la fuente del daño, ni da relevancia al marco contractual en cual se produjo, no obstante, sigue constituyendo un precedente jurisprudencial, es así que, en el segundo capítulo se logró concluir que, el daño moral contractual constituye una figura cuyo desarrollo difiere dependiendo del ordenamiento jurídico en el cual se analice, lo que da pautas para, en el caso de Ecuador considerar su admisibilidad, debido a que los ordenamientos jurídicos analizados no revelan una realidad jurídica tan alejada a la ecuatoriana, especialmente Chile, cuya similitud en la régimen de daños aplicable es amplia, brindando las condiciones que posteriormente se consideraron para determinar la factibilidad del daño moral contractual en el Ecuador derivado de la prestación de servicios bancarios.

Con relación al tercer capítulo, el estudio del daño moral contractual se enfocó en la prestación de servicios bancarios, para lo cual se analizó la naturaleza de los contratos bancarios, la normativa aplicable y deberes especiales de las partes que caracterizan a la contratación bancaria, de lo cual se pudo colegir la naturaleza especial de los contratos bancarios, que no se limitan a proteger intereses patrimoniales, sino que, por su connotación social, fue posible considerarlos como fuente de daño moral ante su incumplimiento, debido a que, adicional a los intereses patrimoniales, los contratos bancarios presentan intereses de carácter extrapatrimonial, que de ser vulnerados, son susceptibles de causar daño moral. De ahí que, como conclusión, los contratos bancarios presentan deberes especialmente relevantes como el deber de información, de diligencia, de profesionalismo, entre otros, cuyo incumplimiento podría proporcionar situaciones idóneas para generar daño moral.

Con relación al cuarto capítulo, los análisis de casos, uno suscitado en el ordenamiento jurídico chileno y otro en el ecuatoriano, tratándose el segundo de un caso de laboratorio, permitió continuar con el estudio desde una perspectiva práctica, es así que el caso suscitado en el contexto jurídico chileno consistió en el incumplimiento de un contrato bancario, a partir del cual se ocasionó daño moral y del cual se logró colegir una serie de razonamiento de los jueces que sustentaban su decisión de declarar el daño moral derivado del incumplimiento de un contrato bancario, entre las cuales se destacó la claridad en el conocimiento de su normativa interna y el empleo de un desarrollado derecho de daños, acorde a las tendencias actuales que favorecen a la admisibilidad del daño moral derivado del incumplimiento contractual. Por otro lado, el caso de laboratorio presentó diferentes supuestos como antecedentes de hecho, no obstante, su enfoque no difirió en lo que se refiere al incumplimiento contractual como fuente de daño moral, debido a que, al consistir en un incumplimiento de deberes esenciales, como lo es el deber de información, y cumplirse los demás requisitos del derecho de daños, se concluyó que efectivamente, los contratos bancarios, en virtud de determinados incumplimientos pueden ser fuentes de daño moral.

En consecuencia, para considerar la factibilidad del daño moral derivado del incumplimiento contractual en el Ecuador es menester establecer que la normativa aplicable, es decir, el Código Civil ecuatoriano es claro en las disposiciones relacionadas al daño moral, no obstante, no determina de forma expresa la admisibilidad del daño moral en el ámbito contractual, de ahí que, conforme a lo analizado en los diferentes capítulos del presente trabajo y en un ejercicio de derecho comparado, la normativa no parece excluir la presencia del daño moral en el ámbito contractual, ni establecer que únicamente el daño emergente y el lucro cesante son las figuras jurídicas en materia de daños que pueden estar presentes en el ámbito contractual, tratamiento que emplea el ordenamiento jurídico chileno, cuyas similitudes normativas son extensas, pero que difiere respecto a la jurisprudencia y doctrina aplicables. Es así como, en el contexto chileno, si bien la normativa no ha desarrollado la figura de daño moral contractual, su jurisprudencia y criterios doctrinales sí lo han hecho, profiriendo incluso, una interpretación de la norma por parte de los tribunales de justicia, contexto que no es equiparable en el Ecuador, en tanto su jurisprudencia y criterios doctrinales se limitan a esbozar el daño moral en general, sin distinción de su fuente. Lo que daría como resultado que en un país la aplicación de la figura jurídica tenga mayor sustento en derecho. No obstante, si bien en Ecuador la jurisprudencia y los criterios doctrinales no se asemejan al rol que sí ejercen en Chile en el desarrollo del daño moral derivado

del incumplimiento contractual, manifiesta una intención legislativa que permite colegir que efectivamente se busca la reparación del daño moral con independencia de su fuente, tal es así que la redacción de la disposición 2232 del Código Civil ecuatoriano señala que el daño moral debe entenderse en general, a los sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes, sin distinguir en sí provienen de una fuente extracontractual o un incumplimiento contractual, lo que se corrobora con los considerados en el debate legislativo señalados en el primer capítulo, en donde se evidencia el ánimo del legislador de incluir en la normativa civil la reparación de daños morales, considerando que se debe seguir las tendencias actuales del derecho y la imperativa necesidad de diseñar los instrumentos jurídicos para reparar los daños morales que para la época se veían desprovistos de protección jurídica. Por tales motivos, es posible afirmar que, en principio, conforme a la normativa ecuatoriana, es factible demandar daño moral derivado del incumplimiento contractual.

Por otro lado, una vez se ha declarado la factibilidad legal del daño moral derivado del incumplimiento contractual, corresponde indicar el contexto de los servicios bancarios. Es así que, conforme a lo analizado, los contratos bancarios tienen una naturaleza especial que no le permite incluirse de forma rígida en la categoría de contratos mercantiles o comerciales, debido a que se tratan de relaciones contractuales que comprenden elementos de confianza, seguridad, connotaciones socioeconómicas importantes para los ciudadanos como individuos y el Estado a nivel macro, en sus relaciones con los particulares y con otros Estados.

En sintonía con esa naturaleza especial de los contratos bancarios, se desprenden una serie de deberes u obligaciones que se reproducen en las distintas formas en las que se presentan los servicios bancarios, entre ellos destacan el deber de información, de diligencia, profesionalismo, entre otros, deberes que si bien no se encuentran estipulados expresamente, constituyen cláusulas de la naturaleza al encontrarse dispuestas en la normativa aplicable y por la propia esencia de los contratos bancarios. Ahora bien, entre los distintos deberes fundamentales de la contratación bancaria, para el trabajo en cuestión tomó relevancia el deber de información, cuyo incumplimiento puede crear el contexto idóneo para ocasionar un daño moral, como se ha observado en los supuestos hipotéticos. Ya que, la connotación de su incumplimiento puede ser tal, que efectivamente lesione bienes jurídicos de la personalidad, la psiquis de la persona, generando angustia, frustraciones, sentimientos de vergüenza, que superan las simples molestias

propias de un incumplimiento contractual. En el sentido de que, el incumplimiento de un contrato bancario necesariamente implica una serie de afectaciones económicas que no se limitan a la pérdida de recursos o dinero, sino las relaciones socioeconómicas y afectivas del individuo, debido a que negar la importancia de la actividad bancaria en las distintas esferas de la vida, sería atentar contra su propia naturaleza y la cotidianidad de la vida en sociedad.

Motivo por el cual, es posible considerar que, por la propia naturaleza de los contratos bancarios, y de las prestaciones contenidas en estos, que no excluyen intereses extrapatrimoniales, brindan un marco contractual en el daño moral podría producirse.

Finalmente, determinada la factibilidad legal para demandar daño moral derivado del incumplimiento en la prestación de servicios bancarios en el Ecuador, es menester establecer factores que contribuyen a su declaración por parte de los tribunales de justicia en el país, siendo entre los más importantes: la previsibilidad del daño.

La previsibilidad del daño moral como ya se ha manifestado, no debe entenderse respecto a una consecuencia dañosa en específico, sino que, vinculado a los intereses extrapatrimoniales, debe ser previsible que por la naturaleza del contrato, el incumplimiento del mismo era susceptible de afectar a intereses extrapatrimoniales, así, en el contexto de los contratos bancarios, su naturaleza es tal, que el incumplimiento de uno de ellos puede afectar a intereses extrapatrimoniales como la honra, la seguridad, la confianza, entre otros; intereses que no se ven eclipsados por el carácter patrimonial de las prestaciones comprendidas en los contratos bancarios.

Por lo tanto, los distintos aspectos que se han aportado al presente trabajo permiten corroborar la tesis propuesta al inicio de este, sin que sea excluyente a otras perspectivas.

Bibliografía

- Aedo, Cristian. (2009). Los requisitos de la *lex aquilia*, con especial referencia al daño: lecturas desde las distintas teorías sobre el capítulo tercero. *Ius et Praxis*, ISSN 0718-0012, num.15 (1), pp. 311-337. Recuperado de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122009000100010>.
- Almodóvar, J. (2012). Evolución de la responsabilidad civil: Una aproximación. *Ceiba*, ISSN 0885-9906, núm. 12(1), pp. 8-21. Recuperado de <https://revistas.upr.edu/index.php/ceiba/article/view/3484>.
- Álvarez Didyme-dòme, M. (2012a). Contratos mercantiles. Universidad de Ibagué. Recuperado de: <https://elibro.net/es/lc/uazuay/titulos/70149>
- Álvarez Didyme-dòme, M. (2012b). Contratos mercantiles. Universidad de Ibagué. Recuperado de: <https://elibro.net/es/lc/uazuay/titulos/70149>
- Álvarez Didyme-dòme, M. (2012c). Contratos mercantiles. Universidad de Ibagué. Recuperado de: <https://elibro.net/es/lc/uazuay/titulos/70149>
- Álvarez Didyme-dòme, M. (2012d). Contratos mercantiles. Universidad de Ibagué. Recuperado de: <https://elibro.net/es/lc/uazuay/titulos/70149>
- Álvarez Didyme-dòme, M. (2012e). Contratos mercantiles. Universidad de Ibagué. Recuperado de: <https://elibro.net/es/lc/uazuay/titulos/70149>
- Anzoátegui, I. (2008). Algunas consideraciones respecto de las funciones del derecho de daños. *Revista Lecciones y Ensayos* N.º 84, ISSN: 0024-0079. Buenos Aires, Argentina: Universidad de Buenos Aires.
- Arroyo, J. (2019a). Contratos Bancarios Modernos. *Revista Gestión Joven de la Agrupación Joven Iberoamericana de Contabilidad y Administración de Empresas (AJOICA)*. Vol. 20 – Núm. 3-2019, pp. 60 – 74. ISSN 1988-9011. Recuperado de: https://www.researchgate.net/publication/338390210_Contratos_bancarios_modernos.
- Arroyo, J. (2019b). Contratos Bancarios Modernos. *Revista Gestión Joven de la Agrupación Joven Iberoamericana de Contabilidad y Administración de Empresas (AJOICA)*. Vol. 20 – Núm. 3-2019, pp. 60 – 74. ISSN 1988-9011. Recuperado de: https://www.researchgate.net/publication/338390210_Contratos_bancarios_modernos.
- Ayala, M. (2013a). Daño moral derivado del incumplimiento contractual (Trabajo de grado). Quito, Ecuador: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Ayala, M. (2013b). Daño moral derivado del incumplimiento contractual (Trabajo de grado). Quito, Ecuador: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Ayala, M. (2013c). Daño moral derivado del incumplimiento contractual (Trabajo de grado). Quito, Ecuador: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Ayala, M. (2013d). Daño moral derivado del incumplimiento contractual (Trabajo de grado). Quito, Ecuador: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

- Ayala, M. (2013e). Daño moral derivado del incumplimiento contractual (Trabajo de grado). Quito, Ecuador: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Ayala, M. (2013f). Daño moral derivado del incumplimiento contractual (Trabajo de grado). Quito, Ecuador: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Ayala, M. (2013g). Daño moral derivado del incumplimiento contractual (Trabajo de grado). Quito, Ecuador: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Barragán Romero, G. (2008a). Elementos del Daño Moral. Quito, Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP).
- Barragán Romero, G. (2008b). Elementos del Daño Moral. Quito, Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP).
- Barragán Romero, G. (2008c). Elementos del Daño Moral. Quito, Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP).
- Bozzo Hauri, S. (2015). Incumplimiento de contratos vinculados en función de consumo y mecanismos de protección en el ordenamiento chileno. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (45), 39-66. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512015000200001>
- Cabanellas, G. (1989). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Argentina, Buenos Aires: Heliasta.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala de lo Comercial. (27 de marzo de 2001a) Expediente 49877/95 [Magistrado Ponente Felipe Cuarteto].
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala de lo Comercial. (27 de marzo de 2001b) Expediente 49877/95 [Magistrado Ponente Felipe Cuarteto].
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala de lo Comercial. (27 de marzo de 2001c) Expediente 49877/95 [Magistrado Ponente Felipe Cuarteto].
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala de lo Comercial. (27 de marzo de 2001d) Expediente 49877/95 [Magistrado Ponente Felipe Cuarteto].
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala de lo Comercial. (29 de septiembre de 2005a) Expediente Id SAIJ: FA05983128 [Magistrado Ponente Ángel O. Sala].
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala de lo Comercial. (29 de septiembre de 2005b) Expediente Id SAIJ: FA05983128 [Magistrado Ponente Ángel O. Sala].
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala de lo Comercial. (29 de mayo de 2007a) Expediente Id SAIJ: FA07973530 [Magistrado Ponente José Luis Monti].
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala de lo Comercial. (29 de mayo de 2007b) Expediente Id SAIJ: FA07973530 [Magistrado Ponente José Luis Monti].
- Codificación de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, Libro Primero, Tomo V, Resolución Nro. 385. (2020a). Ecuador: Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.

Codificación de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, Libro Primero, Tomo V, Resolución Nro. 385. (2020b). Ecuador: Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.

Codificación de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, Libro Primero, Tomo VI, Resolución Nro. 385. (2020a). Ecuador: Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.

Codificación de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, Libro Primero, Tomo VI, Resolución Nro. 385. (2020b). Ecuador: Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.

Codificación de la Superintendencia de Bancos, Libro Primero, Tomo IV. Resolución Nro. 810. (2018a). Ecuador: Superintendencia de Bancos.

Codificación de la Superintendencia de Bancos, Libro Primero, Tomo IV. Resolución Nro. 810. (2018b). Ecuador: Superintendencia de Bancos.

Codificación de la Superintendencia de Bancos, Libro Primero, Tomo IV. Resolución Nro. 810. (2018c). Ecuador: Superintendencia de Bancos.

Codificación de la Superintendencia de Bancos, Libro Primero, Tomo IV. Resolución Nro. 810. (2018d). Ecuador: Superintendencia de Bancos.

Codificación de la Superintendencia de Bancos, Libro Primero, Tomo IV. Resolución Nro. 810. (2018e). Ecuador: Superintendencia de Bancos.

Codificación de la Superintendencia de Bancos, Libro Primero, Tomo IV. Resolución Nro. 810. (2018f). Ecuador: Superintendencia de Bancos.

Codificación de la Superintendencia de Bancos, Libro Primero, Tomo II. Resolución Nro. 810. (2019). Ecuador: Superintendencia de Bancos.

Código Civil Chileno. (2000a). Chile: Ministerio de Justicia de la República de Chile.

Código Civil Chileno. (2000b). Chile: Ministerio de Justicia de la República de Chile.

Código Civil Chileno. (2000c). Chile: Ministerio de Justicia de la República de Chile.

Código Civil Chileno. (2000d). Chile: Ministerio de Justicia de la República de Chile.

Código Civil Chileno. (2000e). Chile: Ministerio de Justicia de la República de Chile.

Código Civil Ecuatoriano. (2019a). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código Civil Ecuatoriano. (2019b). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código Civil Ecuatoriano. (2019c). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código Civil Ecuatoriano. (2019d). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código Civil Ecuatoriano. (2019e). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código Civil Ecuatoriano. (2019f). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código Civil Ecuatoriano. (2019g). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código Civil Ecuatoriano. (2019h). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código Civil Ecuatoriano. (2019i). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. (2014 c). Argentina: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Presidencia de la Nación.

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. (2014a). Argentina: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Presidencia de la Nación.

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. (2014b). Argentina: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Presidencia de la Nación.

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. (2014d). Argentina: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Presidencia de la Nación.

Código de Comercio Colombiano. (1971). Colombia: 43va Ed. Legis Editores.

Código Orgánico Monetario y Financiero Libro I. (2020a). Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código Orgánico Monetario y Financiero Libro I. (2020b). Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código Orgánico Monetario y Financiero Libro I. (2020c). Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código Orgánico Monetario y Financiero Libro I. (2020d). Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código Orgánico Monetario y Financiero Libro I. (2020e). Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código Orgánico Monetario y Financiero Libro I. (2020f). Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código Orgánico Monetario y Financiero Libro I. (2020g). Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código Orgánico Monetario y Financiero Libro I. (2020h). Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código Orgánico Monetario y Financiero Libro I. (2020i). Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código Orgánico Monetario y Financiero Libro I. (2020j). Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código Orgánico Monetario y Financiero Libro I. (2020k). Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Córdoba, J. y Sánchez, J. (2002). El derecho de daños en el nuevo milenio. Córdoba, Argentina: Alveroni Ediciones.

Corte Constitucional del Ecuador. (2013). Sentencia No. 004-13-SAN-CC. [Magistrado Ponente Antonio Gagliardo Loo].

Corte Nacional de Justicia de Ecuador, Sala de Casación de lo Civil, Mercantil y Familia. (08 de septiembre de 2010a) Expediente 508 [Magistrado Ponente Manuel Sánchez Zuraty].

Corte Nacional de Justicia de Ecuador, Sala de Casación de lo Civil, Mercantil y Familia. (08 de septiembre de 2010b) Expediente 508 [Magistrado Ponente Manuel Sánchez Zuraty].

Corte Nacional de Justicia de Ecuador, Sala de Casación de lo Civil, Mercantil y Familia. (08 de septiembre de 2010c) Expediente 508 [Magistrado Ponente Manuel Sánchez Zuraty].

Corte Nacional de Justicia de Ecuador, Sala de Casación de lo Civil, Mercantil y Familia. (08 de septiembre de 2010d) Expediente 508 [Magistrado Ponente Manuel Sánchez Zuraty].

Corte Nacional de Justicia de Ecuador, Sala de Casación de lo Civil, Mercantil y Familia. (08 de septiembre de 2010e) Expediente 508 [Magistrado Ponente Manuel Sánchez Zuraty].

Corte Nacional de Justicia de Ecuador, Sala de Casación de lo Civil, Mercantil y Familia. (08 de septiembre de 2010f) Expediente 508 [Magistrado Ponente Manuel Sánchez Zuraty].

Corte Nacional de Justicia de Ecuador, Sala de Casación de lo Civil, Mercantil y Familia. (08 de septiembre de 2010g) Expediente 508 [Magistrado Ponente Manuel Sánchez Zuraty].

Corte Suprema de Justicia de Chile, Primera Sala de Casación. (04 de julio de 2011a) Rol N.º 137-10 [Ministros Sres. Adalis Oyarzún M., Sergio Muñoz G., Sra. Margarita Herreros M., Sres. Juan Araya E. y Abogado Integrante Sr. Domingo Hernández E.].

Corte Suprema de Justicia de Chile, Primera Sala de Casación. (04 de julio de 2011b) Rol N.º 137-10 [Ministros Sres. Adalis Oyarzún M., Sergio Muñoz G., Sra. Margarita Herreros M., Sres. Juan Araya E. y Abogado Integrante Sr. Domingo Hernández E.].

Corte Suprema de Justicia de Chile, Primera Sala de Casación. (04 de julio de 2011c) Rol N.º 137-10 [Ministros Sres. Adalis Oyarzún M., Sergio Muñoz G., Sra. Margarita Herreros M., Sres. Juan Araya E. y Abogado Integrante Sr. Domingo Hernández E.].

Corte Suprema de Justicia de Chile, Primera Sala de Casación. (04 de julio de 2011d) Rol N.º 137-10 [Ministros Sres. Adalis Oyarzún M., Sergio Muñoz G., Sra. Margarita Herreros M., Sres. Juan Araya E. y Abogado Integrante Sr. Domingo Hernández E.].

Corte Suprema de Justicia de Chile, Primera Sala de Casación. (04 de julio de 2011e) Rol N.º 137-10 [Ministros Sres. Adalis Oyarzún M., Sergio Muñoz G., Sra. Margarita Herreros M., Sres. Juan Araya E. y Abogado Integrante Sr. Domingo Hernández E.].

Corte Suprema de Justicia de Chile, Primera Sala de Casación. (04 de julio de 2011f) Rol N.º 137-10 [Ministros Sres. Adalis Oyarzún M., Sergio Muñoz G., Sra. Margarita Herreros M., Sres. Juan Araya E. y Abogado Integrante Sr. Domingo Hernández E.].

Corte Suprema de Justicia de Chile, Primera Sala de Casación. (04 de julio de 2011g) Rol N.º 137-10 [Ministros Sres. Adalis Oyarzún M., Sergio Muñoz G., Sra. Margarita Herreros M., Sres. Juan Araya E. y Abogado Integrante Sr. Domingo Hernández E.].

Corte Suprema de Justicia de Chile, Primera Sala de Casación. (04 de julio de 2011h) Rol N.º 137-10 [Ministros Sres. Adalis Oyarzún M., Sergio Muñoz G., Sra. Margarita Herreros M., Sres. Juan Araya E. y Abogado Integrante Sr. Domingo Hernández E.].

- Corte Suprema de Justicia de Chile, Primera Sala de Casación. (04 de julio de 2011i) Rol N.º 137-10 [Ministros Sres. Adalis Oyarzún M., Sergio Muñoz G., Sra. Margarita Herreros M., Sres. Juan Araya E. y Abogado Integrante Sr. Domingo Hernández E.].
- Corte Suprema de Justicia de Chile, Primera Sala de Casación. (04 de julio de 2011j) Rol N.º 137-10 [Ministros Sres. Adalis Oyarzún M., Sergio Muñoz G., Sra. Margarita Herreros M., Sres. Juan Araya E. y Abogado Integrante Sr. Domingo Hernández E.].
- Corte Suprema de Justicia de Chile, Primera Sala de Casación. (04 de julio de 2011k) Rol N.º 137-10 [Ministros Sres. Adalis Oyarzún M., Sergio Muñoz G., Sra. Margarita Herreros M., Sres. Juan Araya E. y Abogado Integrante Sr. Domingo Hernández E.].
- Corte Suprema de Justicia de Chile, Primera Sala de Casación. (04 de julio de 2011l) Rol N.º 137-10 [Ministros Sres. Adalis Oyarzún M., Sergio Muñoz G., Sra. Margarita Herreros M., Sres. Juan Araya E. y Abogado Integrante Sr. Domingo Hernández E.].
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. (08 de mayo de 1990a) Expediente ID 15039 [Magistrado Ponente Eduardo García Sarmiento].
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. (08 de mayo de 1990b) Expediente ID 15039 [Magistrado Ponente Eduardo García Sarmiento].
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. (08 de mayo de 1990c) Expediente ID 15039 [Magistrado Ponente Eduardo García Sarmiento].
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. (12 de julio de 1994a) Expediente 3656 [Magistrado Ponente Pedro Lafont Pianetta].
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. (12 de julio de 1994b) Expediente 3656 [Magistrado Ponente Pedro Lafont Pianetta].
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. (15 de octubre de 2004a) Expediente 6199 [Magistrado Ponente César Julio Valencia Copete].
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. (15 de octubre de 2004b) Expediente 6199 [Magistrado Ponente César Julio Valencia Copete].
- De Ángel Yágüez. (2010a). Seguros de Responsabilidad Civil. En Estudio sobre el Sector Asegurador en España (2). Madrid, España: Fundación de Estudios Financieros.
- De Ángel Yágüez. (2010b). Seguros de Responsabilidad Civil. En Estudio sobre el Sector Asegurador en España (2). Madrid, España: Fundación de Estudios Financieros.
- De la Maza Gazmuri, I. (2018a). El daño moral en materia contractual: la mirada de la corte suprema. *Revista chilena de derecho*, 45(2), 275-309. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372018000200275>. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372018000200275.
- De la Maza Gazmuri, I. (2018b). El daño moral en materia contractual: la mirada de la corte suprema. *Revista chilena de derecho*, 45(2), 275-309. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372018000200275>. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372018000200275.
- De la Torre, E., García Villaverde, R. (Dir), Bonardell, R. (Coord), Ureba, A., Irujo, E. et al (1992). *Contratos Bancarios*. España, Madrid: Civitas.

- Diez Schwerter, José Luis (2005a). La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador. Del modelo de BELLO a nuestros días. *Revista de Derecho Privado*, (9),177-203. ISSN: 0123-4366. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=4175/417537584008>.
- Diez Schwerter, José Luis (2005b). La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador. Del modelo de BELLO a nuestros días. *Revista de Derecho Privado*, (9),177-203. [fecha de Consulta 20 de marzo de 2020]. ISSN: 0123-4366. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=4175/417537584008>.
- Diez Schwerter, José Luis (2005c). La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador. Del modelo de BELLO a nuestros días. *Revista de Derecho Privado*, (9),177-203. [fecha de Consulta 20 de marzo de 2020]. ISSN: 0123-4366. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=4175/417537584008>.
- Diez Schwerter, José Luis (2005d). La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador. Del modelo de BELLO a nuestros días. *Revista de Derecho Privado*, (9),177-203. [fecha de Consulta 20 de marzo de 2020]. ISSN: 0123-4366. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=4175/417537584008>.
- Fernández, C. (1992). *Abuso de derecho*. Argentina, Buenos Aires: Astrea.
- Fueyo, F. (1990). *Instituciones de Derecho Civil Moderno*. Chile, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Galdós, J. M. (2015). Comentario al artículo 1708. En R. L. Lorenzetti (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo VIII, pp. 274-276. Santa Fé: Rubinzal Culzoni.
- Gómez Pomar, F. y Marín García, I. [directores]. (2017a). *El daño moral y su cuantificación*. Madrid, España: Bosch.
- Gómez Pomar, F. y Marín García, I. [directores]. (2017b). *El daño moral y su cuantificación*. Madrid, España: Bosch.
- Gómez Pomar, F. y Marín García, I. [directores]. (2017c). *El daño moral y su cuantificación*. Madrid, España: Bosch.
- Gustavo Vallespinos, C. (2013). *Cuaderno de obligaciones N° 4: daños en el cumplimiento obligacional*. Córdoba, Argentina: Alveroni Ediciones. Recuperado de <https://elibro.net/es/lc/uazuay/titulos/78457>.
- Guzmán, M. (2005a). *Contratación mercantil y bancaria especializada*. Corporación de Estudios y Publicaciones. Recuperado de: <https://elibro.net/es/ereader/uazuay/116521?page=44>.
- Guzmán, M. (2005b). *Contratación mercantil y bancaria especializada*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/uazuay/116521?page=46>.
- Guzmán, M. (2005c). *Contratación mercantil y bancaria especializada*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/uazuay/116521?page=45>.

- Guzmán, M. (2005d). Contratación mercantil y bancaria especializada. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/uazuay/116521?page=28>.
- Herrera Osorio, F., & Mahecha Pulido, A. (2016). Revisión general de los deberes secundarios de conducta de las sociedades fiduciarias en el contrato de fiducia. *Derecho Y Realidad*, 9(18). Recuperado a partir de https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/view/4890
- Jaramillo Sierra, C. y Robles Bacca, P. (2014b). La reparación del daño extrapatrimonial a la persona por incumplimiento contractual: la experiencia colombiana. *Revista de Derecho Privado*, N°26, 499-527. Recuperado a partir de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3809>
- Jaramillo Sierra, C. y Robles Bacca, P. (2014c). La reparación del daño extrapatrimonial a la persona por incumplimiento contractual: la experiencia colombiana. *Revista de Derecho Privado*, N°26, 499-527. Recuperado a partir de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3809>
- Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. (2019a). Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (2020). Quito, Ecuador: Registro Oficial.
- Ley Reformatoria del Código Civil sobre Reparación de Daños Morales. (1984). Acta No. 33. Actas del Plenario de las Comisiones Legislativas del Archivo de la Asamblea Nacional del Ecuador. Recuperado de: <http://archivo.asambleanacional.gob.ec/index.php/actas-1983-2011>.
- Ley Reformatoria del Código Civil sobre Reparación de Daños Morales. (1984a). Acta No. 31. Actas del Plenario de las Comisiones Legislativas del Archivo de la Asamblea Nacional del Ecuador. Recuperado de: <http://archivo.asambleanacional.gob.ec/index.php/actas-1983-2009>.
- Ley Reformatoria del Código Civil sobre Reparación de Daños Morales. (1984b). Acta No. 31. Actas del Plenario de las Comisiones Legislativas del Archivo de la Asamblea Nacional del Ecuador. Recuperado de: <http://archivo.asambleanacional.gob.ec/index.php/actas-1983-2009>.
- López Domínguez, I. (2020). Expansión. Recuperado de: <https://www.expansion.com/diccionario-economico/operaciones-de-pasivo.html>
- López, W. (2011). Tratado de la Letra de Cambio, el Pagare a la Orden y el Cheque. Quito: Editorial jurídica del Ecuador.
- Molina, C. (2019a). Responsabilidad por hecho ajeno. *Revista de Responsabilidad Civil y de Seguros 2019 X Vol. x ISSN. 78 (2019) p. 35*. Recuperado de: http://works.bepress.com/carlos_molina_sandoval/87/.
- Molina, C. (2019b). Responsabilidad por hecho ajeno. *Revista de Responsabilidad Civil y de Seguros 2019 X Vol. x ISSN. 78 (2019) p. 35*. Recuperado de: http://works.bepress.com/carlos_molina_sandoval/87/.

- Molina, C. (2019c). Responsabilidad por hecho ajeno. *Revista de Responsabilidad Civil y de Seguros* 2019 X Vol. x ISSN. 78 (2019) p. 35. Recuperado de: http://works.bepress.com/carlos_molina_sandoval/87/.
- Morales Hervias, R. (2013a). Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil. *Derecho PUCP*, (71), 53-75. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8897>
- Morales Hervias, R. (2013b). Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil. *Derecho PUCP*, (71), 53-75. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8897>
- Moreno, V. (2018). Evolución y actualidad de la responsabilidad civil. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de la Plata, UNLP*, N°48, p.198.
- Mosset Iturraspe, J. y Piedecabras, M. (2007). *Responsabilidad Contractual*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Nieto Carol, U. (2015a). *Contratos bancarios de financiación. Contenido económico. Transparencia y protección de la clientela*. [tesis doctoral, Universidad de Valencia]. Repositorio de Universidad de Valencia. Recuperado de: http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/44159/___tesis%20u%20nieto%202015-03-02%20definitivo.pdf?sequence=1&isallowed=y
- Nieto Carol, U. (2015b). *Contratos bancarios de financiación. Contenido económico. Transparencia y protección de la clientela*. [tesis doctoral, Universidad de Valencia]. Repositorio de Universidad de Valencia. Recuperado de: http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/44159/___tesis%20u%20nieto%202015-03-02%20definitivo.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Nieto Carol, U. (2015c). *Contratos bancarios de financiación. Contenido económico. Transparencia y protección de la clientela*. [tesis doctoral, Universidad de Valencia]. Repositorio de Universidad de Valencia. Recuperado de: http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/44159/___tesis%20u%20nieto%202015-03-02%20definitivo.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Orgaz, A. (1980). *El Daño Resarcible (actos ilícitos)*. Córdoba, Argentina: M. Lerner.
- Páez Salgado, D. (2015a). ¿Daño moral por incumplimiento de contrato? *Revista Iuris Dictio*, 14(16). Quito, Ecuador: Universidad San Francisco de Quito. Recuperado de <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/729>.
- Páez Salgado, D. (2015b). ¿Daño moral por incumplimiento de contrato? *Revista Iuris Dictio*, 14(16). Quito, Ecuador: Universidad San Francisco de Quito. Recuperado de <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/729>.
- Pallares, J. (2016). *El Daño Moral y sus factores de valoración en el ámbito civil*. Quito, Ecuador: Jorge Pallares Rivera.
- Peirano, F. (1981a). *Responsabilidad Extracontractual*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis Librería.

- Peirano, F. (1981b). Responsabilidad Extracontractual. Bogotá, Colombia: Editorial Temis Librería.
- Peirano, F. (1981c). Responsabilidad Extracontractual. Bogotá, Colombia: Editorial Temis Librería.
- Peirano, F. (1981d). Responsabilidad Extracontractual. Bogotá, Colombia: Editorial Temis Librería.
- Peirano, F. (1981e). Responsabilidad Extracontractual. Bogotá, Colombia: Editorial Temis Librería.
- Principios UNIDROIT. (2016). Roma, Italia: International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT). Recuperado de: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>.
- Puig, J. (1983). Fundamentos de Derecho Civil. Barcelona, España: Bosh Casa Editorial S.A.
- Reglamento de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. (2006). Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Rodríguez Azuero, S. (1990a). Contratos Bancarios. Colombia, Bogotá: Biblioteca Felaban.
- Rodríguez Azuero, S. (1990b). Contratos Bancarios. Colombia, Bogotá: Biblioteca Felaban.
- Rodríguez Azuero, S. (1990c). Contratos Bancarios. Colombia, Bogotá: Biblioteca Felaban.
- Rodríguez Azuero, S. (1990d). Contratos Bancarios. Colombia, Bogotá: Biblioteca Felaban.
- Rodríguez Azuero, S. (1990e). Contratos Bancarios. Colombia, Bogotá: Biblioteca Felaban.
- Rodríguez Azuero, S. (1990f). Contratos Bancarios. Colombia, Bogotá: Biblioteca Felaban.
- Rodríguez Guitián, A. (2007a). La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual. *Revista jurídica 15* (2007): 239-263. ISSN: 1575-720X. Madrid, España: Dykinson; Universidad Autónoma de Madrid. Recuperado de: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/4587>.
- Rodríguez Guitián, A. (2007b). La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual. *Revista jurídica 15* (2007): 239-263. ISSN: 1575-720X. Madrid, España: Dykinson; Universidad Autónoma de Madrid. Recuperado de: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/4587>.
- Rodríguez Guitián, A. (2007c). La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual. *Revista jurídica 15* (2007): 239-263. ISSN: 1575-720X. Madrid, España: Dykinson; Universidad Autónoma de Madrid. Recuperado de: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/4587>.
- Rodríguez Guitián, A. (2007d). La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual. *Revista jurídica 15* (2007): 239-263. ISSN: 1575-720X. Madrid, España: Dykinson; Universidad Autónoma de Madrid. Recuperado de: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/4587>.
- Rodríguez Guitián, A. (2007e). La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual. *Revista jurídica 15* (2007): 239-263. ISSN: 1575-720X. Madrid, España:

- Dykinson; Universidad Autónoma de Madrid. Recuperado de: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/4587>.
- Rodríguez Guitián, A. (2007f). La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual. *Revista jurídica* 15 (2007): 239-263. ISSN: 1575-720X. Madrid, España: Dykinson; Universidad Autónoma de Madrid. Recuperado de: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/4587>.
- Romero Fernández, J.A. (2003a). De nuevo sobre la transferencia bancaria. *Revista de Derecho Patrimonial*, 11, 107-118. Recuperado de: <https://idus.us.es/handle/11441/63669>
- Romero Fernández, J.A. (2003b). De nuevo sobre la transferencia bancaria. *Revista de Derecho Patrimonial*, 11, 107-118. Recuperado de: <https://idus.us.es/handle/11441/63669>
- Salinero, S. (2013a). Recopilación de Jurisprudencia para los cursos de Derecho Civil I, II y III. [tesis de grado, Universidad de Chile]. Repositorio de Universidad de Chile. http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115429/de-salinero_s.pdf?sequence=1
- Salinero, S. (2013b). Recopilación de Jurisprudencia para los cursos de Derecho Civil I, II y III. [tesis de grado, Universidad de Chile]. Repositorio de Universidad de Chile. http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115429/de-salinero_s.pdf?sequence=1
- Salinero, S. (2013c). Recopilación de Jurisprudencia para los cursos de Derecho Civil I, II y III. [tesis de grado, Universidad de Chile]. Repositorio de Universidad de Chile. http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115429/de-salinero_s.pdf?sequence=1
- Salinero, S. (2013d). Recopilación de Jurisprudencia para los cursos de Derecho Civil I, II y III. [tesis de grado, Universidad de Chile]. Repositorio de Universidad de Chile. http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115429/de-salinero_s.pdf?sequence=1
- Samper, D. (1983a). *Requisitos y Fundamentos de la Responsabilidad Civil*. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana de Colombia.
- Samper, D. (1983b). *Requisitos y Fundamentos de la Responsabilidad Civil*. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana de Colombia.
- Sánchez Calero, F. y Sánchez Calero, J. (2013). *Instituciones de Derecho Mercantil vol. II*, 36^a edición. España, Cizur-Menor: Aranzadi.
- Sánchez Calero, J. (2002a). La Cuenta Corriente y la Transferencia Bancaria (Observaciones a sus aspectos más discutidos). *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* n° 86 (2002), pp. 103-137. ISSN 0211-6138. Recuperado de: <https://eprints.ucm.es/6428/>.
- Sánchez Calero, J. (2002b). La Cuenta Corriente y la Transferencia Bancaria (Observaciones a sus aspectos más discutidos). *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* n° 86 (2002), pp. 103-137. ISSN 0211-6138. Recuperado de: <https://eprints.ucm.es/6428/>.
- Sánchez, J. (2020). *Sobregiro Bancario*. Recuperado de: <https://economipedia.com/definiciones/sobregiro-bancario.html>
- Schipani, S. (2007). De la Ley Aquilia a Digesto 9. Perspectivas sistemáticas del Derecho romano y problemas de la responsabilidad extracontractual. *Revista de Derecho Privado*, ISSN: 0123-4366, núm. 12-13, pp. 263-287. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=4175/417537588009>.

- Solé, J. (2009). El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN-e 1698-739X, N°. 1, 2009. Barcelona, España: Universitat Pompeu Fabra. Recuperado de <https://indret.com/el-dano-moral-por-infraccion-contractual-principios-modelos-y-derecho-espanol/?edicion=1.09>.
- Soto Ruiz, D. (2014). Régimen de los Contratos Bancarios. [Tesis de grado, Universidad Pública de Navarra]. Repositorio de Universidad Pública de Navarra. Recuperado de: https://academica.e.unavarra.es/xmlui/bitstream/handle/2454/13483/tfg_soto_ruiz_david.pdf?sequence=1&allowed=y
- Superintendencia de Bancos (2020a). Cuentacorrentistas Deberes y Derechos. Recuperado de: <https://www.superbancos.gob.ec/bancos/cuentacorrentistas-deberes-y-derechos/>.
- Superintendencia de Bancos (2020b). Cuentacorrentistas Deberes y Derechos. Recuperado de: <https://www.superbancos.gob.ec/bancos/cuentacorrentistas-deberes-y-derechos/>.
- Superintendencia de Bancos (2020c). Cuentacorrentistas Deberes y Derechos. Recuperado de: <https://www.superbancos.gob.ec/bancos/cuentacorrentistas-deberes-y-derechos/>.
- Tamayo, J. (1990). De la Responsabilidad Civil Tomo II De los Perjuicios y su indemnización. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Trigo Represas & López Mesa. (2008a). Tratado de la Responsabilidad Civil Tomo I. Argentina, Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía.
- Trigo Represas & López Mesa. (2008b). Tratado de la Responsabilidad Civil Tomo I. Argentina, Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía.
- Trigo Represas & López Mesa. (2008c). Tratado de la Responsabilidad Civil Tomo I. Argentina, Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía.
- Trigo Represas & López Mesa. (2008d). Tratado de la Responsabilidad Civil Tomo I. Argentina, Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía.
- Trigo Represas & López Mesa. (2008e). Tratado de la Responsabilidad Civil Tomo I. Argentina, Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía.
- Trigo Represas & López Mesa. (2008f). Tratado de la Responsabilidad Civil Tomo I. Argentina, Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía.
- Trigo Represas & López Mesa. (2008g). Tratado de la Responsabilidad Civil Tomo I. Argentina, Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía.
- Trigo Represas & López Mesa. (2008h). Tratado de la Responsabilidad Civil Tomo I. Argentina, Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía.
- Trigo Represas & López Mesa. (2008i). Tratado de la Responsabilidad Civil Tomo I. Argentina, Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía.
- Trigo Represas & López Mesa. (2008j). Tratado de la Responsabilidad Civil Tomo I. Argentina, Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía.
- Trigo Represas & López Mesa. (2008k). Tratado de la Responsabilidad Civil Tomo I. Argentina, Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía.

- Velasco, M. (2019a). Breves Nociones sobre Contratos Bancarios. El Salvador, San Salvador: Editorial Universidad Tecnológica El Salvador.
- Velásquez Posada, O. (2009a). Responsabilidad Civil Extracontractual. Bogotá, Colombia: Universidad de La Sabana-Editorial Temis.
- Velásquez Posada, O. (2009b). Responsabilidad Civil Extracontractual. Bogotá, Colombia: Universidad de La Sabana-Editorial Temis.
- Velázquez, J., Ángel Agúndez, M. (Dir.) y Martínez-Simancas, J. (Dir.). (2015a). Manual jurídico del mercado bancario: las operaciones de pasivo y las operaciones neutras. Wolters Kluwer España. Recuperado de: <https://elibro.net/es/lc/uazuay/titulos/55932>
- Velázquez, J., Ángel Agúndez, M. (Dir.) y Martínez-Simancas, J. (Dir.). (2015b). Manual jurídico del mercado bancario: las operaciones de pasivo y las operaciones neutras. Wolters Kluwer España. Recuperado de: <https://elibro.net/es/lc/uazuay/titulos/55932>
- Velázquez, J., Ángel Agúndez, M. (Dir.) y Martínez-Simancas, J. (Dir.). (2015c). Manual jurídico del mercado bancario: las operaciones de pasivo y las operaciones neutras. Wolters Kluwer España. Recuperado de: <https://elibro.net/es/lc/uazuay/titulos/55932>