

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ**

Colegio de Jurisprudencia

**La revisión de la determinación del quantum indemnizatorio  
por daños extrapatrimoniales en la Casación Civil Ecuatoriana**

**María Constansa Cadena Novoa**

**Jurisprudencia**

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la obtención del  
título de Abogado

Quito, 19 de noviembre de 2021

## **© DERECHOS DE AUTOR**

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: María Constansa Cadena Novoa

Código: 00203564

Cédula de identidad: 1723762991

Lugar y fecha: Quito, 19 de noviembre de 2021

## ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

**Nota:** El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETHeses>

## UNPUBLISHED DOCUMENT

**Note:** The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETH>

**LA REVISIÓN DE LA DETERMINACIÓN DEL QUANTUM POR DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES  
EN LA CASACIÓN CIVIL ECUATORIANA.**

**THE REVIEW OF THE DETERMINATION OF THE QUANTUM FOR EXTRA-PECUNIARY  
DAMAGES IN THE ECUADORIAN CIVIL CASSATION.**

María Constanza Cadena Novoa<sup>1</sup>  
constanza1998cadena@hotmail.com<sup>2</sup>

**RESUMEN**

En el presente trabajo se buscó establecer la manera más eficiente para que el tribunal de casación revise el quantum indemnizatorio, respetando los límites que el sistema de casación ecuatoriano ha impuesto en la ley. Se evidenció que existen dos posturas: La primera, considera que el examen de los hechos no es revisable por la vía casacional porque convertiría al recurso de casación en una tercera instancia. La segunda, plantea que las cuestiones de hecho y las de derecho se vuelven inseparables al ser introducidas en el proceso, por lo que revisarlas es inevitable. Aunque se verificó que la casación ecuatoriana se sujeta más a la primera postura, no se descartó por completo la segunda, ya que el nuevo criterio rector que configuró la corte constitucional en octubre de 2021, evidencia que pueden aplicarse pequeños rasgos de la postura más flexible a la causal relativa a la falta de motivación.

**PALABRAS CLAVE**

Daño moral, recurso de casación, indemnización, finalidad, cuestión de hecho.

**ABSTRACT**

In the present work, it was sought to establish the most efficient way for the court of cassation to review the compensation quantum, respecting the limits that the Ecuadorian cassation system has imposed by law. It was evidenced that there are two positions: The first, considers that the examination of the facts is not reviewable by means of cassation because it would make the appeal in a third instance. The second, states that questions of fact and law become inseparable when introduced into the process, so reviewing them is inevitable. Although it was verified that the Ecuadorian cassation is more subject to the first position, the second was not completely ruled out, since the new guiding criterion that the constitutional court established in October 2021, shows that small features of the more flexible position can be applied to the cause related to lack of motivation.

**KEYWORDS**

Non-pecuniary damage, appeal, compensation, purpose, question of fact

Fecha de lectura: 19 de noviembre de 2021

Fecha de publicación: 19 de noviembre de 2021

---

<sup>1</sup>Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Ana Carolina Donoso Bustamante.

<sup>2</sup>© DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a los dispuestos en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación superior.

## **SUMARIO:**

1. INTRODUCCIÓN.- 2. REVISIÓN DE LA LITERATURA.- 3.MARCO NORMATIVO.- 4. MARCO TEÓRICO.- 5. RECURSO DE CASACIÓN, CONTEXTO HISTÓRICO HASTA LA MODERNIDAD Y SUS FINALIDADES.- 6. LA POTESTAD DISCRECIONAL PARA DETERMINAR EL MONTO REPARATORIO: RECONOCIMIENTO Y JUSTIFICACIÓN- 6.1. LA ACTIVIDAD DETERMINATIVA DEL QUANTUM INDEMNIZATORIO QUE REALIZA EL JUEZ ¿ES O NO UNA CUESTIÓN DE HECHO?- 7. POSICIONES DOCTRINALES SOBRE LA REVISIÓN DE LOS HECHOS EN EL RECURSO DE CASACIÓN .- 7.1. LA VISIÓN CLÁSICA- 7.2. LA VISIÓN FLEXIBLE- 8. LA GARANTÍA DE LA MOTIVACIÓN: COMO CAUSAL EFECTIVA PARA REVISAR EL QUANTUM INDEMNIZATORIO- 9. CONCLUSIONES.

### **1. Introducción:**

La legislación ecuatoriana en el artículo 2232 del Código Civil<sup>3</sup>, contempla que el valor de reparación por los perjuicios extrapatrimoniales debe ser determinado por los jueces de instancia. No obstante, cuando una de las partes no se siente conforme con el monto que se estableció en la sentencia, porque no es claro en la motivación del fallo sobre la base de qué criterios el juez lo fijó, y por lo tanto decidiera recurrir de la sentencia, se podría encontrar con la negativa de admisión. Tal negativa de admisión estaría justificada por el tribunal *ad quem* en que se trata de una facultad exclusiva de los juzgadores del fondo<sup>4</sup>.

Sobre este tema han hablado doctrinarios como Enrique Barros y Hernán Corral, comentando que la determinación de un monto indemnizatorio está sujeto a una apreciación subjetiva y prudencial de los jueces de instancia, de manera que cualquiera de las evaluaciones que estimen relevantes sobre los hechos, podrán fundar su decisión y esto significa que será irrevisable en la vía de casación<sup>5</sup>.

El recurso de casación es un medio de impugnación que se interpone ante la Corte Nacional de Justicia, para realizar el control de legalidad de las sentencias o autos que ponen fin a procesos de conocimiento<sup>6</sup>. A diferencia de las otras formas de impugnación, este es el

---

<sup>3</sup> Artículo 2232, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 46, 24 de junio de 2005. Reformado por última vez el 14 de mayo de 2021.

<sup>4</sup> Segundo Rodrigo Serrano c. Banco del Pichincha, Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, 29 de julio de 2002, considerando segundo.

<sup>5</sup> Enrique Barros, Tratado de responsabilidad extracontractual (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 313-317. Y Hernán Corral, Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003), 167-168.

<sup>6</sup> Artículo 266, Código Orgánico General de Procesos [COGEP], R.O. Suplemento 206, 22 de mayo de 2015. Reformado por última vez el 14 de mayo de 2021.

único recurso vertical que tiene causales taxativas en la ley, por lo cual se le atribuye la característica de extraordinario.

Lo que interesa al presente trabajo de investigación sobre el mencionado recurso, es que su ámbito de control se reduce únicamente a las cuestiones de derecho adjetivo y sustantivo; excluyendo siempre de su examen cualquier circunstancia relativa a los hechos y la valoración de la prueba del caso concreto.

Sin embargo, la doctrina ha establecido dos posiciones relativas a la revisión de los hechos en casación. La primera, considera que se tiene que dar primacía a las finalidades de orden público y dejar en segundo plano a la finalidad que vela por el interés privado de las partes, pues de lo contrario se correría el riesgo de convertir al recurso en una tercera instancia; en consecuencia, la aplicación de esta visión dejaría la revisión del quantum indemnizatorio fuera del control casacional.

La segunda posición está en contra de darle más importancia a la defensa del derecho positivo por sobre la finalidad privada de resolver el caso concreto, pues considera que las cuestiones de hecho y las de derecho están inevitablemente conectadas, por lo que la revisión del monto fijado por el juez *ad quo* resultaría inevitable.

El objeto del presente trabajo de investigación es analizar cómo el ejercicio de esta facultad prudencial de los jueces, —que usan para fijar una indemnización concreta— puede ser examinada en el recurso de casación, ciñéndose a lo que establece el Código Orgánico General de Procesos, y sin violentar la naturaleza técnica y extraordinaria del referido recurso.

Para alcanzar este objetivo, se empezará empleando la metodología histórica para abordar el origen de las finalidades del recurso de casación y su desarrollo hasta la modernidad. Después, aplicando la metodología doctrinal como una herramienta clave, se abordarán las dos posiciones sobre la revisión de los hechos en casación. Con ayuda de la metodología exegética, se buscará esclarecer porque motivo el legislador decidió dejar la determinación del quantum indemnizatorio a la prudencia del juez de instancia.

Para realizar una breve comparación de lo que consideran la legislación y jurisprudencia de Chile y España, respecto a la cuestión de hecho y la facultad prudencial del juez *ad quo*, se aplicará la metodología comparativa. Finalmente, la metodología cualitativa

se usará para expresar como la motivación es la solución para revisar el quantum en casación sin desnaturalizar el recurso.

## **2. Revisión de la literatura:**

En Ecuador, Andrade Ubidia<sup>7</sup> considera que, de la clasificación de los sistemas de casación respecto a sus límites por la valoración de los hechos —el sistema puro, impuro y ecléctico— el recurso de casación civil pertenece al sistema puro, ya que no admite por ninguna circunstancia, el examen de la prueba y los hechos. En este contexto, la casación en Ecuador se aleja del sistema ecléctico, citando Ubidia a Zabala Egas, porque la causal de los preceptos relativos a la valoración de la prueba se refiere a una violación indirecta de la norma sustancial, no a una excepción para las reglas del sistema impuro.

Para Calamandrei<sup>8</sup>, la revisión de las cuestiones de hecho está completamente vedada de examinarse en el recurso de casación, pues piensa que su naturaleza particular jamás permitirá que genere parámetros generales que sirvan para aplicarse en situaciones análogas. Esto, a diferencia de las cuestiones de derecho, que sí son aptas para desarrollar un significado común para todos los casos que apliquen una determinada norma.

En contraposición al método de casación lógico —que considera como límites para la revisión en casación a la cuestión de derecho o casacionable infracción a la ley y la cuestión de hecho o la no casacionable constatación de los hechos— Eberhard Henke<sup>9</sup>, plantea el método teleológico de la casación, como un modo más flexible para el control de los hechos en el recurso. Este atiende más a la finalidad unificadora del recurso, asegurando que la constatación de los hechos y el derecho son inseparables.

Guasch Fernández<sup>10</sup> y Hitters<sup>11</sup> estudian más las tres finalidades esenciales de la casación, lo que se llama la función trifásica —la finalidad nomofiláctica, unificadora y la dikelógica— que debe cumplir el recurso. Ambos autores explican que la unificación jurisprudencial tiende a complementarse con el interés privado del recurrente para lograr una

---

<sup>7</sup> Santiago Andrade U., *La casación civil en el Ecuador*, 151-152.

<sup>8</sup> Piero Calamandrei, *La casación civil*, vol.3, (México, D.F: Oxford University Press, 2000), 79 -80.

<sup>9</sup> Horst Eberhard Henke, *La cuestión de hecho*, 16-24.

<sup>10</sup> Guasch Fernández, “El control casacional: el hecho y el derecho”, en *El Hecho y el Derecho en la Casación Civil* (Barcelona: José María Bosch Editor, 1998), 155.

<sup>11</sup> Juan Carlos Hitters, *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*, 2da Edición, (La Plata: Librería Editorial Platense S.R.L.,1998), 182-183.

unidad de interpretación y aplicación real de la norma, resguardando de paso los principios de igualdad y seguridad jurídica, que con la pluralidad de criterios llegarían a vulnerarse.

### **3. Marco normativo:**

La potestad discrecional de los jueces de instancia se encuentra ubicada en el párrafo tercero del artículo 2232 del Código Civil<sup>12</sup>, dejando a su prudencia la determinación del monto indemnizatorio por daños extrapatrimoniales. Esta disposición se añadió en el año 1984 al ordenamiento jurídico ecuatoriano. A pesar del avance que significó su reconocimiento en la norma, es al mismo tiempo el origen de las dificultades de los jueces de fondo, pues la Corte Nacional de Justicia, reconoce en la Resolución No. 0496-2018<sup>13</sup> la falta de parámetros objetivos para su cuantificación.

Cuando los jueces de instancia constatan una violación de derechos, para determinar la indemnización tienen que guiarse por la reparación integral, que es el principio rector del ordenamiento ecuatoriano, que busca restablecer al agraviado en la situación anterior al daño sufrido. Está reconocido en la Constitución<sup>14</sup> y en el Código Orgánico de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional<sup>15</sup>.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia deja muy claro que no se puede analizar la prueba y menos aún modificar lo relativo al ejercicio determinativo del juez *ad quo*; el Expediente No.190 del 28 de junio del 2000<sup>16</sup> y el No. 152 del 8 de noviembre del 2002<sup>17</sup> son ejemplos de esta postura. Sin embargo, la Corte Nacional de Justicia no ha mantenido este criterio, pues en muchos fallos no solo revisa el quantum, sino que también lo modifica.

Respecto a la garantía de motivación, el numeral segundo del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos<sup>18</sup>, se refiere a los casos donde el juzgador no cumple con el

---

<sup>12</sup> Artículo 2232, CC.

<sup>13</sup> Resolución No. 0496-2018, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, 26 de junio de 2018, considerando octavo.

<sup>14</sup> Artículo 86 numeral 3, CR.

<sup>15</sup> Artículo 18, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC], R.O. Suplemento 52, 22 de octubre de 2009. Reformado por última vez el 03 de febrero de 2020.

<sup>16</sup> Carlos Yépez c. Sonia Guerrón, Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, 02 de mayo del 2000, pág. 4. Recuperado de LexisFinder.

<sup>17</sup> Segundo Rodrigo Serrano c. Banco del Pichincha, Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, 29 de julio de 2002, considerando segundo. Recuperado de LexisFinder.

<sup>18</sup> Artículo 268, Código Orgánico General de Procesos [COGEP], R.O. Suplemento 206, 22 de mayo de 2015. Reformado por última vez el 14 de mayo de 2021.

requisito de motivar la sentencia, dejándose de lado no solo un requisito legal como explica el artículo 89 del mismo cuerpo normativo<sup>19</sup>, sino que se está vulnerando una garantía de rango constitucional, como lo reconoce el art. 76.7, literal 1 de la Constitución de la República<sup>20</sup>.

Por otro lado, el 20 de octubre del 2021 la Corte Constitucional del Ecuador, emitió en la Sentencia No. 1158-17-EP/21<sup>21</sup> un nuevo criterio rector para verificar la transgresión a la garantía jurisdiccional de la motivación, el cual es útil para sostener que la motivación de la sentencia es el medio ideal para que el juez conozca las cuestiones alrededor del quantum indemnizatorio fijado.

#### **4. Marco Teórico:**

En Ecuador, la Corte Suprema de Justicia estableció en varios fallos que al ser la determinación del quantum indemnizatorio una potestad discrecional de juez *ad quo*, los tribunales de casación no pueden revisarlo y mucho menos modificarlo<sup>22</sup>. No obstante, es importante considerar que el hecho de que los tribunales de casación inadmitan la revisión de estas cuestiones, deja impunes problemas como las indemnizaciones de globo, determinaciones arbitrarias desproporcionales al daño<sup>23</sup>, o la utilización del daño moral como una fuente de lucro<sup>24</sup>.

Tradicionalmente autores como De la Rúa o Calamandrei enseñan que el recurso de casación es un medio de impugnación que tiene en cuenta solamente cuestiones de derecho adjetivo o sustantivo, excluyendo, por ende, las de hecho y toda intención de valorar la prueba nuevamente<sup>25</sup>. Sin embargo, esta constituye solo una posición doctrinal sobre la revisión de los hechos en casación, la cual le da predominancia a las finalidades públicas —la

---

<sup>19</sup> Artículo 89, Código Orgánico General de Procesos [COGEP], R.O. Suplemento 206, 22 de mayo de 2015. Reformado por última vez el 14 de mayo de 2021.

<sup>20</sup> Artículo 76, Constitución de la República del Ecuador [CR], R.O. 449, 20 de octubre de 2008. Última modificación, 25 de enero de 2021.

<sup>21</sup> Sentencia No.1320-13-EP/20, Corte Constitucional del Ecuador, 27 de mayo de 2020.

<sup>22</sup> Carlos Yépez c. Sonia Guerrón, pág. 4. Y Segundo Rodrigo Serrano c. Banco del Pichincha, considerando segundo.

<sup>23</sup> Andrés Söchting Herrera, “Criterios para determinar el indemnizatorio en el Daño Moral un estudio de la jurisprudencia española”, *Revista Chilena de Derecho Privado* 7 (2006), 53. Disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370838866003>.

<sup>24</sup> José Pablo Vergara Bezanilla, “La mercantilización del daño moral”, *Revista de Derecho editada por el Consejo de Defensa del Estado* 1 (2000), 75-76. <https://www.cde.cl/estudiosybiblioteca/wp-content/uploads/sites/15/2016/05/REVISTA-DE-DERECHO-01.pdf>

<sup>25</sup> Fernando de la Rúa, *Teoría General del Proceso* (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1991), 186 – 187.

nomofiláctica y la uniformidad jurisprudencial— y considera a la justicia del caso concreto como una finalidad accesoria.

La segunda posición doctrinaria, conformada por Henke, Guasch Fernández y Hitters, no considera que la justicia del caso concreto debería ser secundaria. De hecho, plantea la compaginación del fin unificador con el fin que atiende al interés del particular, ultimando que las cuestiones de hecho y derecho estarán ineludiblemente conectadas. De esta idea, surge lo que Henke llama cuestiones-pautas<sup>26</sup>; las cuales conforman una parte de la sentencia que, seleccionadas por el juez de casación, pueden aprovecharse como una guía para fallos objetivamente similares.

Por último, la motivación podría ser la causal más efectiva para que el Tribunal de Casación conozca el cuadro fáctico relativo al quantum indemnizatorio, ya que la Corte Constitucional ha establecido como uno de los requisitos para motivar una sentencia, la presencia de fundamentos normativos y fácticos suficientes<sup>27</sup>. Suficiencia que dependerá de las particularidades del caso, como uno de los rasgos que caracterizan a la visión flexible.

##### **5. Recurso de casación, contexto histórico hasta la modernidad y sus finalidades:**

La casación tuvo origen en Francia, nació como una facultad del rey que luego pasó a ser una potestad del *conseil des parties* o consejo de las partes; secciones que surgieron tras la división del consejo del rey en el siglo XVI. En ese entonces la casación no era todavía un recurso, porque el mencionado consejo no era un órgano jurisdiccional, más bien era “la injerencia del rey en la función judicial con fines políticos y que representaban al absolutismo”<sup>28</sup>, que se dedicaba a la defensa del derecho real<sup>29</sup>.

Sin embargo, ya en esas épocas el *conseil des parties* no podía entrar a revisar el fondo de las resoluciones que emitía el parlamento. La casación se tenía que limitar a controlar si la norma real había sido violentada, casando la decisión en ese caso y devolviendo la causa a los órganos judiciales de instancia para que vuelvan a trabajar en el fondo<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> Horst Eberhard Henke, *La cuestión de hecho*, 23.

<sup>27</sup> Sentencia No.1320-13-EP/20, Corte Constitucional del Ecuador, 27 de mayo de 2020, párr. 61-64.

<sup>28</sup> Juan Montero Aroca y José Flors Maties, *El Recurso de Casación Civil, casación e infracción procesal*, ed. 3era. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018), 309-311.

<sup>29</sup> *Id.*, 311.

<sup>30</sup> Juan Montero Aroca y José Flors Maties, *El Recurso de Casación Civil, casación e infracción procesal*, 311.

Tras la revolución francesa, el consejo fue reemplazado por el tribunal de casación, por medio del Decreto de 14 de abril de 1791, conformándose ahora como parte del poder legislativo, y separado del poder judicial. Se lo destinó para el cumplimiento de la exclusiva defensa de la ley. Aunque el referido tribunal seguía siendo un órgano político que protegía la vigencia de la ley, ya no era la ley como la voluntad del monarca, sino como la voluntad general representada por el poder legislativo<sup>31</sup>.

Se le atribuyó al nuevo tribunal de casación varias funciones, pero la principal fue la de conocer las demandas de casación que se interponían contra los fallos de última instancia. En relación con esta finalidad se estableció nuevamente la imposibilidad para que el tribunal conozca el fondo del asunto, ya que en Francia se dejó muy claro desde el principio que las cortes de instancia juzgaban a las partes y el tribunal de casación a las resoluciones judiciales<sup>32</sup>.

Con el pasar del tiempo, la subordinación a la escuela exegética<sup>33</sup> y el radical positivismo jurídico que acompañó la labor del tribunal de casación, se quedó corta para las necesidades que demandaba una sociedad constituida en un estado de derecho. Los revolucionarios franceses, al creer ciegamente en la ley, pensaron que las codificaciones eran la mejor expresión de la voluntad general; que de ellas solas saldrían las soluciones a todo problema y que podría proveer cualquier supuesto sobreviniente<sup>34</sup>.

La casación fue evolucionando en el tiempo, atribuyéndose la naturaleza de recurso poco a poco. Comenzó con la ampliación de los motivos *in iudicando* —explicados a profundidad más adelante— al ya no exigir una infracción literal de la ley, sino que era suficiente con una infracción al espíritu de la ley para que proceda casar la decisión; después se incluyeron la interpretación errónea y la indebida aplicación de la ley, concluyendo que cualquier error de derecho cabía en casación<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> Ver, Claudia Fuentes, “Montesquieu: Teoría de la distribución social del poder”, *Revista de ciencia Política* 31 (2011), 47-61.

<sup>32</sup> Juan Montero Aroca y José Flor Matíes, *El Recurso de Casación Civil, casación e infracción procesal*, 318.

<sup>33</sup> Hace referencia a la subordinación de la interpretación jurídica al texto legal. Ver, Francisco Rivas Sandoval y José Antonio Serrano Morán, “Escuelas de la teoría de la interpretación y argumentación jurídica”, *Revista Iberoamericana de las Ciencias Sociales y Humanísticas* 8, (2015), 384-388. file:///C:/Users/Const/Downloads/Dialnet-EscuelasDeLaTeoríaDeLaInterpretaciónYArgumentación-5321048.pdf

<sup>34</sup> Juan Montero Aroca y José Flor Matíes, *El Recurso de Casación Civil, casación e infracción procesal*, 324-314-315.

<sup>35</sup> Juan Montero Aroca y José Flor Matíes, *El Recurso de Casación Civil, casación e infracción procesal*, 324-326.

También se empezó a motivar las resoluciones, pues en un inicio el tribunal de casación se limitaba a citar la ley infringida. Es a partir de esta práctica, dicen Montero Aroca y Flor Matíes, que inició la autoridad moral de la corte de casación sobre los tribunales de instancias y la función de unificar la jurisprudencia; justamente es a esta finalidad que más benefició la publicación de las decisiones de casación en el Boletín Oficial<sup>36</sup>.

En este contexto, se logró identificar con más claridad las finalidades que se conciben en el recurso de casación moderno, como son: 1.- Nomofiláctica, 2.- Unidad de la jurisprudencia, y 3.- Dikelógica. La primera, como ya se mencionó, constituye la finalidad pública más antigua del recurso; Calamandrei la define como “[...] la función propia de los órganos jurisdiccionales a través de la cual pretenden asegurar la correcta aplicación de las normas en los supuestos para los que están previstas”<sup>37</sup>; concepción que para Loredó Colunga es la más aceptada.

La segunda, también de naturaleza pública, busca ejercer un control sobre la aplicación e interpretación del derecho objetivo por parte de los órganos jurisdiccionales, para que tenga el mismo sentido cuando son aplicados a supuestos de hecho similares<sup>38</sup>; esta es además considerada como la especificidad del recurso de casación<sup>39</sup>, ya que solo puede ser perpetrada por los tribunales de casación.

Por último, la tercera finalidad, de naturaleza privada, es de donde parte la dualidad de posiciones sobre el control de las cuestiones de hecho en casación. Esta función busca satisfacer la justicia del caso concreto, lo cual se podría alcanzar de dos maneras: 1.- Directamente, entrando el tribunal de casación a examinar los hechos y las pruebas del caso, con lo cual se corre el riesgo de caer en el sistema de tercera instancia; 2.- De forma indirecta, que será revisando la correcta aplicación de la ley<sup>40</sup>, trabajando con los fines públicos de manera complementaria. Se volverá a estas finalidades cuando se aborde las tesis doctrinales.

---

<sup>36</sup> González Cuellar Serrano, “Los fines de la Casación en el Proceso Civil”, *Revista Jueces para la Democracia* 19 (1993), 55-56.

<sup>37</sup> Marcos Loredó Colunga, “Problemática Específica de la Casación” en *La Casación Civil: El ámbito de Recurso y su adecuación a los Fines Casacionales*, (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004), 201.

<sup>38</sup> Álvaro Mejía Salazar, “La oralidad y los recursos en el proceso civil español y ecuatoriano”, 399-400. Disponible en <https://eprints.ucm.es/id/eprint/47946/1/T40004.pdf>

<sup>39</sup> Marcos Loredó Colunga, “Problemática Específica de la Casación” en *La Casación Civil: El ámbito de Recurso y su adecuación a los Fines Casacionales*, 202.

<sup>40</sup> Juan Carlos Hitters, *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*, 183.

## **6. La potestad discrecional para determinar el monto reparatorio: reconocimiento y justificación:**

En Ecuador, el reconocimiento de los daños morales no lleva más de 37 años de vigencia. La potestad de los jueces para calcular prudencialmente las indemnizaciones por daños extrapatrimoniales fue añadida al Código Civil con la iniciativa de reforma propuesta por Gil Barragán Romero, y acogida sin ninguna modificación por el entonces Congreso Nacional, en 1984. Antes de este proyecto de reforma, la legislación ecuatoriana no contemplaba más que indemnizaciones para daños de índole patrimonial, siendo la relativa al delito de injurias, la única norma que protegía valores espirituales<sup>41</sup>.

De manera expresa, el artículo 2232 del Código Civil deja “a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización” por daños meramente morales<sup>42</sup>. Esto parece una decisión peligrosa que puede traer como consecuencias decisiones arbitrarias, lo cual no es descabellado considerar, teniendo como ejemplo el caso Correa contra Banco del Pichincha<sup>43</sup>.

Sin embargo, que se entregue esta valoración al arbitrio de las cortes de instancia no quiere decir que sus decisiones serán siempre arbitrarias. Cuando Barragán Romero presentó la reforma que introdujo el entonces artículo 2258 del Código Civil —el actual artículo 2232 del mismo código—mandó a presuponer la confianza “en la prudencia del juez y no dar por supuesta su arbitrariedad”<sup>44</sup>.

La arbitrariedad es una actuación censurable, producto del abuso de poder y de la falta de control; mientras que la discreción “es un poder necesario del cual precisa la administración para alcanzar sus fines de la mejor manera posible”<sup>45</sup>. En el caso particular de esta potestad discrecional, la naturaleza intangible de los daños no patrimoniales da como resultado que la finalidad de reparar in natura a la víctima sea particularmente complicada, pues al no poder apreciarse el perjuicio por un tercero, la forma más adecuada de repararla parece ser la equivalencia pecuniaria.

---

<sup>41</sup> Barragán Romero, *Elementos del daño moral*, 116-117.

<sup>42</sup> Artículo 2232, CC.

<sup>43</sup> Para entender la arbitrariedad con la que pueden llegar a fallar los órganos judiciales en uso de esta facultad discrecional, Ver, Rafael Correa Delgado c. Banco Pichincha C.A. Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, 28 de abril de 2010.

<sup>44</sup> Barragán Romero, *Elementos del daño moral*, 113-114.

<sup>45</sup> Milagros Otero Parga, “La Arbitrariedad”, *Anuario de Filosofía del Derecho* 12 (1995), 388. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142314>

No obstante, la apreciación en dinero tampoco es sencilla; la falta de parámetros objetivos<sup>46</sup> provoca que la cuantificación de estos daños dependa de una valoración personal<sup>47</sup>, en donde se encuentra el justificativo de dejar esta cuantificación en manos de la prudencia del juzgador de fondo. La Corte Nacional ha entendido el concepto de prudencia como “una virtud que se manifiesta en la cordura, la sabiduría, la sensatez y la precaución en el proceder y en el hablar”<sup>48</sup>, y sobre la actuación prudencial concreta del juez para cuantificar los daños morales, la misma corte dice que:

Avoca a la administración de justicia a una fijación de la reparación de daño moral atendiendo la gravedad del caso, pero sin descuidar las circunstancias sociales y económicas [...] todo lo cual debe ser objeto de probanza dentro del proceso por parte del accionante a fin de que el órgano judicial respectivo fue efectuar su ponderación en base a tales elementos de juicio<sup>49</sup>.

Por lo tanto, es correcto concebir esta actuación prudencial como el 'sano criterio del juez'; termino que ha establecido la Corte Nacional con el fin de confiarle a los jueces las circunstancias particulares del proceso, para que le permitan determinar un valor equitativo y en justicia<sup>50</sup>. Sin embargo, todo lo expuesto anteriormente sobre el concepto de prudencia es meramente conceptual; no se ha contestado que significa materialmente que una juez determine la reparación del daño con prudencia.

Atendiendo a esta interrogante, cuando los jueces que constatan la violación de un derecho deben fijar la indemnización, tendrán que ceñirse al principio de *restitutio in integrum* o reparación integral; como lo establece la Constitución<sup>51</sup> y la ley<sup>52</sup>. Reparar bajo este principio “implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo”<sup>53</sup>. La Corte Suprema de Justicia en la Resolución No. 168-07 de 17 de mayo de 2008, ha señalado al respecto que:

De conformidad con el artículo 2232 del Código Civil, "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

---

<sup>46</sup> Resolución No. 0496-2018, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, 26 de junio de 2018, párr. Octavo.

<sup>47</sup> Carlos Gómez Ligüerre, “Capítulo 1: Concepto de daño moral”, en el *Daño moral y su cuantificación*, 2da Edición, editorial Wolters Kluwer SA, 2017. Barcelona 51-52.

<sup>48</sup> Juicio No. 17113-2014-3001, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 23 de septiembre de 2019, párr. 4.1.4.

<sup>49</sup> Juicio No. 09332-2017-09651, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 17 de mayo de 2019, cuarto apartado.

<sup>50</sup> Resolución No. 404-2010, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 29 de junio de 2010, párr. 4.2.

<sup>51</sup> Artículo 86 numeral 3, CR.

<sup>52</sup> Artículo 18, LOGJCC.

<sup>53</sup> Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) c. México, párr. 450.

circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo"[...]; y, como se ha dicho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que las indemnizaciones no tienen como propósito enriquecer a la víctima<sup>54</sup>.

Este pronunciamiento que une a la disposición del artículo 2232 del Código Civil y una arista del principio de reparación integral que sostiene que nunca se debe buscar enriquecer a la víctima, permite entender que un juez no estaría fallando con prudencia si inobserva lo que dispone el precepto *restitutio in integrum*, es decir, determinar un monto reparatorio que evidentemente sea desproporcional al daño probado. Además, el mencionado principio ha sido considerado por la Corte Constitucional como un deber para los órganos jurisdiccionales<sup>55</sup>, lo que significa que representará un limitante para la potestad discrecional de los jueces.

### **6.1 La actividad determinativa del quantum indemnizatorio que realiza el juez ¿es o no una cuestión de hecho?**

Una vez entendidos los conceptos de las finalidades casacionales, el contexto del artículo 2232 del Código Civil, el concepto de prudencia y su alcance, es apropiado dilucidar si esta potestad prudencial de los órganos jurisdiccionales es o no una cuestión de hecho. Recordemos que es a partir de esta potestad que se origina el problema jurídico al que se está intentando dar una solución efectiva, y por lo tanto es necesario abordarlo antes de explicar las tesis que conducirán hacia esa solución.

De manera general, *las quaestio facti* se alcanzan a entender como la consecuencia de que el juez aplique un concepto prejudicial o natural<sup>56</sup>. Estas, a diferencia de las *quaestio iuris*, son susceptibles de prueba y de ser calificadas como verdaderas o falsas<sup>57</sup>, pero también pueden entenderse como los puntos que llevan a la constatación del cuadro fáctico del caso<sup>58</sup>.

En Ecuador, la Corte Constitucional define a la cuestión de hecho como “aquella por medio de la cual el juez [...] considera verdaderos uno o más hechos, respecto de los cuales

---

<sup>54</sup> Resolución No. 168-07, Corte Suprema de Justicia, Sala de Contencioso Administrativo, 17 de mayo de 2008, párr. décimo Tercero.

<sup>55</sup> Sentencia No. 026-18-SIS-CC, Caso No. 0015-10-IS, Corte Constitucional del Ecuador, 29 de mayo de 2018, pág. 15.

<sup>56</sup> Eberhard Henke, *La cuestión de hecho*, 16 y 17.

<sup>57</sup> Michele Tarruffo, “Narrativas Judiciales” *Valdivia: revista de derecho*, Vol. XX, No. 1 (2007), 240. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v20n1/art10.pdf>

<sup>58</sup> Eberhard Henke, *La cuestión de hecho*, 1.

dicha norma se decanta en voluntad concreta”<sup>59</sup>. Parece entender lo mismo la Corte Nacional de Justicia<sup>60</sup>; sin embargo, no se ha pronunciado sobre si esta potestad constituye otra más de estas cuestiones fácticas.

A falta de un pronunciamiento expreso por parte de las cortes ecuatorianas, que dejen claro si el ejercicio determinativo del quantum es o no una cuestión de hecho, se remite brevemente esta investigación —solo para efectos comparativos— a la jurisprudencia chilena y española. La comparación entre estos sistemas tiene sentido, no solo por compartir el sistema normativo de codificación, sino porque los tres —con sus respectivas diferencias<sup>61</sup>— han establecido que la revisión del quantum indemnizatorio por daño moral no puede revisarse en la vía casacional.

En el Código Civil chileno, comenta Diez Schwerter,<sup>62</sup> no existe una mención expresa como en el Código Civil ecuatoriano, que delegue la determinación del quantum a los jueces de instancia. Sin embargo, la potestad discrecional del juez tiene base en el 'principio de apreciación prudencial', que ha sido desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia del país<sup>63</sup> para que sea una facultad única de los jueces del fondo.

La ley civil española tampoco tiene una norma que explícitamente otorgue esta facultad a los jueces de instancia; no obstante, los tribunales de este país han emitido jurisprudencia del tema desde el año 1912<sup>64</sup>, por lo que su extenso desarrollo jurisprudencial, permitió que el Tribunal Supremo Español establezca como regla general, reservar la potestad discrecional para los jueces de instancia únicamente<sup>65</sup>.

---

<sup>59</sup> Sentencia No.116-13-SEP-CC, Caso No. 0485-12-EP, Corte Constitucional del Ecuador, 11 de diciembre de 2013, pág. 11.

<sup>60</sup> Alex Shiguango c. Polico Jorge Shiguango, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, 13 de diciembre de 2011, considerando quinto. Recuperado de LexisFinder.

<sup>61</sup> Ver, Álvaro Mejía Salazar, “La oralidad y los recursos en el proceso civil español y ecuatoriano”, 470-475. Y Carlos del Río Ferretti, “La Casación Civil: El Desafío de la Correcta Racionalización y *Iurisprudentia Novit Curia* en una futura reforma legal” *Revista Chilena de Derecho* 42, No. 2, 2015. 484-486. <https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v42n2/art05.pdf>

<sup>62</sup> José Luis Diez Schwerter, “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 (2005), 178-179. Disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/599/565>

<sup>63</sup> Domínguez Hidalgo, “Hacia una Uniformidad y Transparencia de la fijación del Quantum Indemnizatorio por Daño Moral”, 278-282.

<sup>64</sup> Söchting Herrera, “Criterios para determinar el indemnizatorio en el Daño Moral un estudio de la jurisprudencia española”, 52.

<sup>65</sup> Sentencia No.12/1998, Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, 08 de noviembre de 1998, pág.15.

Ahora, la jurisprudencia chilena reiteradamente ha señalado que “[...] la determinación del monto de una indemnización definitiva constituye una cuestión fáctica o, de hecho, y por lo tanto ella queda entregada a los jueces a cargo de la instancia”<sup>66</sup>. De la misma forma, el Tribunal Supremo de España comenta que el quantum de la indemnización por responsabilidad extrapatrimonial es una cuestión de hecho, y que por lo tanto no puede ser revisada en casación<sup>67</sup>.

Al parecer, lo que vuelve al ejercicio de esta facultad prudencial una cuestión de hecho, es que sea entregada exclusivamente a los jueces de instancia; pues se supone que el juzgador, al determinar prudencialmente el valor del daño, realizará una actividad *in iudicando*. Estos actos, son los que el juez desarrolla internamente; ese ejercicio lógico e intelectual sobre las pruebas practicadas, de las cuales resulta su juicio<sup>68</sup> y el monto que se mandará a pagar para reparar a la víctima.

Sin embargo, la apreciación lógica e intelectual que el juez debe realizar para determinar la indemnización de estos casos es muy particular, porque la naturaleza del artículo 2232 del Código Civil es muy abierta, y sin más manda al juez a aplicar su criterio discrecional para que, en base a los hechos y la prueba solamente, funde su juicio sobre el monto que mandará a pagar al demandado. Como explica Henke, “cuando el juez no podría atenerse a ningún modulo seguro, no habría aquí una cuestión de derecho, sino tan solo una cuestión de discrecionalidad”<sup>69</sup>.

Si hay algo que está clarísimo sobre la potestad de cuantificar las indemnizaciones por daños inmateriales, es que es una facultad discrecional del juez. En base a lo que se acaba de exponer, no cabe duda de que en el sistema ecuatoriano esta potestad es también una cuestión de hecho. Constatado este punto, se puede pasar a analizar las dos posiciones que la doctrina ha previsto sobre la revisión de las cuestiones de hecho en el recurso de casación.

---

<sup>66</sup> Fallo No. 3.276-2004, Corte Suprema de la República de Chile, Tercera Sala, 29 de marzo de 2005, considerando 12.

<sup>67</sup> Sentencia No. 374/2002, Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil, 19 de abril de 2002, considerando tercero.

<sup>68</sup> Piero Calamandrei, *La casación civil*, 33-35.

<sup>69</sup> Eberhard Henke, *La cuestión de hecho*, 16-17.

## **7. Posiciones doctrinales sobre la revisión de los hechos en el recurso de casación:**

### **7.1. Visión clásica:**

La primera posición sostiene la priorización de los fines públicos sobre el interés privado del recurrente, y a partir de eso, que no es conveniente que el tribunal de casación revise nuevamente las cuestiones de *facto*. Esto debido a que se correría el riesgo de transformar el recurso en una tercera instancia<sup>70</sup>, lo que implicaría una desnaturalización del recurso, según Taruffo<sup>71</sup>.

Posicionar las dos finalidades públicas sobre el interés del recurrente, da a entender que a la corte de casación poco le va a importar las particularidades del caso, o como dice Morello, ya que la casación esta hermanada con la ley y no con los hechos, prueba, o lógica del razonamiento de los mismos, no le interesará la suerte o exactitud de ninguno<sup>72</sup>. Significa que, bajo esta tesis, a la corte de casación le importará mucho más la constatación de la infracción al derecho objetivo, dejando intacta la discusión sobre la materia litigiosa y la valoración de los hechos o pruebas actuadas en las instancias<sup>73</sup>.

Como ya se aclaró, las cortes de casación no fueron creadas para hacer lo mismo que los jueces de instancia, sino para que realicen un control sobre las actividades de los mismos, de tal manera que administrar justicia para los particulares, es labor exclusiva de los tribunales ordinarios<sup>74</sup>.

En este sentido, la Corte Nacional de Justicia ha expresado que cuando se activa la competencia del tribunal de segunda instancia, se abre la posibilidad de “un nuevo examen del material fáctico y probatorio incorporado en la primera instancia”<sup>75</sup> para analizar nuevamente el acierto de la resolución impugnada, tomándose todavía en cuenta las pretensiones de origen.

---

<sup>70</sup> Anabel Emmanuella Medina Díaz, “El recurso de casación en infracciones sobre normas aplicables a la valoración de la prueba”, (Tesis de Maestría: Universidad Simon Bolívar, 2019), 64. Disponible en <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/6873>

<sup>71</sup> Michele Taruffo, “La Corte di Cassazione, tra legittimità e merito”, 378-379. Citado por Sergi Guasch Fernández, “El Hecho y Derecho de la Casación civil”, 403-404.

<sup>72</sup> Augusto Morello, *La casación un modelo intermedio eficiente* (Buenos Aires: Editora Platense, 2000), 9-10.

<sup>73</sup> Álvaro Renato Mejía “La Oralidad y Los Recursos En El Proceso Civil Español y Ecuatoriano” Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2018), 398.

<sup>74</sup> Andrade Ubidia, *La Casación Civil en el Ecuador, doctrina, análisis de la ley, su aplicación por las Salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, posibles reformas*, 15-17.

<sup>75</sup> Resolución No. 0098-2014, Corte Nacional de Justicia, Sala de los Civil y Mercantil, 22 de mayo de 2014, apartado séptimo.

Es decir, y como cita Calamandrei a la ordenanza procesal alemana, la corte de apelación ya declara la veracidad o falsedad de las afirmaciones de hecho, y esta declaración forma estado para el tribunal de revisión<sup>76</sup>. Esto permite que los jueces del recurso, ya no se preocupen por la probidad de los elementos subjetivos del caso, sino darlos por entendido y concentrarse en revisar la correcta aplicación del imperativo jurídico.

En defensa de esta posición, Calamandrei añade que las cuestiones de hecho tienen que excluirse por completo del examen de la corte de casación, porque su resolución no producirá jamás una afirmación general que pueda ser aplicada a otras situaciones semejantes. La naturaleza singular que depende de cada relación controvertida es completamente opuesta a las cuestiones de derecho que sí son capaces de darle a una norma un significado común para relaciones equivalentes<sup>77</sup>.

Otro autor que se acoge a esta tesis es Guzmán Fluja, quien considera que el control de las cortes de casación solo se reduce a una exclusiva línea de aplicación e interpretación uniforme de las normas jurídicas, quedando vedada cualquier posibilidad del control que se refiera a la constatación o valoración de los hechos, pues ponen en peligro la finalidad unificadora<sup>78</sup>. En el mismo sentido, Taruffo comenta que la defensa del derecho objetivo se tiene que reducir a la uniforme interpretación de la ley, pero de una forma abstracta, sin entrar a revisar aspectos del caso específico<sup>79</sup>.

Todas estas ideas concuerdan con el método lógico, el cual establece como criterio diferenciador y limitante del examen del hecho en casación, a la naturaleza misma de los conceptos que aplica el juez. Es decir, cuestión de derecho será la que subsumió en función de un concepto jurídico, por ejemplo, el hecho ilícito; por ende, casacionable. Y cuestión de hecho, cuando el juzgador se sirve de un concepto natural o pre-jurídico, que será, por ejemplo, que llovía torrencialmente el momento en que el accidente ocurrió<sup>80</sup>; este no será casacionable.

---

<sup>76</sup> Calamandrei, *La Casación Civil*, 256-258.

<sup>77</sup> *Id.*, 79 -80.

<sup>78</sup> Guzmán Fluja, "El recurso de casación civil" (Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996), 73. Citado en Sergi Guasch Fernández, "El Hecho y Derecho de la Casación civil", 403.

<sup>79</sup> Michele Taruffo, "La Corte di Cassazione, tra legittimità e merito", 378-379. Citado por Sergi Guasch Fernández, "El Hecho y Derecho de la Casación civil", 403-404.

<sup>80</sup> Eberhard Henke, *La cuestión de hecho*, 16-24.

Ahora, el riesgo que prevé la visión clásica sobre la conversión del recurso de casación en una tercera instancia tiene sentido bajo el entendido de que impugnar la decisión de segunda instancia ya no genera una instancia nueva, sino que la revisión del fallo está sujeto al sistema cerrado de causales taxativas<sup>81</sup> y la prohibición del examen detallado de los hechos. Además que en Ecuador ya se tuvo vigente la tercera instancia, no obstante, fue derogada por la Ley de Casación en el año 1993<sup>82</sup>.

Por lo que la intromisión en estos aspectos generaría el riesgo de que el tribunal *ad quem* inspeccionará “por tercera vez la cuestión y aportara su propia solución, actividad que no constituye el objetivo de este recurso”,<sup>83</sup> como ya se ha dejado claro. No obstante, para una comprensión más clara del mencionado sistema, se puede apreciar en el siguiente gráfico una comparación entre el recurso de casación y la tercera instancia, el cual ilustra las diferencias que existen entre ambos sistemas.

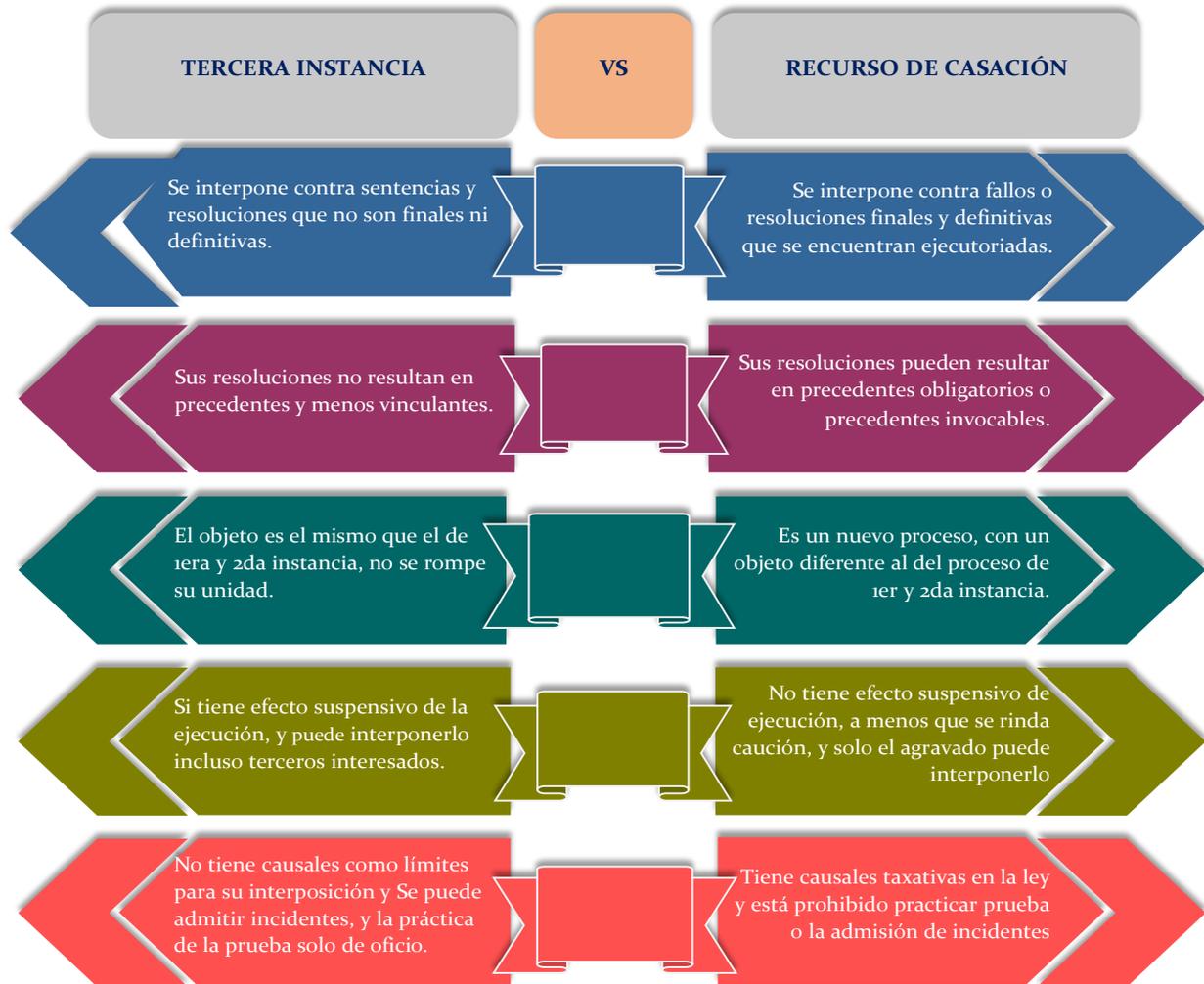
---

<sup>81</sup> Andrade Ubidia, *La Casación Civil en el Ecuador*, 46-47.

<sup>82</sup> Registro Oficial No. 192, “Ley de Casación” 18 de mayo de 1993, 2-4.

<sup>83</sup> Marcos Loredo Colunga, “Problemática Específica de la Casación” en *La Casación Civil: El ámbito de Recurso y su adecuación a los Fines Casacionales*, 184.

**Gráfico No. 1 comparación de sistemas de tercera instancia y recurso de casación**



Fuente: Elaboración a partir del libro de Santiago Andrade Ubidia<sup>84</sup>.

No obstante, aunque la objetividad normativa de las cuestiones de derecho genere normalmente situaciones de concurrente repetición, y considerando que las cuestiones de hecho pueden llegar a ser análogas, se debe pensar que nunca serán cien por ciento iguales. La visión clásica excluiría tajantemente la posibilidad de examinar el quantum indemnizatorio porque es una deducción subsuntiva en la cual la constatación del hecho y la apreciación de la norma aparecen entrelazadas<sup>85</sup>.

Cuando el juez del fondo conoce por primera vez una situación jurídica controvertida, realiza dos actividades: 1.- Los actos externos o *in procedendo*, y, 2.- Los actos lógicos o *in*

<sup>84</sup> Andrade Ubidia, *La Casación Civil en el Ecuador*, 40-44.

<sup>85</sup> Eberhard Henke, *La cuestión de hecho*, 16-17.

*iudicando*. Los primeros, relativos a la forma, no se abordarán, pues no tiene mayor importancia para efectos de la investigación. Los segundos, son los actos que el juez desarrolla internamente, esto es el ejercicio lógico e intelectual sobre las pruebas practicadas, de las cuales resultará su juicio y por último la sentencia<sup>86</sup>; son los relativos al fondo.

De estas actividades internas —que se deben regir por el precepto de juzgar conforme a derecho o *iura secundum ius*— se configura un silogismo lógico sobre los elementos fácticos y la norma jurídica aplicable. Estos buscarán la aplicación de la concreta voluntad de la ley, que se puede definir como el empate entre los hechos relevantes del caso concreto y la voluntad abstracta de la norma jurídica que se espera aplicar.

El juez que conoce un recurso de casación no buscará declarar la voluntad abstracta de una norma, o constatar la verdadera sucesión de los hechos controvertidos, sino controlar que el juez haya declarado en el fallo la concreta voluntad de la ley<sup>87</sup>. Son los hechos particulares de cada situación los que justifican que se aplique una norma determinada, pues hay que recordar que toda norma desde su promulgación tiene en cuenta hechos explícitos o realidades sociales que el legislador prevé<sup>88</sup> como la voluntad abstracta de la norma, la cual, si encaja con las circunstancias fácticas del caso concreto, se aplicará.

Es verdad que durante un proceso el hecho y el derecho asumen un rol diferente; sin embargo, cuando el juez del fondo realiza las actividades *in iudicando*, ambas cuestiones terminan entrelazándose, pues la norma jurídica tiene que ser definida e interpretada en función al hecho que regula, y correlativamente el hecho será justificado en función de la norma que lo rige<sup>89</sup>.

## **7.2 La Visión flexible sobre el control de los hechos en casación:**

Esta posición considera que la observación de la finalidad dikológica no tiene que descuidarse por atender a las finalidades de interés público, pues la unificación jurisprudencial puede cumplirse mucho mejor si se complementa con la justicia del caso concreto; por tal razón se estructura en el método teleológico de Henke, que considera que la

---

<sup>86</sup> Piero Calamandrei, *La casación civil*, 33-35.

<sup>87</sup> *Id.*, 34-41

<sup>88</sup> Guasch Fernández, *El Hecho y el Derecho en la Casación Civil*, 186.

<sup>89</sup> *Id.*, 186.

constatación de los hechos y la aplicación de la norma jurídica son actividades inseparables<sup>90</sup>, cuando han sido incorporadas al mismo batido procesal<sup>91</sup>.

La inseparabilidad de estas cuestiones se origina cuando un juez percibe todo el material probatorio del proceso y selecciona solo los hechos que tendrán relevancia jurídica; realizándolo a partir de la norma jurídica determinada que previsiblemente deberá aplicar<sup>92</sup>. Sin embargo, la particularidad más interesante de este método es que usa la finalidad de unificación jurisprudencial como un criterio decisivo para determinar los límites de la admisibilidad del recurso de casación<sup>93</sup>, relacionándola con la finalidad dikelógica.

La compatibilidad entre estas funciones ha sido estudiada por Guasch Fernández, quien considera que “[...] la finalidad de la casación es uniformadora en la medida en que va referida al caso concreto”<sup>94</sup>. La conexión entre ambas funciones empieza a partir de la importancia que tiene la unificación de los criterios jurisprudenciales.

Al respecto, Mejía Salazar comenta que, aunque exista una sola ley vigente en un Estado, no garantiza que no se generen muchas interpretaciones distintas para la misma ley. Por lo tanto, para que exista una única comprensión de la misma, será importante que se unifiquen su interpretación<sup>95</sup>. Esto no se podría lograr sin la ayuda de los recurrentes, pues como De la Plaza comenta:

El particular que recurre estimulado por su propio interés se convierte, casi sin darse cuenta, en un instrumento de la utilidad colectiva del Estado, el cual, a cambio del servicio que el recurrente presta a la consecución de un interés público superior, encuentra en la sentencia basada en un error de Derecho, la posibilidad de obtener una nueva resolución favorable a su interés individual<sup>96</sup>.

Asimismo, Chiarnoli considera que si se espera que la uniformidad de la interpretación de la ley sea auténtica, es necesario “el examen de la legalidad-justicia del caso singular, a través de la atenta consideración-calificación del hecho tal y como ha sido fijado por el juez *ad quo*”<sup>97</sup>.

---

<sup>90</sup> Eberhard Henke, *La cuestión de hecho*, 21.

<sup>91</sup> Anabel Emmanuella Medina Díaz, “El recurso de casación en infracciones sobre normas aplicables a la valoración de la prueba”, 64.

<sup>92</sup> Eberhard Henke, *La cuestión de hecho*, 21-22.

<sup>93</sup> *Id.*, 15.

<sup>94</sup> Guasch Fernández, *El Hecho y el Derecho en la Casación Civil*, 408.

<sup>95</sup> Mejía Salazar, “La oralidad y los recursos en el proceso civil español y ecuatoriano”, 529.

<sup>96</sup> Manuel de la plaza, *La casación civil*, (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1944), 34.

<sup>97</sup> Sergio Chiarloni, “La Cassazione e le norme”, *Rivista di Diritto Procesuale* 4, (1990), 992. Citado por Guasch Fernández, *El Hecho y el Derecho en la Casación Civil*, 404 – 405.

Ya que cada acción que busca una reparación por daño moral no puede ser guiada por criterios objetivos y matemáticos en el sistema ecuatoriano, pues no se han señalado todavía “parámetros definidos para establecer las reparaciones de carácter integral, la ponderación de los daños y los efectos resarcitorios”<sup>98</sup>, se puede pensar que se generarán criterios diferentes en función del daño que se indemnice, siendo obvia la necesidad de unificación, pero imposible de lograr sin revisar cada caso concreto.

Sin embargo, la idea de que la corte de casación revise la integralidad de cada caso, es muy irreal. Al tener un número limitado de jueces, el sistema no está en condiciones de prestarle atención al interés del recurrente y a la unificación de la jurisprudencia, al mismo tiempo. Mientras más atención les ponga el sistema a las pretensiones originarias de las partes, menos logrará —por la acumulación de trabajo— cumplir con el fin de unificación<sup>99</sup>.

No obstante, que se realice este trabajo unificador permitirá que los jueces —en observancia de los principios de seguridad jurídica e igualdad ante la ley<sup>100</sup>— generen jurisprudencia que establezca reglas de conducta para las partes y pautas que guíen a los jueces de instancia<sup>101</sup>. Entonces, ¿Cómo se puede hacer para conseguir estos criterios-guías que ayudarán a cuantificar un monto reparatorio?

Para empezar, en el camino hacia los criterios que guíen a los tribunales ordinarios para determinar daños inmateriales futuros, no se puede pensar que atender a la finalidad privada de las partes traerá consecuencias negativas para las finalidades públicas. En realidad, la complementación que sugiere Sergi<sup>102</sup>, entre la unificación jurisprudencial y la finalidad que protege el interés privado del recurrente, es la premisa para entender lo que Schwinge llama carácter de pauta<sup>103</sup>.

El carácter de pauta es una fracción de la sentencia que puede servir como modelo para fallos que tengan parámetros parecidos. Sin contradecir a Calamandrei, Taruffo y Guzmán Fluja respecto que las cuestiones de hecho tienen un carácter demasiado particular

---

<sup>98</sup> Resolución No. 0496-2018, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, 26 de junio de 2018, párr. Octavo.

<sup>99</sup> Eberhard Henke, *La cuestión de hecho*, 22-23.

<sup>100</sup> Ver, Guasch Fernández, “El control casacional: el hecho y el derecho”, en *El Hecho y el Derecho en la Casación Civil*, 166-171.

<sup>101</sup> Eberhard Henke, *La cuestión de hecho*, 23.

<sup>102</sup> Guasch Fernández, *El Hecho y el Derecho en la Casación Civil*, 408.

<sup>103</sup> Eberhard Henke, *La cuestión de hecho*, 22-23.

para generar validez general, es cierto también que existen situaciones que en su conjunto pueden repetirse en la realidad más de una vez.

Por ejemplo, en un campamento vacacional llamado Chippewa, uno de los niños, Robertito de diez años, sufrió una lesión permanente causada por un accidente donde los niños jugaban saltando en las literas de sus cabañas durante la noche. Se demanda a los tutores a cargo del campamento por faltar a su deber de vigilancia, al dejar de realizar rondas fuera de las horas regulares y se determina una indemnización de \$100.000 dólares por concepto de daño por pérdidas de los placeres de la vida.

En este ejemplo, queda claro que el caso de Robertito es único, empezando por la individualidad del sujeto y los aspectos personales que lo rodean. Sin embargo, el carácter de pauta no tiene que entenderse en un sentido de completa igualdad entre los cuadros fácticos, sino solamente entre ciertas circunstancias jurídicamente relevantes comprendidas en los diversos fallos que se relaciona con los criterios de comparabilidad y repetibilidad que Henke menciona<sup>104</sup>.

Aunque el cuadro fáctico del caso de Robertito no se volverá a producir en la realidad, sí pueden volverse a producir cuestiones de hecho que sean análogas con el caso del campamento Chippewa; como podría ser que se dé el accidente en un campamento, que podría asemejarse al de un accidente en un paseo escolar; o sobre cuestiones fácticas más personales, como la edad del niño, que ya no sea de 10 sino de 14 años. Lo mismo con las condiciones socioeconómicas del niño, que podría ser otro criterio que se obtuvo de un caso específico, pero que tiene una carga de generalidad útil.

El carácter de pauta podría incluso funcionar como la aplicación de una fórmula lógica, en donde se encierran las circunstancias jurídicamente relevantes: A y B en una fórmula general, que con el tiempo se volvería una regla, aplicable a todos los casos que reúnan los elementos A y B, dejándose fuera del control casacional los casos atípicos<sup>105</sup>. Henke lo llama 'manejo concreto general' del recurso de casación, basado en la idea de que el caso concreto debería tener, si no una pauta siempre, por lo menos un efecto ejemplificador<sup>106</sup>.

---

<sup>104</sup> Eberhard Henke, *La cuestión de hecho*, 24-25.

<sup>105</sup> *Id.*, 25-26.

<sup>106</sup> *Id.*, 25-26

Ahora, para esclarecer a qué visión se apega más el sistema de casación ecuatoriano, es preciso establecer tres puntos claves. El primero, tiene que ver con la clasificación que obedece a los límites del recurso de casación en la valoración de los hechos<sup>107</sup>, que se divide en tres tipos: 1.- sistema puro, 2.- sistema impuro, 3.- sistema ecléctico o mixto.

El sistema puro es el que no admite la valoración de los hechos en casación en ninguna circunstancia; el impuro por otro lado, admite el examen de los hechos sin ningún limitante. Y el ecléctico, que parece más una excepción para valorar los hechos en el sistema puro, es el que admite la revisión de los hechos solo excepcionalmente cuando se ha producido una violación indirecta de la norma sustantiva<sup>108</sup>.

Aunque existen opiniones que consideran que el sistema de casación en Ecuador podría pertenecer al sistema ecléctico, como por ejemplo la opinión de Macías Hurtado<sup>109</sup>; Andrade Ubidia deja muy claro —explicando la diferencia entre la revisión de la prueba y la revisión de las normas relativas a la valoración de la prueba— que la casación ecuatoriana responde al sistema puro, pues se aceptan los errores relativos a las normas de valoración probatoria cuando hayan causado una trasgresión a la norma jurídica sustantiva; sin alterar el criterio de los hechos que estableció el juez del fondo<sup>110</sup>.

Como segundo punto, y tomando nuevamente las enseñanzas de Andrade Ubidia<sup>111</sup>, la casación civil ecuatoriana también busca la satisfacción de las tres finalidades antes mencionadas. Sobre la finalidad dikelógica, comenta este autor que es un interés de naturaleza privada 'adicional' a las finalidades públicas de la casación, mientras que la defensa del derecho objetivo y la unificación jurisprudencial constituyen los fines primordiales del recurso, que parece apearse a una de las premisas de la visión clásica.

No obstante, más adelante Andrade Ubidia reconoce también que para los recurrentes, la finalidad dikelógica constituye la función más importante, pues se concentra en la solución de sus intereses particulares, lo cual es legítimo, y por lo tanto “no se debe sacrificar para atender exclusivamente a las finalidades de naturaleza pública”<sup>112</sup>. Y como

---

<sup>107</sup> Anabel Emmanuella Medina Díaz, “El recurso de casación en infracciones sobre normas aplicables a la valoración de la prueba”, 27.

<sup>108</sup> *Id.*, 30.

<sup>109</sup> Ver, Miguel Macías Hurtado, “Lineamientos generales de la casación”, en *La casación: Estudios sobre la Ley No. 27* (Quito: Corporación Editora Nacional, 1994), 28-29.

<sup>110</sup> Santiago Andrade U., *La casación civil en el Ecuador*, 150-151.

<sup>111</sup> *Id.*, 34-35.

<sup>112</sup> *Id.*, 34-35.

último punto, en el cuarto párrafo del artículo 270 del Código Orgánico General de Procesos se establece que, cuando lo que se pretende es evidentemente la revisión de la prueba”<sup>113</sup>, el recurso de casación no procederá.

Aclarados estos tres puntos, en principio parecería que la casación ecuatoriana esta más conectada con la visión clásica. Sin embargo, es el mismo Andrade Ubidia que explica que no se tiene que sacrificar el interés particular del recurrente, para atender las otras finalidades de orden público.

Por lo tanto, la visión más flexible no estaría por completo descartada de ser observada por el sistema de casación ecuatoriano, pues en realidad esta visión no busca dejar de proteger el derecho objetivo, o dejar de unificar criterios jurisprudenciales, sino que siendo inseparables en algunos casos las cuestiones de hecho y de derecho, se reconozca la utilidad que puede tener el caso concreto para cumplir con la finalidad unificadora.

Es Hitters, quien plantea una finalidad casacional común, llamada funcionalidad trifásica, la cual mira a estos tres fines como complementarios, señalando que es necesario que no se otorgue superioridad a ninguna función, pues hacerlo tiene consecuencias que perjudicarán al sistema casacional y a los particulares a la vez:

Claro está que estos tres “fines” deben funcionar [...] en forma subordinada y armoniosamente, sin prevalencia de uno sobre otros, para evitar que las elongaciones produzcan un excesivo formalismo (si se le da preeminencia a la función nomofiláctica), o una lisa y llana tercera instancia (si se le da prioridad a la función dikelógica), que no es aconsejable<sup>114</sup>.

Explicadas las dos visiones que ha establecido la doctrina sobre el examen de los hechos en casación, y analizadas en el contexto del recurso de casación ecuatoriano, es momento de referirse a la causal segunda del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, para explicar, como a partir de la motivación se podría revisar las cuestiones de hecho, sin convertir al recurso en una tercera instancia.

## **8. La Garantía de la motivación: como causal efectiva para revisar el quantum indemnizatorio.**

La motivación de la sentencia es un ejercicio intelectual, donde el juez manifiesta su percepción crítica, valorativa y lógica, que ha empleado sobre sus razonamientos de las

---

<sup>113</sup> Artículo 270, COGEP

<sup>114</sup> Juan Carlos Hitters, *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*, 182-183.

cuestiones de hecho y las de derecho<sup>115</sup>. En Ecuador, la motivación forma parte de las garantías jurisdiccionales que se dedican a asegurar el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa<sup>116</sup>, por lo cual se le ha dado rango constitucional.

El artículo 89 del Código Orgánico General de Procesos, establece que motivar implica la enunciación de las normas y principios que se aplicaron, junto con la explicación de su pertinencia para los hechos del caso<sup>117</sup>. En correlación a esta disposición, recientemente la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido un criterio rector —extraído del artículo 76.7.1 de la Constitución— para examinar si se ha vulnerado la garantía de la motivación.

Este criterio controla que se cumpla con la garantía de motivación, al verificar si las argumentaciones jurídicas que componen la motivación de la sentencia son suficientes. Para esto, tiene que contar con una estructura mínimamente completa que se integre por elementos de fundamentación normativa suficiente y fundamentación fáctica suficiente<sup>118</sup>. El concepto de suficiencia está subordinado al ‘estándar de suficiencia’; el cual determina que grado de desarrollo argumentativo deberá emplear el juzgador para la fundamentación fáctica y jurídica, que dependiendo del caso concreto será más o menos riguroso<sup>119</sup>.

Los elementos de fundamentación normativa suficientes<sup>120</sup> implican la enunciación y justificación de la aplicación de las normas y principios jurídicos en que se fundamentó su juicio; también la justificación de por qué se subsumieron a los hechos del caso concreto. Por otro lado, los de fundamentación fáctica suficientes<sup>121</sup> deben justificar —al grado que le corresponda — los hechos probados en el caso, no basta con una enunciación del cuadro fáctico, sino con una explicación del análisis que realizó el juzgador sobre los hechos y las pruebas aportadas al proceso.

Cuando la motivación se dirige a el ejercicio de la potestad discrecional para justificar un monto compensatorio, por tratarse de una cuestión de hecho y una cuestión de discrecionalidad, el grado de desarrollo argumentativo que deberá emplear será alto, pues el

---

<sup>115</sup> Fernando de la Rúa, “Teoría General del Proceso”, 146.

<sup>116</sup> Artículo 76, numeral 7, literal 1, CR.

<sup>117</sup> Artículo 89, COGEP.

<sup>118</sup> Sentencia No. 1158-17-EP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 20 de octubre de 2021, párr. 60-61.

<sup>119</sup> *Id.*, 64.1.

<sup>120</sup> *Id.*, 61.1.

<sup>121</sup> Sentencia No. 1320-13-EP/20, Corte Constitucional del Ecuador, 27 de mayo de 2020, párr. 47.

artículo 2232 de Código Civil que se aplica cuando el juez hace uso de la potestad discrecional, solo lo manda a usar su prudencia para cuantificar un monto de reparación, dejándolo valorar los hechos y las pruebas de daño atendiendo solo a criterios subjetivos como la gravedad del caso, las circunstancias sociales y económicas, entre otras<sup>122</sup>.

No obstante, como comenta Söchting Herrera en la práctica no siempre pueden hacerlo, ya que en muchos casos al juez le consta la existencia de los daños morales, pero no alcanza a expresar en el fallo los parámetros y motivos que lo guían a una determinada indemnización, tampoco las razones que tiene para otorgar una cantidad y no otra. Cuando esto sucede, la sentencia será irracional pues es incomprensible para las partes y para el tribunal de casación<sup>123</sup>.

Un ejemplo más cercano a la legislación ecuatoriana es el caso de Florencio Andrade contra CONELEC<sup>124</sup>. En este caso, el Tribunal Contencioso Administrativo fijó una indemnización de un millón de dólares a favor de Florencio Andrade Medina, que representaba a su hijo Juan Pablo Andrade, quien sufrió quemaduras de tercer grado que lo dejaron incapacitado en un 80%; provocado por acercarse a los cables de alta tensión que se encontraban a menos de un metro y medio del balcón donde jugaba, y sin el recubrimiento del material que aísla la electricidad del cable.

Ante esto, CONELEC interpuso un recurso de casación en base a la causal relativa a la falta de motivación; alegando que entre los vicios que configuraban esta causal, estaban la imposibilidad de apreciar argumentos fácticos o jurídicos para determinar qué parte de la indemnización corresponde a los daños materiales y qué parte a los inmateriales; lo que la doctrina conoce como las indemnizaciones de globo<sup>125</sup>.

Alegó también la falta de expresar cual es la importancia de cada uno de los criterios de cuantificación enunciados en el valor de la condena. Como consecuencia de esto, el tribunal *ad quem* resolvió que el fallo no esta adecuadamente motivado, admitiendo la acusación formulada por el recurrente.

---

<sup>122</sup> Juicio No. 09332-2017-09651, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 17 de mayo de 2019, cuarto apartado.

<sup>123</sup> Andrés Söchting Herrera, “Criterios para determinar el indemnizatorio en el Daño Moral un estudio de la jurisprudencia española”, 77.

<sup>124</sup> Florencio Andrade c. CONELEC, Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, 11 de abril de 2007, párr. Tercero y Cuarto.

<sup>125</sup> Andrés Söchting Herrera, “Criterios para determinar el indemnizatorio en el Daño Moral un estudio de la jurisprudencia española”, 53.

De lo expuesto se puede ultimar que la motivación del quantum indemnizatorio puede llegar a ser, antes que una solución, otro problema que deviene de la potestad discrecional de los tribunales de instancia, pues no se puede negar que explicar como se valoró un daño imperceptible es una labor compleja y demandante.

Sin embargo, que la complejidad de estos casos haga difícil cumplir con la garantía de motivación no es una excusa para realizar motivaciones aparentes<sup>126</sup>, pues en un estado que se hace llamar constitucional de derechos “la legitimidad de las decisiones estatales no depende solo de quién las toma, sino también del porqué se lo hace”<sup>127</sup>. Por lo que todo órgano que ejerza uno de los poderes públicos tiene el deber de fundamentar racionalmente sus decisiones.

Se preguntará el lector; si la motivación es un problema más que deviene del ejercicio de la potestad discrecional, al fijar el quantum de reparación, ¿Cómo podría ser la solución para que el tribunal de casación revise ese quantum? La respuesta esta en el nuevo criterio rector que la Corte Constitucional ha configurado, específicamente en los elementos normativos y fácticos que requieren componer su estructura.

Si algo queda claro en este punto de la investigación, es que un examen ilimitado de los hechos y prueba es casación no es factible en el sistema ecuatoriano, no solo por lo que opina Andrade Ubidia sobre el sistema puro, sino porque la ley expresamente lo prohíbe en el artículo 270 del Código Orgánico General del Procesos<sup>128</sup>. Sin embargo, con la guía de este nuevo criterio rector, la Corte Nacional de Justicia tendrá que dedicarse a conocer los fundamentos normativos y fácticos cada que se interponga el recurso en la causal segunda del artículo 268 del COGEP.

Lo que significa que, para controlar el cumplimiento del requisito de motivación suficiente, tendrán que empaparse de las cuestiones de hecho y de derecho del caso concreto, de otra forma no podrá determinar si cumple con el grado de desarrollo argumentativo que, por las particularidades del caso el juez *ad quo* tenía que satisfacer. En consecuencia, si se presentaría ante la corte de casación un caso como el de Florencio Andrade y CONELEC, la

---

<sup>126</sup> Para profundizar en los vicios que contiene una motivación aparente *Ver*, Sentencia No. 1158-17-EP/21, Corte Constitucional de Ecuador, 20 de octubre de 2021, párr. 71-99.

<sup>127</sup> Sentencia No. 32-21-IN/21, Corte Constitucional del Ecuador, 11 de agosto de 2021, párr. 51.

<sup>128</sup> Artículo 270, COGEP.

corte simplemente tendría que sentarse a evaluar la integralidad del caso y determinar si la motivación es suficiente o no.

En la medida que el tribunal de casación estime que se ha cumplido con el requisito de motivación suficiente, podría incluir entre sus argumentos decisivos que los parámetros y las razones en las que el juez *ad quo* se basó para determinar el quantum indemnizatorio en este caso, han sido coherentes, lógicos y razonables<sup>129</sup>, por lo que podrían usarse como pautas para guiar la cuantificación en casos futuros que se parezcan esencialmente.

Finalmente, si el tribunal determina que la motivación no es suficiente, lo más adecuado es ir hacia el camino de la uniformidad jurisprudencial y seguir lo que la Corte Suprema de Justicia, en su momento reiteró en repetidos fallos:

[...] no puede entrar a analizar las pruebas aportadas al proceso y menos aún hacer una valoración distinta a la que ha llevado al Juez a-quo a estimar el valor de los daños sufridos en cierta cantidad de dinero<sup>130</sup>.

Criterio que la Corte Nacional de Justicia ha ignorado, como se puede apreciar en varios fallos<sup>131</sup>. Por lo que el tribunal de casación procederá a invalidar la sentencia, por faltar a la garantía de motivación, y mandar a las cortes de instancia para que vuelvan a empezar desde cero toda la valoración de los hechos y la prueba para determinar un nuevo quantum indemnizatorio.

## **9. Conclusiones:**

Revisada la doctrina, la jurisprudencia y la normativa relativa a la facultad discrecional de los jueces de instancia, se tiene como hallazgo que la determinación del quantum indemnizatorio es una cuestión de hecho, y por lo tanto no se puede volver a examinar y modificar por el tribunal de casación, ya que el sistema de casación ecuatoriano es parte del sistema puro, y el artículo 270 del Código Orgánico General de Procesos lo prohíbe expresamente.

---

<sup>129</sup> Andrés Söchting Herrera, “Criterios para determinar el indemnizatorio en el Daño Moral un estudio de la jurisprudencia española”, 82-83.

<sup>130</sup> Carlos Yépez c. Sonia Guerrón, Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, 02 de mayo del 2000, pág. 4.; Segundo Rodrigo Serrano c. Banco del Pichincha, Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, 29 de julio de 2002, considerando segundo; Félix Salame c. Filanbanco SA, Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, 14 de junio de 2002, párr. Séptimo y Octavo; entre otros.

<sup>131</sup> Como ejemplo se puede *Ver*, Juicio No. 17230-2016-06352, Corte Nacional de Justicia, Sala de los Civil y Mercantil, 23 de septiembre de 2019.; Juicio No. 171132014-1753, Corte Nacional de Justicia, 25 de julio de 2018.; Juicio No. 946-2009-SR, Corte Nacional de Justicia, Sala de los Civil y Mercantil, 13 de septiembre del 2012.

Se pudo ultimar también, que la institución casacional ecuatoriana tiene más apego a la posición clásica de la revisión de los hechos en casación, no solo por lo anunciado en el párrafo anterior, sino porque un reconocimiento ilimitado de los hechos supondría que el Ecuador regrese al sistema de tercera instancia, del que salió en el año 1998 tras la publicación de la Ley de Casación en el Registro Oficial No. 192.

No obstante, mediante la causal segunda del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, relativa a la falta de motivación en la sentencia, el tribunal de casación podrá emplear el control que le corresponde sobre la forma en la que el juez *ad quo* ejerció la potestad discrecional para fijar el quantum indemnizatorio, observando el criterio rector que instituyó la Corte Constitucional, sin necesidad de volver a valorar las pruebas y los hechos del caso concreto.

Considerando que el criterio rector estableció el estándar de suficiencia, el cual, dependiendo de cada caso particular, determinará que tan riguroso tiene que ser el juez *ad quo* en la fundamentación fáctica y normativa, para que los jueces de casación puedan controlar esa rigurosidad tendrán que conocer el caso integralmente. Esto a la vez, abre una puerta para que la posición flexible de la revisión de los hechos entre a generar pautas que guíen a los jueces en el futuro y logren llegar a la unificación jurisprudencial respecto al uso de la potestad discrecional para determinar el quantum indemnizatorio.

Una de las limitaciones que se tuvo al desarrollar esta investigación fue la variedad de resoluciones que la Corte Nacional ha establecido alrededor del artículo 2232 del Código Civil, pues existen todo tipo de casos en donde se cuantifica el daño moral; no obstante, la corte no es clara en sus resoluciones sobre los fundamentos jurídicos en los que se basan para cuantificar los daños.

Al haber sido tan inentendibles se decidió recurrir a los fallos de la Corte Suprema de Justicia exclusivamente, usando las decisiones de la Corte Nacional solo para ubicar referencias a conceptos determinados, como la reparación integral, o el reconocimiento de la inexistencia de parámetros jurisprudenciales objetivos para cuantificar las indemnizaciones.

Por último, se tiene que sugerir para futuras investigaciones que se profundice en el alcance que tendrá este nuevo criterio para verificar vicios en la motivación, en especial para las decisiones que cuantifiquen daños morales, pues como se anunció la rigurosidad del desarrollo argumentativo dependerá de la complejidad del caso concreto, pero al ser cada

caso diferente se tendrá que tener cuidado al fijar un determinado grado de rigurosidad, de lo contrario se podría atacar a la uniformidad jurisprudencial, y los principios de igualdad y seguridad jurídica a la vez.