



**JUEZA PONENTE: DRA. MARÍA DEL CARMEN ESPINOZA VALDIVIEZO**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.-** Quito, a 21 de agosto de 2012, las 08h20'.

**VISTOS:**Practicado el resorteo de causas e integrado legalmente este Tribunal, conocemos el proceso en nuestra calidad de Jueces de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia.

**ANTECEDENTES.-**Sube el proceso en virtud del recurso de casación que interpone la actora Jenny Patricia Suástegui Villavicencio contra la sentencia proferida por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha el 1 de septiembre de 2009, las 10h36, misma que confirma el fallo dictado por el Juzgado Quinto de lo Civil de Pichincha, el 24 de marzo de 2009, las 15h51, que desecha la demanda de divorcio propuesta por la ahora recurrente contra Luis Eduardo Cadena Albuja. Inconforme con lo resuelto, la actora interpone recurso de casación que ha sido admitido por la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia el 27 de mayo de 2010, las 10h30. Para resolver, se considera:

**1. COMPETENCIA.-** La competencia de esta Sala está asegurada en virtud de lo dispuesto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República, 172 en relación con el 189.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y artículo 1 de la Ley de Casación.

**2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.-**La casacionista alega como infringidas en la sentencia recurrida las normas contenidas en los artículos 110 causal 3 del Código Civil, 114, 115, 121, 122 y 131 del Código de Procedimiento Civil. Funda su recurso en la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, por errónea interpretación.

**3. CONSIDERACIONES ACERCA DEL RECURSO DE CASACIÓN.-**La casación es un medio de impugnación extraordinario y supremo cuyo objetivo fundamental es atacar la sentencia para invalidarla o anularla por



los vicios de fondo y forma de los que puede adolecer; proceso que se verifica a través de un cotejamiento riguroso y técnico de la sentencia con el ordenamiento jurídico vigente, para encontrar la procedencia o no de las causales invocadas. Actividad jurisdiccional confiada al más alto Tribunal de la Justicia Ordinaria, que en el ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad, lo que busca es garantizar la defensa del derecho objetivo en aras de la seguridad jurídica, pilar fundamental en el que se cimenta el Estado Constitucional de derechos y justicia; la igualdad de los ciudadanos ante la ley, así como la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración.

**4. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS.**-La recurrente acusa errónea interpretación de los artículos 114, 115, 121, 122 y 131 del Código de Procedimiento Civil, *“...y con ello se ha inaplicado el art. 110 causal 3 a., del Código Civil, rechazándose l demanda.”*(sic).Arguye que *“Para comprobar el fundamento de la demanda la accionante solicitó la prueba de confesión judicial del demandado, el que no concurrió por lo que se le declaro confeso (sic), quedando a criterio del Juez dar a esta confesión tácita el valor de prueba según las circunstancias que hayan rodeado el acto.”*; y, que *“La confesión ficta sí es prueba plena y siendo prueba debió ser valorada conforme los Arts. 113 y 114 del Código de procedimiento civil, para aceptar la demanda de divorcio que propuse por la causal 3ª.,del Art. 110 del Código Civil.”* (sic). Al efecto, este Tribunal observa que: **1.** El Tribunal de instancia en el considerando Tercero del fallo impugnado dice: *“Siendo obligación de la accionante probar los asertos de la demanda, en el término de prueba abierto para el efecto, al mismo no aporta justificativo alguno que demuestre lo afirmado, circunstancia por la cual no es posible realizar pronunciamiento de ninguna clase.”*; **2.**La recurrente, al proponer su demanda lo hace con fundamento en la causal tercera del Art. 110 del Código Civil, esto es por injurias graves o actitud hostil; precisando que su cónyuge *“...en forma permanente y reiterada desde el día 28 de Diciembre del 2006, hasta la presente fecha, ha demostrado actitud hostil en mi contra, esto es, un comportamiento contrario o antagónico, representado por hechos enemistoso que lesionan mi susceptibilidad, convirtiéndose en mi enemigo gratuito y pese a mis reiterados deseos de mantener una vida matrimonial normal, y mi permanente lucha porque el matrimonio no se destruya, he recibido como respuesta actitud hostil, lamentablemente todo esfuerzo realizado*



por la compareciente resultó ser inútil, lo que demuestra un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial.” (sic); **3.** El demandado no comparece a juicio, por tanto se traba la litis con la negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; **4.** La actora, con el propósito de dar cumplimiento a la obligación establecida en el inciso primero del Art. 113 del Código de Procedimiento Civil, que dice: *“Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio; y que ha negado el reo.”*, solicita, dentro del término de prueba, señalar día y hora oportunos dentro de los cuales comparezca el demandado a rendir confesión judicial, de conformidad con el pliego de preguntas que acompaño en sobre cerrado (fs. 20 del cuaderno de primera instancia). Ante la falta de comparecencia del demandado a rendir su confesión judicial, pidió se vuelva a señalar nuevo día y hora para la práctica de la diligencia solicitada (fs. 22 ibídem); y, ante la falta de comparecencia del demandado, presentó petición de que se le declare confeso al tenor de las preguntas formuladas (fs. 23 ibídem), requerimiento que fue atendido por la Jueza de primer nivel en providencia de 23 de enero del 2009 (fs. 23 vta. ibídem), en la que además ordena agregar al proceso el pliego de preguntas, a cuyo tenor se declaró confeso al demandado; **5.** El inciso primero del Art. 131 del Código de Procedimiento Civil establece que: *“Si la persona llamada a confesar no compareciere, no obstante la prevención de que trata el artículo 127 o si compareciendo, se negare a prestar la confesión, o no quisiere responder, o lo hiciera de modo equívoco u oscuro, resistiéndose a explicarse con claridad, la juez o el juez podrá declararla confesa, quedando a su libre criterio, lo mismo que al de las juezas y jueces de segunda instancia, dar a esta confesión tácita el valor de prueba, según las circunstancias que hayan rodeado al acto.”*. La doctrina ha cuestionado con vehemencia el valor probatorio de la confesión ficta, preguntándose si ésta puede ser considerada prueba absoluta. Para esclarecer el tema, es necesario partir del concepto mismo de confesión. Martín Miguel Conveset, en su ensayo *“La confesión ficta es una prueba de carácter absoluto?”*, citando a LEGUISAMON, Héctor Eduardo (*“Lecciones de Derecho Procesal”*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 455 y ss.) y a PALACIO, Lino Enrique (*Manual de Derecho Procesal Civil I*, séptima ed. act., Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 532), dice de ella: *“...que es un medio de prueba judicial y provocado, consistente en la declaración que realiza una de las partes, mediante la cual reconoce la verdad de hechos personales o de conocimiento personal de aquél y pasados, que le son desfavorables y que benefician a la parte contraria.”*. Menciona además que *“...la*



*confesión debe versar sobre hechos y no sobre el derecho; y, que dichos hechos deben ser controvertidos entre las partes, verosímiles y no excluidos por la ley.”. La confesión puede ser expresa, cuando se concreta en la declaración que realiza un individuo, que tiene la calidad de parte procesal, sobre el interrogatorio que para el efecto presenta su contrario; y, tácita, la “...que simula la actividad propia de la confesión expresa. Por eso al momento de dictar sentencia el juez se halla facultado para tener por configurada la confesión tácita de cualquiera de las partes que citada con el debido apercibimiento dejare de comparecer a la audiencia fijada al efecto sin causa justificada, o habiendo concurrido se negase a contestar o lo hiciere de manera evasiva o manifestando no recordar el hecho y las circunstancias del caso hicieren inverosímil la respuesta.”(FALCON, Enrique, “Tratado de Derecho Procesal Civil”, Tomo III, RubinzalCulzoni, Santa Fe, 2006, p. 272). A la confesión tácita, se la conoce también como confesión ficta, que en definitiva, es“...la que deriva del apercibimiento que la ley impone al renuente frente al incumplimiento de una carga procesal...”(FERREYRA DE LA RUA, Angelina y NINI DE ZAPIOLA, María Victoria, “Distinta Eficacia de la Confesión”, artículo publicado en “El Mundo rinde homenaje al maestro Adolfo Alvarado Velloso”, p. 90). La confesión ficta, consecuentemente, se configura de dos maneras: La primera, cuando citada una de las partes, ha pedido de la otra, dejare de concurrir sin justa causa; y, la segunda, cuando compareciendo la parte citada, se rehusare a contestar o lo hiciere de manera evasiva, equívoca u oscura, negándose a explicarse con claridad. Inicialmente, los tratadistas del derecho han considerado que, a la luz de la norma que la contempla, ambos supuestos dejan a criterio del juez su valoración probatoria. “Durante algún tiempo en una posición conservadora se aprecia a la renuencia sólo como un indicio contrario al demandado. Es decir, se sostiene que la confesión ficta genera una presunción de tener por admitidos los hechos, pero es necesario contar con los elementos de juicio que avalen tal presunción, pues de esta forma no puede tener prioridad sobre lo negado expresa o tácitamente al contestar la demanda. Es menester en consecuencia contar con los elementos probatorios independientes;(...). Se señala que la ley no dice que la falta de contestación o las respuestas evasivas deban necesariamente ser tomadas como confesión, sino que «pueden ser apreciadas» en ese carácter; que esta forma verbal empleada por el legislador tiene por objeto dejar en libertad de valorar las respuestas del accionado de acuerdo con las circunstancias del caso, y a la prueba aportada al juicio por cada una de las partes. «Que si bien es cierto que la confesión ficta no es un elemento probatorio suficiente, ello no significa negar al tribunal la facultad de evaluar otros elementos de convicción que le autoricen a concluir que la negativa de aquél a absolver*



*posiciones obedece a un propósito manifiestamente obstruccionista en el proceso»; (...) complementariamente se señala que el juez debe analizar la «verosimilitud de la pretensión» esgrimida por el actor en su demanda potenciándola en su valor por la ausencia.»(Ob. Cit. P. 91). Sin embargo, existen otras posiciones, que contrarias a la expuesta, señalan que la falta de comparecencia o la renuencia a rendir la confesión solicitada y ordenada por el juez dentro de un proceso ha de tenerse como prueba plena en su contra, sin que se requiera la existencia de otros medios probatorios; así, se ha dicho que “Desde otra posición se destaca que debe darse prevalencia a la sanción legal y no requerir otros elementos corroborantes; esta aseveración encuentra fundamento en el principio de buena fe y lealtad procesal en sus nuevas formulaciones; que la carga procesal de declarar que involucra al demandado debe ser juzgada conjuntamente con los fines públicos del proceso judicial y que el trámite judicial significa aportes solidarios para la buena marcha del mismo.- A la luz de estos nuevos conceptos se distinguen dos hipótesis: a) cuando el demandado contesta la demanda y niega los hechos afirmados por el actor luego y no concurre a la audiencia de absolución de posiciones. b) Cuando el demandado no contesta la demanda pero niega los hechos en oportunidad de la absolución de posiciones” (ibídem). La división de criterios en la doctrina, ha suscitado que la jurisprudencia de los países que prevén normas como la contenida por nuestra Ley Adjetiva Civil, en el citado Art. 131 también presente posturas antagónicas. Sin embargo son relevantes las que le dan el carácter de medio de prueba, así en el referido artículo “Distinta Eficacia de la Confesión”, se refiere un precedente importante del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (Sala Civil y Comercial), que afirma “...que ante la ausencia de negativa categórica y particular del demandado –haya o no contestado la demanda-, los hechos afirmados por el actor deben presumirse ciertos, salvo que se presente inverosímiles o materialmente imposibles, según elementales reglas de experiencia asequibles para cualquier hombre común.”, mientras que, “Otra decisión trascendente en este sentido es la que señala que la absolución de posiciones, como medio probatorio debe apreciarse en su correlación con el resto de las pruebas atendiendo las circunstancias de la causa, pues de lo contrario se hará prevalecer la ficción sobre la realidad y la decisión podría alejarse de la verdad material.”(Ob. cit. P. 91 y 92). De lo dicho, se infiere que la confesión ficta no es prueba plena “*probatioprobattissima*”, puesto que corresponde al juzgador valorarla en relación **con el resto de la prueba actuada dentro del proceso** “...no es absoluta puesto que hay que hacerla valer en “armonía” con el resto de la prueba que se haya producido en la contienda judicial para, así, el magistrado valore las posiciones del pliego. (...) El juez tendrá que estimarlas conducentes*



*para tenerlas por confesas las posiciones en conjunto con las demás pruebas que se produzcan en la etapa probatoria. Por lo tanto, si hubiere alguna prueba que refute en sobremanera o solamente que convenza al magistrado de su valor, éste podría tenerlo por no confeso de las posiciones que estimare pertinentes.”(Martín Miguel Conveset, en su ensayo “La confesión ficta es una prueba de carácter absoluto?”). Es por ello que, en palabras del ya citado autor Martín Miguel Conveset, se puede concluir que: “Si bien es cierto que la confesión ficta no vincula al juez, no es menos cierto que la jurisprudencia y la doctrina, de manera pacífica, le otorgan una fuerte presunción de verdad que debe ser destruida por prueba en contrario; La incomparecencia injustificada, la negativa a responder o las respuestas notoriamente evasivas, hace que exista confesión ficta. Deben versar las posiciones sobre hechos personales del absolvente y no han de existir en el expediente pruebas que la contradigan, teniendo en cuenta las circunstancias de la causa; En el mismo orden de ideas lo explica Juan Manuel Conveset de la siguiente manera: ‘... la negativa a responder, o las respuestas evasivas, pueden, concorde con las circunstancias, producir los efectos de la confesión tácita, o configurar una presunción en contra del declarante...’ Es decir, que las posiciones absueltas en rebeldía son susceptibles de producir plena prueba, aunque no existan medios probatorios corroborantes, si sus conclusiones no resultan desvirtuadas por otros elementos de juicio que surjan de los autos”.(Ob. cit.).Consecuentemente, ateniéndose al tenor de la norma prevista en el Art. 131 del Código de Procedimiento Civil, así como también a la doctrina y a la jurisprudencia, en la especie, el Tribunal de instancia, estaba obligado a valorar la confesión ficta del demandado considerando para ello además de los otros medios de prueba actuados dentro del proceso las circunstancias en que se desarrolló la causa, en la que si bien el demandado fue citado en persona con la demanda de divorcio presentada en su contra (fs. 9 del cuaderno de primera instancia) no compareció a juicio, habiéndose trabado la litis con la negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, no actuó prueba alguna que desvirtúe las afirmaciones de la demandada y fue declarado confeso al tenor del interrogatorio presentado por la accionante, en el que entre otras cosas se le pregunta: “¿Diga el confesante cómo es verdad que Usted, en forma permanente y reiterada desde el día 28 de Diciembre del 2006, hasta la presente fecha ha demostrado actitud hostil en contra de la preguntante JENNY PATRICIA SUASTEGUI VILLAVICENCIO, esto es, un comportamiento contrario o antagónico, representado por hechos enemistosos que lesionan mi susceptibilidad, convirtiéndose en mi enemigo gratuito?”.*



**5. DECISIÓN:** Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia, integrado para resolver este caso, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, casa la sentencia dictada por Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha el 1 de septiembre del 2009, las 10H36y acepta la demanda, declarando disuelto el vínculo matrimonial que une a Jenny Patricia Suástegui Villavicencio con Luis Estuardo Cadena Albuja. Ejecutoriada esta resolución, en la etapa de ejecución confiérase copia certificada de la misma para que se subinscriba el divorcio en la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, en el Acta de Matrimonio No. 464, página 30, Tomo 4, del Año 1990, para lo que se deprecará a uno de los señores Jueces de lo Civil de Portoviejo, a fin de que notifique al señor Director del Registro Civil, Identificación y Cedulación de Portoviejo para que lo margine. En cuanto a la situación de la hija menor de edad María Angélica Cadena Suástegui, continuará bajo el cuidado y protección de su madre. Justificada la capacidad económica del padre, con el certificado de fs. 44 del cuaderno de primera instancia, se fija la pensión alimenticia de ochocientos cincuenta y seis dólares con setenta y seis centavos de los Estados Unidos de América (856,76) más los beneficios de ley, que se hará efectiva a partir de la ejecutoria de esta sentencia y será pagada por mesadas adelantadas y depositadas en el Juzgado Quinto de lo Civil de Pichincha hasta el día 5 de cada mes. A efectos de fortalecer los lazos familiares entre padre e hija, el padre podrá visitar a su hija María Angélica Cadena Suástegui en régimen abierto, previo acuerdo con la madre y la hija. En lo que respecta a la hija María Patricia Cadena Suástegui, al haber cumplido a esta fecha su mayoría de edad ha adquirido la capacidad jurídica para ejercer sus derechos por sí misma, si es que le asisten.- Sin costas ni honorarios que regular.- Actúe la Dra. Patricia Velasco Mesías, como Secretaria Relatora encargada en virtud de la Acción de Personal No. 384 DNP de 8 de febrero de 2012. Notifíquese y devuélvase. F) Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, JUEZ NACIONAL, Dra. Rocío Salgado Carpio, JUEZA NACIONAL y Dra. Patricia Velasco Mesías, SECRETARIA RELATORA (E), que certifica. f) Dra. Patricia Velasco Mesías, SECRETARIA RELATORA (E).



CERTIFICO:

Que las cinco (5) copias que anteceden son tomadas de sus actuaciones originales constantes en el juicio No. 112-2012 SDP (Recurso de Casación) que sigue JENNY SUASTEGUI VILLAVICENCIO contra LUIS CADENA ALBUJA. La razón que antecede no contiene enmendaduras ni borriones.- Quito, 21 de agosto de 2012.

Dra. Patricia Velasco Mesías  
SECRETARIA RELATORA ( E )