

Registro Oficial N° 551 --
Miércoles 18 de Marzo del 2009

No.135-2007

Juicio verbal sumario No. 75-2005, que por divorcio por causal sigue Eugenio Bigoni Cattaneo contra María Soledad Ordóñez Romero.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA TERCERA
SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, 24 de abril del 2007; a las 15h30.

VISTOS (juicio 75-2005): En virtud del recurso de hecho y por ende el de casación interpuesto por el Dr. José Gabriel Muñoz Guayasamín, en su calidad de procurador judicial del señor Eugenio Bigoni Cattaneo, respecto de la sentencia de mayoría expedida por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, expedida el 30 de septiembre del 2004; a las 08h05, dentro del juicio verbal sumario de divorcio por causal No. 63-2004, que sigue en contra de María Soledad Ordóñez Romero, se ha radicado la competencia en esta Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, luego del correspondiente sorteo de ley; la misma que mediante providencia de 12 de enero del 2006; a las 08h42, ha admitido a trámite el recurso de hecho y por consiguiente el de casación. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO.-** El Dr. José Gabriel Muñoz Guayasamín, en calidad de Procurador Judicial de Eugenio Bigoni Cattaneo, comparece ante el Juez de lo Civil de la ciudad de Cuenca y demanda que mediante sentencia de divorcio se disuelva el vínculo matrimonial que le une con la señora María Soledad Ordóñez Romero, manifestando en lo principal que se encuentra separado de su cónyuge desde el mes de enero de 1999, fecha en que abandonó en forma voluntaria el hogar conyugal, sin que haya vuelto a tener relaciones sexuales y conyugales. La demandada comparece a la audiencia de conciliación y contestación de la demanda, por intermedio de su procurador judicial, expresando que niega los fundamentos de la acción formulada toda vez que las relaciones derivadas del matrimonio se han mantenido inalterables, sobre todo dentro del plazo alegado por el actor y propone las siguientes excepciones: a) Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; y, b) Improcedencia de la acción "en los términos propuestos en la demanda. En primera instancia correspondió conocer el proceso al Juez Octavo de lo Civil del Azuay, quien en sentencia expedida el 11 de junio del 2004; a las 14h00, declaró sin lugar la demanda por no haberse justificado la causal alegada para el divorcio. En virtud del recurso de

apelación interpuesto por la parte actora, correspondió conocer este proceso judicial a la Primera Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, la misma que en fallo de mayoría de 30 de septiembre del 2004; a las 08h05, resolvió confirmar íntegramente la sentencia de primer nivel. **SEGUNDO.-** En el recurso de casación, que obra de fojas 9 a 14 del cuaderno de segundo nivel, el recurrente manifiesta que se han infringido las disposiciones legales contenidas en los artículos 81, 109, numeral 11 del Código Civil (actuales 81 y 110), así como los artículos 15, numeral segundo, 117, 169, 211, 277, 278 y 1062 del Código de Procedimiento Civil (actuales 14, y 113, 165, 207, 273, 274 y 1009). Fundamenta su recurso en las causales primera, tercera, cuarta y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación. **TERCERO.-** Al sustentar el recurso de casación, conforme lo ordenado por el numeral 4 del artículo 6 de la ley de la materia, en lo relativo a la causal primera, luego de señalar que la situación de abandono y separación por más de tres años se encuentra justificada en la causa, sin que el hecho de que haya retornado al Ecuador por unos días para asistir a la primera comunión de su hija, signifique el restablecimiento de las relaciones conyugales; que los ministros de mayoría del Tribunal ad quem incurren en un error de interpretación cuando consideran que los testimonios y otras pruebas aportadas se asimilan a la situación de una separación de los cónyuges y no al acto de abandono. Que siendo así el vicio en que se ha incurrido es el omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis.". De acuerdo con la doctrina esta causal comprende tres modos posibles de infracción: 1.- *Citra o minima petita*, cuando en el fallo se ha dejado de resolver sobre alguno de los puntos con que se trabó la litis. 2.- *Extra petita*, cuando en la sentencia se resuelve respecto de algún asunto que no fue sometido a juicio. 3.- Finalmente el vicio de *ultra petita*, que se produce cuando en el fallo se concede más allá de lo solicitado por las partes en la demanda o reconvención, según sea el caso. En la acusación del recurrente se dice: "que se ha dejado de resolver sobre lo pedido en la demanda", sin embargo, el fallo de primera instancia, desechó la demanda por no haberse demostrado la causal invocada por el actor para demandar el divorcio, el mismo que fue confirmado por el voto de mayoría del Tribunal de segunda instancia, lo cual significa que efectivamente hubo un pronunciamiento expreso del juzgador, aunque negativo, respecto de la pretensión del accionante; en consecuencia no se ha justificado esta causal; b) El recurrente también señala que se ha infringido lo dispuesto en los actuales artículos 273 y 274 del Código de Procedimiento Civil, normas que en su orden establecen: "La sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre que se trabó la litis y los incidentes que, originados durante el juicio, hubieren podido reservarse, sin causar gravamen a las partes, para resolverlos en ella."; y, "En las

sentencias y en los autos se decidirán con claridad los puntos que fueren materia de la resolución, fundándose en la ley y en los méritos del proceso; a falta de ley, en precedentes jurisprudenciales obligatorios, y en los principios de justicia universal", situación que configura la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, porque la sentencia de mayoría del Tribunal ad quem, no cumple con los requisitos previstos en las indicadas normas jurídicas. Al respecto se debe indicar que la primera de estas normas (Art. 273 CPC) se refiere a la obligación del Juez de resolver exclusivamente los puntos sobre los que se trabó la litis, disposición que se vincula a la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de la materia, situación que ya fue analizada. Por su parte, la segunda de estas disposiciones (Art. 274 CPC) se refiere a que las sentencias deben resolver con claridad el asunto o asuntos sometidos a juicio y sustentándose en la ley, requisitos que están presentes en el fallo de mayoría de la Primera Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, toda vez que, aún cuando el recurrente no comparta esa resolución judicial, aquella es clara y está fundamentada en los artículos 109, numeral 11 del Código Civil (actual 110) y 117 y 119 (actuales 113 y 115) del Código de Procedimiento Civil; en tal virtud igualmente se desecha este cargo.

QUINTO.- En lo relativo a la acusación de violación de normas de valoración de la prueba, establecida en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, esto es: "3ra. aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto recurrido."; este Tribunal de Casación considera que esta causal, según la doctrina, es de violación indirecta, toda vez que para su procedencia se requiere no solamente demostrar la existencia de alguno de los tres vicios en la aplicación de la disposición legal sobre valoración de la prueba, sino que además, como consecuencia de esta primera infracción, se haya producido también la violación de una norma de derecho, por equivocada aplicación o no aplicación. En el presente caso, el recurrente si bien señala algunas disposiciones relativas a la prueba y su valoración, no concreta la causal al relacionarlas con la violación de la norma de derecho, situación que impide a esta Sala determinar si efectivamente existe el cargo imputado respecto de la sentencia de mayoría del Tribunal ad quem.

SEXTO.- Finalmente corresponde analizar el cargo relativo a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación. El recurrente acusa la violación de dos normas de derecho; en primer término la indebida aplicación de la norma contenida en el artículo 81 del Código Civil, que define al matrimonio civil como el contrato solemne entre hombre y mujer que se unen con el propósito de vivir juntos, procrear y

auxiliarse mutuamente; y en segundo lugar la errónea interpretación del actual artículo 110 numeral 11 del mismo código, que establece como causal de divorcio el abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge, por más de un año ininterrumpidamente y que si tal abandono hubiere durado más de tres años, el divorcio podrá ser demandado por cualquiera de los cónyuges. El primero de los cargos se lo desecha por cuanto el Tribunal ad quem en su fallo de mayoría no aplicó la norma del artículo 81 del Código Civil, entonces no es posible que haya incurrido en "aplicación indebida", error al que alude el recurrente cuando dice que: "... *no obstante entender correctamente la norma la subsume en situaciones tácticas diferentes de las contempladas en ella...*".

Respecto del segundo cargo, la sentencia de mayoría de la Primera Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, al analizar la causal de divorcio en la que sustentó el actor su demanda, consideró que aquella no se ha justificado, pues, según dicen, la prueba en su conjunto se asimila a separación más no a abandono, que es ajeno a la causal invocada. Sobre este particular se debe señalar que la separación de los cónyuges en el matrimonio es un hecho que se produce por circunstancias ajenas a la voluntad de aquellos de permanecer juntos, ya sea por motivos económicos y de trabajo, como en el caso de los migrantes o porque uno de ellos debe ausentarse del país para realizar estudios de especialización por cierto tiempo, por ejemplo; en estos casos el ánimo de los cónyuges de conservar el vínculo matrimonial se mantiene incólume, permaneciendo los lazos afectivos y de auxilio mutuo entre ellos; por lo que una vez superada la circunstancia que produjo la separación, se restablecen plenamente las relaciones matrimoniales. En el abandono, en cambio, uno de los cónyuges ha resuelto dejar el hogar que formaron y terminar con las relaciones matrimoniales; en este caso su ánimo y voluntad es todo lo contrario a los elementos que definen el matrimonio, pues desaparece el deseo de convivencia, de auxilio mutuo, etc. Por este motivo la ley ha contemplado el caso de abandono como causal de divorcio, que puede ser demandado incluso por el cónyuge causante del abandono (artículo 110, numeral 11 del Código Civil). En este caso, el actor, Eugenio Bigoni Cattaneo, en su propia demanda ha expresado con absoluta claridad que su voluntad fue la de abandonar permanentemente el hogar que tenía conformado con María Soledad Ordóñez Romero, así como también demostró que a la fecha de presentación de su demanda, había transcurrido el plazo de tres años que determina la ley, pues se ausentó del país para radicarse en Italia. El hecho de que el actor haya estado por unos días en el Ecuador para asistir a la primera comunión de su hija, no significa de manera alguna que se hayan reanudado las relaciones conyugales, pues aquello fue motivado por los lazos afectivos del padre hacia su hija. Si el

deseo del actor fue el abandonar el hogar, aquello corresponde exclusivamente a su iniciativa personal y lo contrario (el hecho solo de separarse) no puede ser demostrado por testigos, quienes no están en capacidad de señalar cuál fue la verdadera intención del cónyuge, como tampoco puede ser interpretada por el juzgador, dándole otro alcance y sentido. En tal virtud se justifica la causal de casación por errónea interpretación del artículo 110 numeral 11 del Código Civil. Por lo expuesto, la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia de mayoría expedida por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, expedida el 30 de septiembre del 2004; a las 08h05 y en su lugar dicta sentencia de mérito, aceptando la demanda y declara disuelto el vínculo matrimonial entre Eugenio Bigoni Cattaneo y María Soledad Ordóñez Romero. En cuanto a la situación de la menor, se estará a lo acordado por las partes, fijándose una pensión de alimentos de mil dólares mensuales más beneficios de ley, que debe pagar el señor Eugenio Bigoni Cattaneo para la alimentación de su hija menor Marisol Bigoni Ordóñez a la madre de esta, señora María Soledad Ordóñez Romero; la tenencia y custodia estará a cargo de la madre. Las visitas deberán ser acordadas por los progenitores, en virtud de que el padre reside en el exterior. Ejecutoriada esta sentencia, se la inscribirá en el Registro Civil correspondiente. Sin costas ni honorarios que fijar. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Daniel Encalada Alvarado, César Montañó Ortega y Rubén Darío Andrade Vallejo, Magistrados de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil.

Certifico.

f.) Secretaria Relatora.

Las cuatro fojas que anteceden son fieles copias de sus originales.- Certifico.- Quito, 24 de abril del 2007.

f.) Secretaria Relatora.