

No.137-2007

Juicio ordinario No. 38-2004 que por declaración de unión de hecho sigue julio César Aguirre Tamayo contra Inés del Carmen Cevallos Terán.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA TERCERA
SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL**

Quito, 27 de abril del 2007; a las 08h53.

VISTOS (38-2004): En el juicio ordinario que por declaración de unión de hecho sigue César Aguirre Tamayo a la señora Inés del Carmen Cevallos Terán, la demandada interpone recurso de casación de la sentencia de la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito que confirma la del Juez Tercero de lo Civil de Pichincha, en la que se acepta la demanda. Habiéndose radicado competencia en esta Sala para conocer del mencionado recurso para resolver, se considera: **PRIMERO.-** Este Tribunal es competente para conocer del recurso de casación interpuesto, en razón de lo previsto en el Art. 200 de la Constitución Política de la República y en la Ley de Casación. **SEGUNDO.-** Julio César Aguirre Tamayo comparece con su demanda a fs. 1 del proceso; expresando en lo principal. *"Durante más de diez años conviví, como pareja estable y monogámica con la señora Inés del Carmen Cevallos Terán, a la época viuda y con hijos jóvenes que convivieron con nosotros en la casa que adquirí para nosotros y que legalmente consta a nombre de ella, inmueble ubicado en la calle Manuela Sáenz No. 758 de esta ciudad de Quito, actualmente con prohibición de enajenar"* y agrega, que por cambio notorio de actitud de la señora Cevallos, que hiciera imposible continuar la vida en común, demanda la disolución de la sociedad de hecho, que ha sido negada por la señora Cevallos; y que, con tales antecedentes, invocando la LEY QUE REGULA LAS UNIONES DE HECHO, demanda que en sentencia se declare la existencia de aquella unión de hecho. Ha correspondido el trámite de la causa en primera instancia al Juzgado Tercero de lo Civil de Pichincha, al que comparece la demandada oponiendo a la demanda las siguientes excepciones: Primera (1), que la demanda no reúne los requisitos determinados en el Art. 71 del Código de Procedimiento Civil, de modo que, dice, ni siquiera debió ser aceptada al trámite; segunda (2), que la demanda es improcedente porque el Juzgado Quinto de lo Civil de Pichincha en otra demanda anterior propuesta por el actor se abstuvo de tramitarla y no puede el mismo demandante deducir otra demanda igual porque

existe cosa juzgada; tercera (3), que el demandante carece de derecho para deducir la demanda porque la tal unión de hecho no existió en los términos previstos en la Ley que Regula las Uniones de Hecho; que el actor con una concepción fenicia del amor pretende convertirse en condueño del inmueble ubicado en la calle Manuela Sáenz 578, adquirida exclusivamente por ella, con el dinero producto de la venta de una casa situada en la ciudad de Cuenca que la adquirió con su difunto marido y con un préstamo que dice haber pagado con su exclusivo esfuerzo, así como con un crédito hipotecario que le otorgó la Mutualista Benalcázar; y que tan cierto es lo que señala que el demandante solicita que se la cite en la calle Manuela Sáenz No. 758 cuando el inmueble está signado con el No. 578 de la mencionada calle de la ciudad de Quito; cuarta (4), que el actor ha recurrido al arbitrio de citar por la prensa, para cuyo objeto ha declarado con juramento que desconoce su dirección domiciliaría, lo cual aparte de demostrar la falsedad de la demanda entraña responsabilidad penal del declarante; que ella vive en el inmueble antes referido que adquirió con su exclusivo esfuerzo desde el año 1991 y que se advierte que esa petición y declaración hace el demandante luego de afirmar que tal inmueble lo ha adquirido para él y la compareciente y de pedir en la demanda que se la cite en la Manuela Sáenz No. 373 de la ciudad de Quito, por lo que se dispondrá el enjuiciamiento penal del demandante por haber faltado a la verdad con juramento; y que en mérito de tales excepciones se rechace la demanda con la consiguiente condena en costas al actor, en las que se incluirán los honorarios de los abogados defensores de la compareciente, que habrá de regularse. El Juez Tercero de lo Civil de Pichincha dicta sentencia a fs. 153 y 154 de la primera instancia, el 25 de febrero del 2002; a las 09h40, aceptando la demanda y declarando "haber existido la unión de hecho entre Julio César Aguirre Tamayo e Inés del Carmen Cevallos Terán. Con costas". De este fallo interpone recurso de apelación la demandada, al que se adhiere el actor de lo que le fuere desfavorable, especialmente respecto de la fijación de honorarios y costas judiciales; y, habiendo correspondido por tales impugnaciones el conocimiento de la causa a la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito, esta pronuncia sentencia a fs. 129 y 130 del segundo nivel, el 9 de septiembre del 2003; a las 10h51, confirmando la sentencia recurrida, sin costas. **TERCERO.-** En el escrito de interposición del recurso de casación de fs. 135 y 136 de la segunda instancia, la recurrente Inés del Carmen Cevallos Terán expresa en lo sustancial que en la sentencia del Tribunal de instancia se han infringido varias normas de derecho que las señala en la fundamentación; que las causales en las que fundamenta su recurso son las previstas en los numerales 1, 2 y 3 de la Ley de Casación; y formula la fundamentación que en su criterio corresponde. Si bien no precisa a qué disposición corresponden tales numerales, este

Tribunal asume que la casacionista se refiere a los previstos en el Art. 3 de la mencionada ley, omisión de derecho que puede ser suplida por el juzgador en razón de lo previsto en el Art. 280 del Código de Procedimiento Civil. **CUARTO.-** Correspondiendo por lógica jurídica analizar en primer lugar la causal segunda de casación, ante el supuesto de que demostrada esta, produciría la nulidad de la causa, lo que tornaría innecesario el análisis de las demás causales y victos atribuidos a la sentencia del Tribunal de instancia en el recurso, con relación a ella, se considera: A) La causal segunda de casación prevista en el numeral 2 del Art. 3 de la Ley de Casación se configura por "Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente"; B) En la doctrina, se sostiene que "Son dos los principios que informan esta materia, el de especificidad y el de trascendencia, es decir: a) Que el vicio esté contemplado en la ley como causa de nulidad; y, b) Que sea de tanta importancia, esto es, trascendente, que el proceso no pueda cumplir su misión sea porque falten los presupuestos procesales de la acción o del procedimiento, sea porque coloque a una de las partes en indefensión..." ("LA CASACION CIVIL EN EL ECUADOR". Santiago Andrade Ubidia. Publicada por Fondo Editorial, Quito, 2005, página 116); C). Los vicios que pueden generar esta causal se relacionan con la transgresión de las normas procesales relacionadas con las solemnidades sustanciales comunes a todas las causas, previstas en el Art. 346 del Código Civil (355 de la codificación anterior), y con la violación del trámite, según el Art. 1014 (Art. 1067 anterior) ibídem. Para la procedencia de esa causal, dada la naturaleza formalista y restrictiva del recurso de casación, se requiere que la parte recurrente precise las normas procesales violadas y su incidencia determinante para generar la nulidad procesal o haber colocado a la parte reclamante en indefensión; D). En el caso, la recurrente no describe el vicio que atribuye a la sentencia que se analiza como determinante de la causal que invoca ni precisa la norma o normas de derecho relacionadas con tal propósito, sin embargo, este Tribunal estima que puede relacionarse con esta causal el cargo que consta de la letra a) del numeral 3 del Párrafo IV del escrito de interposición del recurso de casación, en el que la casacionista expresa: Que en la demanda el actor se limita a afirmar que durante más de diez años ha vivido con ella, sin determinar desde que día, mes y año y hasta qué día, mes y año ha existido tal convivencia, situación que ni siquiera ha podido precisarla ni aparece de las pruebas actuadas en el juicio; que, consecuentemente "la demanda es improcedente porque no tiene la fundamentación de hecho exigida en el numeral tercero del artículo 71 del Código de

Procedimiento Civil, norma que no ha sido aplicada" (esa disposición corresponde al Art. 67 de la codificación vigente); lo que comporta el cargo de falta de aplicación en la sentencia del Tribunal de instancia del siguiente requisito que debe contener la demanda: "3. *Los fundamentos de hecho y de derecho, expuestos con claridad y precisión por cierto, (a pretendida omisión de los fundamentos de hecho a que se contrae la alegación, no existe, si se tiene en cuenta que el actor en su demanda, entre otras cosas, expresa: "Durante más de diez años conviví, como pareja estable y monogámica con la señora Inés del Carmen Cevallos Terán, a la época viuda y con hijos jóvenes que convivieron con nosotros en la casa que adquirí para nosotros y que legalmente consta a nombre de ella, inmueble ubicado en la calle Manuela Sáenz No. 758 de esta ciudad de Quito, actualmente con prohibición de enajenar..."* y en otra parte agrega: "Con los antecedentes anotados y ser este el típico caso con un trámite no previsto en la ley que lo rige, es decir la Ley que Regula las Uniones de Hecho, vengo ante usted, señor Juez y respetuosamente solicito que en sentenciase digne declarar. LA EXISTENCIA DE LA UNION DE HECHO"; expresiones que constituyen precisamente los fundamentos de hecho de su reclamación, la misma que ha sido presentada al sorteo el diecinueve de abril de mil novecientos noventa y nueve. Tampoco esa pretendida omisión habría podido generar nulidad procesal, ni provocar indefensión a la recurrente, por ello, se desestima el expresado cargo. **QUINTO.-** Con relación a la causal tercera también invocada por la recurrente, este Tribunal estima: A) La causal tercera de casación, denominada en la doctrina como de violación indirecta de la ley, tiene lugar por "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" (Art. 3.3 de la Ley de Casación); B). En este Tribunal se viene manteniendo el criterio de que para la procedencia de la causal tercera de casación es indispensable la concurrencia de dos infracciones sucesivas: la primera, de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; y, la segunda, de normas de derecho material, en cualquiera de los tres modos de infracción antes indicados, establecidos por la ley para cada uno de ellos, y al respecto ha dicho: "...De acuerdo con esto, cuando el recurrente invoca la causal tercera como en este caso, para que proceda la alegación, está en la obligación de presentar la concurrencia de las dos violaciones sucesivas previstas en esta causal; es decir, primero la violación de los preceptos aplicables a la valoración de la prueba; y, segundo, la violación de normas de derecho producida como consecuencia de lo anterior, con la precisión en cada caso, del precepto o norma infringidos..." (en este sentido,

se ha manifestado en varias resoluciones de las que nos limitamos a citar las siguientes: 125-2006, 126-2006 y 127-2006, publicadas en el R. O. No. 388 de 31 de octubre del 2006); y, C) La recurrente al interponer el recurso de casación no concreta cuál o cuáles de los tres vicios previstos en el numeral 3 del Art. 3 de la Ley de Casación atribuye a cada una de las normas de derecho que considera infringidas, como tampoco precisa cuál de estas han sido endilgadas para justificar la causal tercera de casación; ante tal circunstancia, este Tribunal, por la relación que tales disposiciones tienen con aquella causal, procede a analizar los siguientes cargos así formulados: C1). En el Párrafo IV, numeral 1, letra b) del escrito de interposición del recurso de casación la recurrente expresa: Que ha sido obligada a confesar en esta causa dos veces, la una en primera instancia y la otra en segunda instancia, aparte de que como diligencia preparatoria rindió también el 10 de abril de 1995 ante el entonces Juez Vigésimo Primero de lo Civil de Pichincha otra confesión, cuyo cuestionario y acta de confesión en fotocopias obran del proceso, porque no se pudo localizar la copia certificada que debió quedar en el Juzgado, de suerte que es nula al menos la segunda confesión, por lo que "existe indebida aplicación del Art. 148 del Código Adjetivo Civil y no se ha aplicado el Art. 9 del Código Civil". Efectivamente el Art. 144 del Código de Procedimiento Civil en vigencia, que corresponde al Art. 148 invocado de la codificación anterior, establece que el confesante no puede ser obligado a declarar por segunda vez, sobre unos mismos hechos, ni siquiera a título de diligencias preparatorias independientes y de autos consta que la actora ha rendido confesión sobre los mismos hechos en primera instancia el doce de junio del año dos mil uno (fs. 127) y en segunda instancia, a los veinte y cuatro días del mes de marzo (sin indicar de qué año, a fs. 121 del segundo nivel). Sobre el particular se infiere que la demandada no ha probado conforme a derecho con las fotocopias simples la confesión que dice haber rendido como diligencia previa y que la confesión rendida en segunda instancia carece de valor por habérsela recibido contraviniendo la ley; sin embargo, el Tribunal ad quem en su sentencia, entre otros medios de prueba aportados al proceso para establecer la existencia de la unión de hecho demandada, valora preferentemente de las dos confesiones la que ha rendido la demandada en la primera instancia, que en razón de las circunstancias, es la confesión que goza de valor. En tal virtud, no aparece que en tal fallo existiere indebida aplicación del Art. 148 del Código de Procedimiento Civil (Art. 144 de la codificación actual), ni que se haya inaplicado el Art. 9 del Código Civil, que declara en lo principal que los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; y, por ello, se desecha el cargo formulado. C2) En la letra c) del numeral 1 del Párrafo IV del escrito de interposición del recurso de casación la recurrente expresa: Que en el fallo se dice que ella

readmitido una convivencia con el actor desde 1984, lo que en ningún momento ha ocurrido; que lo que dijo en una y otra confesión es que convivió con el actor por el lapso de un año y medio desde 1993, de modo que no se han apreciado sus confesiones en su integridad, afectando el principio de indivisibilidad previsto en el Art. 146 del Código de Procedimiento Civil, "que no ha sido aplicado en el fallo impugnado" (esa disposición corresponde al Art. 142 de la codificación vigente). Al respecto, no se advierte en aquella sentencia el quebrantamiento del principio de indivisibilidad de la confesión que se acusa, en razón de que el Tribunal de instancia ha pronunciado su fallo basándose en varias pruebas que las expresa en el texto del mismo y alude a la confesión de la demandada para patentizar: "Por otra parte aunque la demandada indica que convivió con el actor a partir de 1993 y por un lapso de año y medio (confesiones de fojas 122 y 127) no existe en autos prueba idónea que permita confirmar tal afirmación... En síntesis, los juzgadores de instancia no han fundamentado su fallo considerando como prueba fundamental las confesiones de la accionada, ni han dado interpretaciones diferentes a su contexto. De lo expresado se infiere que carece de asidero jurídico el cargo analizado. C3) En la letra b) del numeral 2 del Párrafo IV del escrito que se viene mencionando, la impugnante formula el siguiente cargo: Que en la tarjeta de crédito hospitalario tampoco aparece firma alguna de la recurrente; que constituye un acto unilateral del demandante; y que no se ha hecho el reconocimiento de las firmas constantes en tal documento conforme manda el Art. 198 del Código de Procedimiento Civil para que pueda surtir algún efecto probatorio; por lo que hay falta de aplicación de esa norma. La disposición en referencia, que corresponde al Art. 194 del Código de Procedimiento Civil vigente, prescribe los casos en que un documento privado hace tanta fe como un instrumento público, señalando en el numeral 4, que tal situación ocurre si la parte contra quien se presenta el documento no lo redarguye de falso ni objeta la legitimidad dentro de tres días de haberse citado o notificado con esa presentación. En la especie, se advierte que en el término de prueba de la segunda instancia, en el párrafo (II) del escrito de fs. 19 del primer cuaderno de ese nivel, el actor ha solicitado en su favor, entre otras, que se tenga como prueba de su parte "todos los documentos anexos y que son parte constitutiva de la prueba actuada en primera instancia, especialmente aquellos que han sido impugnados en la demanda"; prueba que ha sido ordenada en providencia de 2 de septiembre del 2002; a las 10h40 (fs. 21 de la segunda instancia) por el Ministro de Sustanciación, con la circunstancia de que aquella tarjeta de crédito ha sido presentada en la primera instancia, y no aparece del proceso que hubiere sido redargüida de falsa ni objetada en su legitimidad en el término previsto por la ley; de lo que resulta injustificado el cargo analizado. C4) En

la letra c) del numeral 2 del Párrafo IV del escrito de interposición del recurso la demandada expresa que los documentos que ha manifestado el Tribunal de instancia han sido apreciados como privados, fueron presentados fuera de la estación probatoria "y según el artículo 121 del Código Adjetivo Civil *sólo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la Ley hace fe enjuicio, tanto más que el artículo 24, numeral 14 de la Constitución Política del Estado, entre las garantías del debido proceso establece que las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la Ley, no tendrán validez alguna...*", y que por cuya razón, hay falta de aplicación de aquellas normas. El Art. 121 corresponde al Art. 117 de la codificación actual del Código de Procedimiento Civil. Aquellos documentos si bien han sido presentados fuera del término de prueba en la primera instancia, en cambio han sido pedidos y despachados como prueba dentro del término probatorio de la segunda instancia, de lo que se deduce que el cargo formulado carece de sustento jurídico al no darse los presupuestos fácticos en los que se lo pretende fundamentar. C5) En la letra b) del numeral 3 del Párrafo IV del escrito contentivo del recurso de casación la recurrente expresa en lo principal: Que en la demanda el actor afirma que ha convivido con ella en el inmueble ubicado en la calle Manuela Sáenz No. 758 de la ciudad de Quito, que consta a su nombre, *"es decir el actor ni siquiera sabe con precisión el lugar-hogar de hecho, casa- en la que dice ha convivido conmigo, portan largo tiempo (ni siquiera conozco tal inmueble)..."* y agrega que el actor en su confesión rendida en la segunda instancia dice que la dirección está completamente errada; que resulta inconcebible que se declare la existencia de una unión de hecho con una persona que no conoce el lugar de la supuesta convivencia; y que por tanto no ha sido apreciada la prueba en su conjunto según las reglas de la sana crítica, según lo preceptúan los artículos 119 y 120 del Código de Procedimiento Civil (Arts. 115 y 116 de la codificación vigente), que no han sido aplicados. El error de numeración de la casa mencionada en la demanda en que ha incurrido el actor, no determina que los juzgadores del Tribunal de instancia hayan dejado de apreciar la prueba en su conjunto, ni inaplicado las reglas de la sana crítica, con cuanta mayor razón si se advierte que en su sentencia, como ya se ha dicho, aluden a vanos elementos de prueba como sustento jurídico para declarar con lugar la demanda; y, adicionalmente caben las reflexiones de que al tiempo de ese pronunciamiento, el inciso segundo del Art. 119 del Código de Procedimiento Civil establecía la regla de que "El Juez no tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren decisivas para el fallo de la causa", regla diferente a la que consta del Art. 115 de la codificación vigente del Código de Procedimiento

Civil, que en cambio ordena que el juzgador debe expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas; y, la circunstancia de que las reglas de la sana crítica no se hallan manifestadas en forma literal o dogmática, sino que corresponden al fuero intelectual del juzgador para obrar con conocimiento, experiencia, entereza y con sujeción a los cánones de la lógica jurídica. Súmase a lo dicho que los hechos vinculados con la controversia y las pruebas que los sustentan deben ser apreciados por los juzgadores de instancia, en tanto que el Tribunal de Casación puede entrar en ese análisis solamente cuando casa la sentencia y asume la función de Tribunal de instancia para pronunciar la sentencia que sustituya a la casada; y, con relación a la pretendida falta de aplicación del Art. 120 (Art. 116 actual) del Código de Procedimiento Civil, que dispone que la pruebas deben ser pertinentes al asunto que se litiga y a los hechos sometidos al juicio, nada se concreta en el cargo formulado. De lo que se infiere que el mismo no ha sido demostrado. C6) En la letra c) del numeral 3 del Párrafo IV del escrito de casación la recurrente aduce que el actor en su confesión de 24 de septiembre del 2002 admite que pidió la confesión que ella rindió el 10 de abril de 1995, como diligencia previa, de modo que no puede presumir que tal convivencia ha durado hasta 1996 y que por ello no se ha valorado la prueba en conjunto a la luz de las reglas de la sana crítica, como manda el Art. 119 del Código de Procedimiento Civil "que no ha sido aplicado". Al respecto, este Tribunal se remite a lo manifestado en el epígrafe C5) de este pronunciamiento, que inmediatamente antecede y con los razonamientos allí expresados, no acepta el cargo formulado. C7) En la letra a) del numeral 4 del Párrafo IV del escrito de casación la recurrente dice: Que dolosamente sus hermanos han comparecido como testigos; que son sus manifiestos enemigos, de modo que no existe en ellos la necesaria imparcialidad, y que hay falta de aplicación del Art. 220, numerales 2 y 7 del Código de Procedimiento Civil, que establecen que por falta de imparcialidad no son testigos idóneos los parientes por sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, que se ha de entender ni a favor ni en contra; ni el enemigo capital o el amigo íntimo de cualquiera de las partes. Al respecto se estima, que es cierto que el actual Art. 217 del Código de Procedimiento Civil que corresponde a la disposición invocada según la codificación anterior, por la casacionista, establecen lo alegado, la recurrente no cita la prueba con la que habría justificado aquella enemistad, aparte de que, como ya se ha dicho, correspondió al Tribunal, de instancia analizar en su conjunto la prueba aportada por las partes al proceso; y, en lo que a la prohibición por parentesco se arguye respecto de quienes siendo hermanos de la demandada han declarado como testigos, se considera que la alegación no procede, en razón de lo previsto en el Art. 218 (Art. 221 anterior) del Código de Procedimiento Civil, que

admite las declaraciones de los parientes y compadres en las causas que versen sobre edad, filiación, estado, parentesco o derechos de familia. En el caso, la causa tiene por finalidad la declaración del estado de la unión de hecho de los litigantes. Por tanto, se descarta el cargo formulado. C8) En la letra b) del numeral 4 del Párrafo IV del escrito de casación la recurrente manifiesta: El fallo impugnado se refiere también a los demás testigos, sin analizar el contenido de sus testimonios, que demuestran irrefutable parcialidad con el demandante, pues no otra cosa significa por ejemplo que uno de esos testigos Angela Inés Marroquín Grijalva- en el testimonio rendido en la primera instancia dice que "no es justo que se le despoje de la casa al señor Julio Aguirre..."; y más adelante agrega que, por lo mismo, no se han aplicado las normas para la valoración de la prueba testimonial, especialmente la constante en el numeral 7 del Art. 220 del Código de Procedimiento Civil (Art. 217 de la codificación actual). La disposición en referencia prevé que no es testigo idóneo por falta de imparcialidad el enemigo o el amigo íntimo de cualquiera de las partes, pero este solo señalamiento sin indicar prueba que lo sustente no necesariamente coloca a aquellos testigos en la condición prevista en la norma mencionada. En tal razón, se desestima el cargo formulado. C9) En la letra a) del numeral 6 del Párrafo IV del escrito de casación la recurrente dice: "De conformidad con el artículo 32 del Código Civil una presunción es la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas; mas en el caso que nos ocupa, ni la demanda ni la prueba del actor permiten llegar a presumir que yo he convivido con el demandante desde 1.986 a 1.996, de modo que hay una indebida aplicación de esta norma legal". El Tribunal ad quem en el considerando tercero de su sentencia expresa los hechos constitutivos de la unión de hecho según lo dispuesto en el Art. 1 de la Ley que Regula las Uniones de Hecho y hace un análisis pormenorizado de las pruebas aportadas por el demandante, concluyendo que con ellas se ha establecido la presunción a favor del actor respecto de la unión de hecho cuya declaración se ha demandado. La presunción es el producto lógico resultante de la elaboración mental del juzgador respecto de los antecedentes conocidos y probados; y las presunciones judiciales, conforme lo dispone el Art. 1729 del Código Civil, son las que deduce el Juez, que deben ser graves, precisas y concordantes. No evidenciándose incongruencia entre la prueba analizada y las conclusiones a las que en base a ella ha arribado el Tribunal de instancia, se desestima el cargo planteado, aparte de que la unión de hecho puede ser establecida con prueba directa o indirecta y no se limita a esta última, a la que se refiere el Art. 2 de la mencionada ley, la testifical, documental, material y la oral puede ser directa, en tanto que la indirecta es aquella que procede de indicios y de la presunción, conforme se expresa en el fallo de la Segunda Sala

de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia del 4 de mayo de 1999, que se publica en la G.J. S. XVI, No. 15, páginas 4259 a 4261. C10) En la letra b) del numeral 6 del Párrafo IV del escrito de casación la recurrente expresa: Que del Art. 38 de la Constitución, del contexto de la Ley que Regula las Uniones de Hecho y de la jurisprudencia se desprende que para que exista una unión de hecho "es menester la coexistencia de los siguientes elementos o circunstancias esenciales: a) Unión estable y monogámica; b) Que esa unión sea entre un hombre y una mujer, c) Que la unión tenga una duración de más de dos años; d) Que tanto el hombre como la mujer sean libres de vínculo matrimonial; e) QUE LA UNION TENGA COMO FINALIDAD VIVIR JUNTOS, PROCREAR Y AUXILIARSE MUTUAMENTE; f) Que entre hombre y mujer exista publicidad de la unión, esto es que el trato entre marido y mujer sea público y notorio; y g) Que exista vocación de legalidad, es decir igual capacidad para contraer matrimonio. Todos, absolutamente todos estos elementos o circunstancias debieron ser demostrados por el actor, que nunca los justificó, por ejemplo 'el que se refiere a que hemos vivido juntos, que hemos procreado y que nos hemos auxiliado mutuamente, pues el hecho de que uno y otro seamos viudos no implica por sí solo convivencia...'", y, agrega, que según el Art. 117 es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio y que ha negado el demandado, por lo que no se ha aplicado dicha norma legal. En el fallo que se impugna (los juzgadores de instancia conciben que con la prueba aportada el actor ha justificado los requisitos exigidos por el Art. 1 de la Ley que Regula las Uniones de Hecho, respectó de la unión de hecho de los litigantes, hacen la descripción de los mismos y explican las pruebas que se ha aportado para ello. La circunstancia de que los litigantes no hayan procreado hijos, no enerva aquella unión, como se ha pronunciado la Primera Sala de lo Civil y Mercantil en el Proceso 95-2001, Francisca Eunice Ruiz Agreda-Jaime Leónidas Briceño, en sentencia del 5 de marzo del 2001, que se publica y comenta en las páginas 51, 52, 53 y 54 del Tomo L de la obra REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA, de los tratadistas Juan Larrea Holguín y Giovanna León Hinojosa; ya porque los convivientes no se hallen en edad de procrear, ya cuando sea su voluntad no tener hijos, máxime que en el Art. 39 de la Constitución se propugna la maternidad y paternidad responsables y el derecho que garantiza el Estado a las personas a decidir sobre el número de hijos que puedan procrear, adoptar, mantener y educar. **SEXTO.-** Sobre la causal primera de casación invocada también por la recurrente, se estima: A) En el escrito de interposición del recurso de casación la recurrente en la letra a) del numeral 1 del Párrafo IV expresa: Que en la sentencia del Tribunal de instancia se ha incurrido en la falta de aplicación del Art. 38 de la Constitución Política del Estado que preceptúa que la unión estable y

monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad y a la sociedad conyugal; en cuya norma se relieves la expresión "HOGAR DE HECHO", de modo que no se puede hablar de unión de hecho que no signifique vivir un hombre y una mujer bajo un mismo techo. Al respecto se considera: Que del contexto de la sentencia que se analiza, el Tribunal ad quem al hacer el análisis de la prueba aportada al proceso da por justificados los requisitos jurídicos previstos para la procedencia de la demanda, cuando expresa: **"TERCERO: La negativa de la demandada en cuanto a la existencia de la unión de hecho cuya declaración de existencia constituye la pretensión del actor, de conformidad con lo previsto en el Art. 117 del Código de Procedimiento Civil, obligaba a este a demostrar los hechos constitutivos de tal unión, según lo dispuesto en el Art. 1 de la Ley que Regula las Uniones de Hecho, esto es: a) La existencia de una unión estable y monogámica entre actor y demandada; b) Con una duración de más de dos años; y, c) Que haya tenido por finalidad la de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente; o bien demostrar que hombre y mujer monógamos a) Han sido tratados como marido y mujer en sus relaciones sociales; b) Así mismo como marido y mujer han sido recibidos por sus parientes, amigos y vecinos; y, c) Que tal trato ha existido por lo menos durante dos años, demostración que permite establecer una presunción, conforme lo dispone el Art. 2 de la Ley antes mencionada"** (las negrillas de la Sala). De lo transcrito aparece que aquel Tribunal dio por probados todos los requisitos para la procedencia de la demanda de la unión de hecho entre los litigantes, entre los que consta aquel de haber vivido juntos por el tiempo previsto por la ley. Ante tales circunstancias, se desestima el cargo planteado; y, B) La recurrente acusa también a la sentencia en cuestión, en el numeral 5 del Párrafo IV del escrito de interposición del recurso de casación, de lo siguiente: *"Por mandato constitucional y legal la unión de hecho se asimila al matrimonio y dentro del mismo a la sociedad conyugal, de suerte que debe aplicarse las normas relativas a estas instituciones jurídicas, entre ellas la prevista en el artículo 237 del Código Civil que establece que entre cónyuges, portante entre los unidos en un hogar de hecho, no pueden celebrarse otros contratos que los de mandato y capitulaciones matrimoniales, de modo que el documento que obra del proceso, cuyas firmas están judicialmente reconocidas, que se refiere a un préstamo hecho por el demandante a la compareciente en el tiempo que se dice que he convivido con el actor, demuestra la existencia de*

una relación comercial y no afectiva, y de ninguna manera puede calificarse como un hecho inocuo. Consecuentemente hay falta de aplicación de la invocada disposición legal. El Tribunal de instancia, en su sentencia, en la parte pertinente del considerando cuarto sobre el particular expresa: "En cuanto a la existencia del préstamo para adquirir la vivienda, tal hecho resulta inocuo como prueba en el presente juicio, pues en este no se trata de establecer si la vivienda pertenece o no a una posible sociedad conyugal, sino simplemente si existió o no unión de hecho"; y, en el auto en el que niega la aclaración y ampliación de la sentencia solicitada por la demandada, manifiesta: "d) la litis se trabó sobre la existencia o inexistencia de la unión de hecho, por lo que la celebración de un contrato válido o nulo no es materia de esta causa". Razonamientos jurídicos que este Tribunal de Casación no considera suficientes y acertados, con la reflexión de que una cosa constituye la prohibición de un acto, y otra, su realización, en cuyo caso se vería afectada su validez, pero tal circunstancia no conduce en el presente caso a demostrar que entre actor y accionada no haya existido o podido existir la unión de hecho cuya declaración se ha demandado. De lo que se infiere que el cargo analizado no puede ser aceptado. Con tales consideraciones, 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, no casa la sentencia de la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito que ha sido analizada y rechaza el recurso de casación interpuesto por la demandada. Sin costas ni multa.- Se amonesta al doctor Alberto Moscoso Serrano, entonces Ministro de la mencionada Sala, por haber ordenado y recibido la confesión de la demandada en la segunda instancia, después de haber rendido confesión por los mismos hechos en la primera instancia, sin observar lo previsto en el Art. 148 del Código de Procedimiento Civil (Art. 144 de la codificación vigente), debiéndose oficiar del particular al Presidente de la Comisión de Recursos Humanos del Consejo Nacional de la Judicatura. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

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

Certifico. f.) Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora. Las ocho fojas que anteceden, son fieles y exactas a sus originales.- Certifico, 27 de abril del 2007.