

NULIDAD DE TESTAMENTO

Serie 18

Gaceta Judicial 13 de 21-jun.-2013

Estado: Vigente

NULIDAD DE TESTAMENTO

Las hijas del de cujus demandan la nulidad del testamento abierto, en el cual contempla solo a dos de sus nueve hijos. Adicionalmente, la nulidad de la escritura pública de Aclaratoria de Testamento hecho por una de las dos hijas legatarias del testamento. Con este antecedente en la instancia y apelación se aceptó la demanda y declaran nulos ambos instrumentos. Para resolver el recurso interpuesto, la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia, casa parcialmente la sentencia, pues no se advierte omisión o vicio en los requisitos o formalidades que deben observarse para la validez del acto o contrato, mismos que son objetivos o subjetivos según se refieran a la naturaleza misma del negocio jurídico o a la calidad de las personas que lo celebren. Aclara la Sala que respecto de los primeros son falta de consentimiento, error esencial, causa ilícita, objeto ilícito y omisión de solemnidades exigidas en consideración a la naturaleza del contrato y los actos de los absolutamente incapaces; en tanto que, respecto de los segundos, son sus causas el error substancial, la fuerza, el dolo, los actos de los relativamente incapaces y la omisión de requisitos exigidos por la ley en consideración al estado o calidad de las personas que los ejecutan o acuerdan. De todo lo cual, analizada la situación legal de los accionantes que prevé el Art 1241 del Código Civil: "Efectos de la preterición. El haber sido pasado en silencio un legitimario deberá entenderse como una institución de heredero en su legítima". Como el preterido es instituido heredero, la acción o acciones que debe intentar en defensa de su legítima rigurosa es o son absolutamente incompatibles con la acción de nulidad propuesta, por lo que se rechaza esa pretensión en la demanda.

Gaceta Judicial. Año CXIII. Serie XVIII, No. 13. Página 5462.
(Quito, 21 de junio del 2013.)

Juicio no. 043-2013

Resolución no. 0107-2013

Juicio ordinario por nulidad de testamento propuesto por Luis Gerardo Benalcázar Barragán y otros contra Luz María Benalcázar y otra.

PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO SEGUNDO DE LO CIVIL DE PASTAZA. Pastaza. Martes 15 de mayo del 2012. Las 16h33.

VISTOS: El doctor Aurelio Oswaldo Quito Rodas comparece en calidad de procurador judicial de: Luis Gerardo Benalcázar Barragán, Mercedes Benalcázar Barragán, Blanca Ana Rosa Benalcázar Barragán, Héctor Germán Benalcázar Barragán, Gloria Leonor Benalcázar Barragán, Hugo Iván Patricio Benalcázar Barragán y Ruth Magdalena Benalcázar, hijos y legítimos herederos de quien en vida fue Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear, fallecida el 21 de abril del año 2011, conforme consta de las partidas de nacimiento y de defunción que adjunta. Manifiesta que de la copia certificada del testamento solemne y abierto que acompaña, otorgado por la difunta señora Luisa Rosa Adelida Barragán Alvear ante la Notaría Segunda del cantón Pastaza el 26 de noviembre del año 2007 e inscrita el 31 de mayo del 2011; y escritura pública de aclaratoria de testamento celebrada en la Notaría Segunda del cantón Pastaza el 06 de junio del 2011 y marginada el 06 de junio del mismo año, se desprende que la testadora ha instituido a favor de sus hijas Luz María y Gladys Pilar Benalcázar Barragán como sus únicas y universales herederas de los derechos y acciones que le correspondía como gananciales dentro de la sociedad conyugal formada con Juan Celio Benalcázar Villacrés, pro indiviso sobre un inmueble y casa de habitación ubicados en la ciudad de Puyo, cantón y provincia de Pastaza, en la avenida 20 de julio y Bolívar, violando las asignaciones forzosas que

establecen los art. 1194 y siguientes del Código Civil ya que la testadora en lugar de hacer una repartición legítima en el testamento, dejó como únicas herederas a solo dos de sus hijas, violando el art. 1121 del Código Civil que determina que el testador no puede disponer de sus bienes a su arbitrio, sino que debe someterse a lo ordenado en el art. 1194 del Código Civil ya que una de las asignaciones forzosas son las legítimas; esto es la cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a los legitimarios que son los hijos y los padres, cuya disposición es imperativa y el testador no puede dejar de observar como ha ocurrido en el presente caso en que la testadora a dispuesto de los bienes que como gananciales corresponden a la sociedad conyugal formada con su cónyuge a favor de sus nueve hijos de los cuales siete son los mandantes del actor Aurelio Quito, produciéndose así la nulidad del testamento de acuerdo con lo que prescribe los art 1698 (sic) que establece que la nulidad producida por un objeto y causa lícita y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescribe para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan, son nulidades absolutas, tanto en lo que se refiere a la identidad de los vendedores de la propiedad porque la testadora dice tener derechos y acciones que como gananciales le corresponde a la sociedad conyugal formada por su cónyuge en el bien ubicado en la calle 20 de Julio y Bolívar, al señalar que fue comprado a los cónyuges Julián Sales e Ilda Arcos cuando de acuerdo al historial de dominio del Registro de la Propiedad, aparece que la testadora y su cónyuge Juan Celio Benalcázar Villacrés adquirieron los inmuebles por compras realizadas a la Municipalidad de Pastaza y a los cónyuges Carlos Enrique Aguirre Saa y Ruth Magdalena Benalcázar Barragán mas no a Julián Sales e Ilda Arcos; tanto más que, en las clausulas tercera y cuarta del testamento no se determina la singularización que la testadora dice tener derechos y acciones por concepto de gananciales, no se establece su correcta ubicación como tampoco su cabida y linderos. Afirma además el procurador judicial que la demandada Luz María Benalcázar Barragán, con fecha 06 de junio del 2011, con posterioridad al fallecimiento de sus madre compareció ante la doctora Elizabeth Naveda, Notaria Segunda de Pastaza para celebrar una escritura pública de aclaratoria del testamento solemne y abierto otorgado por Luis Rosa Adelaida Barragán Alvear el 27 de noviembre del 2007, en el que se instituye como únicas y universales herederas a Luz María y Gladys Pilar Benalcázar Barragán respecto de los derechos y acciones que le correspondían a la testadora en los gananciales dentro de la sociedad conyugal formada con su cónyuge Juan Celio Benalcázar Villacrés, cuyo instrumento también es completamente ilegal por adolecer de nulidad absoluta al haberse arrogado la supuesta beneficiaría la facultad de aclarar el testamento otorgado por su madre, sin considerar que única y exclusivamente la facultada de revocar, ampliar o aclarar las disposiciones contenidas en dicho testamento tenía su madre mientras estaba viva, porque se trata de un acto personal y por un error se ha hecho constar que la compra fue hecha a Julián Sales y señora, cuando en realidad ha sido de dos lotes a diferentes personas y en la cláusula tercera se pretende aclarar tal particular en base al certificado conferido por el Registrador de la Propiedad el 22 de mayo del 2011; resultando que esta aclaración no solamente es ilegal sino una verdadera alteración del testamento otorgado por Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear y por consiguiente esta aclaración adolece de nulidad absoluta por existir causa y objeto ilícito. Por lo que con fundamento en lo dispuesto en los art. 1201, 1194, 1698, 1482, 9, 1307, 1309 y 1041 del Código Civil y los art. 169, 170, 178 y 179 del Código de Procedimiento Civil demanda en trámite ordinario a Luz María Benalcázar Barragán y Gladys Pilar Benalcázar la nulidad absoluta del testamento solemne abierto celebrado por Luisa Rosa Adelaida Barragán a favor de Luz María Benalcázar Barragán y Gladys Pilar Benalcázar Barragán, celebrada en la Notaría Segunda de Pastaza, cuyo actos y escrituras públicas los actores consideran nulos e ilegales puesto que no respeta las asignaciones forzosas que la testadora estuvo obligada hacer a sus legitimarios y este adolece de falsedad en cuanto a la identidad de los vendedores de la propiedad, al señalar que fue comprado a los cónyuges Julián Sales e Ilda Arcos, cuando de acuerdo al historial de dominio determinado en el certificado conferido por el señor Registrador de la Propiedad del cantón Pastaza consta que adquirieron los bienes inmuebles en la ciudad de Puyo por compras realizadas a la Municipalidad de Pastaza y a los cónyuges Carlos Enrique Aguirre Saa y Ruth Magdalena Benalcázar Barragán y no a Julián Sales e Ilda Arcos; porque además existe omisión en su contenido, ya que en las cláusulas tercera y cuarta no se encuentra singularizado el bien indicado en el testamento ya que en estos casos los datos deben ser claros y precisos; y, finalmente porque existe causa y objeto ilícito en la aclaratoria de testamento celebrada el 06 de junio del año 2011 ante la doctora Patricia Elizabeth Naveda Suárez, Notaria Pública Segunda del

cantón Pastaza por la heredera Luz María Benalcázar Barragán puesto que dicha beneficiada se toma la facultad de aclarar el testamento, sin considerar que única y exclusivamente le corresponde a la testadora la potestad de revocar, ampliar o aclarar las disposiciones contenidas en el testamento, mientras viva, porque se trata de un acto personal, conforme prescriben los art. 1037, 1039 y 1041 del Código Civil. Aceptada a trámite la acción y citadas las demandadas Gladys Pilar Benalcázar Barragán en persona, Luz María Benalcázar Barragán por boleta, así como los presuntos y desconocidos herederos de la causante Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear por el periódico La Prensa, comparece Luz María y Gladys Pilar Benalcázar Barragán negando los fundamentos de hecho y de derecho, alegan improcedencia de la demanda y nulidad de la acción. La Notaria Elizabeth Naveda por su parte, niega los fundamentos de hecho y derecho de la demanda e impugna la acción por extemporánea y carecer de fundamento legal, alega ilegitimidad de personería del actor argumentando que la procuración judicial no reúne los requisitos estipulados en la ley y falta de legítimo contradictor. Se ha convocado a las partes a junta de conciliación la cual ha tenido lugar en rebeldía de las demandadas. Fenecido el término probatorio y encontrándose la causa para resolver, para hacerlo se hacen las siguientes consideraciones: PRIMERO: El suscrito juez es competente para conocer la presente causa en virtud del sorteo realizado y por haberse observado las solemnidades legales el proceso es válido. SEGUNDO: En el orden a probar los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda los actores han solicitado que se reproduzca a su favor la copia del testamento solemne abierto otorgado por Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear a favor de Luz María y Gladys Pilar Benalcázar Barragán, celebrado en la Notaría Pública Segunda del cantón Pastaza, a cargo de la doctora Patricia Elizabeth Naveda Suárez el 27 de noviembre del año 2007, documento con el cual prueba que en las cláusulas tercera y cuarta no se ha singularizado el bien heredado y con ello prueban que no se ha cumplido con los arts. 1021, 1204, 1205, art. 1194 y siguientes del Código Civil que regula la sucesión por causa de muerte. Reproducen además los certificados conferidos por el señor Registrador de la Propiedad a fojas 22 y 23 de los autos y el informe pericial realizado por Agr. Frankie Lugo constante a fojas 160,161 y la ampliación al informe pericial a fojas 167 de los autos, mediante los cuales se prueba que el lote constante en el testamento en cuestión fue adquirido a la Municipalidad de Pastaza y el otro a los conyugues Carlos Enrique Aguirre Saa y Ruth Magdalena Benalcázar Barragán y no a los cónyuges Julia Sales e Hilda Arcos como consta en el testamento. También reproducen como prueba a su favor la escritura pública de aclaración del testamento solemne abierto otorgado por Luz María Benalcázar Barragán en la Notaría Pública Segunda del cantón Pastaza, el día 6 de junio del año 2011 celebrada sobre el testamento dejado por Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear e informe pericial constante a fojas 141 y aclaración de fojas 169, con lo que se demuestra que la señora Luz María Benalcázar Barragán, aclara el testamento dejado por su madre; sin tomar en consideración que la única facultada a hacerlo es quien lo otorgó. TERCERO: En otro orden las demandadas han negado los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, alegando improcedencia de la acción y nulidad de la misma; y la fedataria que ha solemnizado las escrituras cuestión (sic) impugna la demanda alegando extemporaneidad, ilegitimidad de personería, falta de legítimo contradictor y con el objeto de probar tales excepciones se solicita inspección a los protocolos de la Notaría Segunda de Pastaza a efecto de verificar si tanto el testamento cuanto la escritura aclaratoria se han omitido requisitos de los que exige la Ley Notarial para estos casos, contrayéndose la prueba de la parte, demanda (sic) a demostrar que para la celebración del testamento se observó todos los requisitos legales, argumentando también que se ha demandado únicamente la nulidad de absoluta de las escrituras, pero jamás se ha demandado la nulidad del contrato que contiene dichas escrituras, y finalmente alegan que la nulidad absoluta se causa únicamente por la omisión de requisitos o formalidades que las leyes prescriben para, el valor de ciertos actos o contratos y en consecuencia según la parte demandada si las escrituras reúnen todos los requisitos legales, no procede la nulidad absoluta. Finalmente han solicitado examen grafológico de las firmas de los otorgantes del poder conferido al doctor Quito, también ha reproducido posesión efectiva de los bienes dejados por los causantes Juan Celio Benalcázar Villacrés y Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear, cuyas pruebas resultan superficiales y no deciden la suerte de lo principal concluyéndose que la parte demandada no ha probado sus excepciones. CUARTO: Los artículos 1021, 1194, 1204, 1205 del Código Civil claramente determinan las normas que reglan la sucesión de los bienes que el difunto no ha dispuesto o si dispuso, no lo hizo conforme a derecho; y que en su parte pertinente determinan que las asignaciones forzosas son las que el testador está obligado a hacer y se suplen cuando no las ha

hecho, aún con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas; disponen además que una de esas asignaciones forzosas son las legítimas y explica la legítima es la cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a los legitimarios; y que los legitimarios son, por consiguiente, herederos, a su vez aclara que son los hijos y los padres. Por lo cual se concluye que estas disposiciones son imperativas tanto es así que el testador no puede dejar de observarlas ya que contiene una prohibición implícita; y, al no haber procedido en derecho, violó las normas legales por tal razón hay causa y objeto ilícito, y consiguientemente existe nulidad del testamento, además el art. 1041 del Código Civil dispone que el testamento es un acto de una sola persona y serán nulas todas las disposiciones contenidas en el testamento otorgadas por dos o más personas a un tiempo ya sea en beneficio recíproco de los otorgantes, o de una tercera persona. Por los considerandos expuestos y en virtud de hallarse demostrados los fundamentos de hecho y de derecho de la acción propuesta, rechazándose las excepciones y por existir graves errores de fondo que afectan la validez de los instrumentos en cuestión, se acepta la demanda presentada por el doctor Aurelio Quito, procurador judicial de los hermanos Luis Gerardo Benalcázar Barragán, Mercedes Benalcázar Barragán, Blanca Ana Rosa Benalcázar Barragán, Héctor Germán Benalcázar Barragán, Gloria Leonor Benalcázar Barragán, Hugo Iván Patricio Benalcázar Barragán y Ruth Magdalena Benalcázar; y en tal virtud, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y DE LAS LEYES DEL ECUADOR, se declara la nulidad absoluta del testamento solemne y abierto, otorgado por la ahora extinta Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear, el 27 de noviembre del 2007 ante la Notaría Segunda de Pastaza doctora Patricia Naveda, a favor de sus hijas Luz María Benalcázar Barragán y Gladys Pilar Benalcázar Barragán é inscrito el 31 de mayo del 2011; así como la nulidad absoluta de la aclaratoria de testamento realizada mediante escritura pública celebrada únicamente por Luz María Benalcázar Barragán en la Notaría Segunda de Pastaza a cargo de idéntica fedataria, otorgada el 06 de junio del 2011 e inscrita en la misma fecha en el Registro de la Propiedad de Pastaza, disponiéndose que las cosas vuelvan al estado anterior, para cuyo efecto ejecutoriada esta sentencia notifíquese al señor Registrador Municipal de la Propiedad de Pastaza. Léase en público y notifíquese.

f) Dr. Oswaldo Espinosa Prado, Juez.

ACLARACION/AMPLIACION

JUZGADO SEGUNDO DE LO CIVIL DE PASTAZA

Pastaza, jueves 21 de junio del 2012. Las 13h35.

VISTOS: La doctora Patricia Naveda solicita aclaración y ampliación de la sentencia dictada en la presente causa manifestando que no se ha dicho nada respecto a las mejoras realizadas al inmueble materia de esta acción. Se ha corrido traslado a la parte contraria quien ha dado contestación argumentando que el recurso horizontal propuesto por la fedataria mencionada tiene como único objeto dilatar indebidamente el trámite de la causa. Al efecto de la revisión del fallo dictado se desprende que éste es claro y resuelve todos los puntos que han sido materia de la controversia, no encontrándose nada que aclarar o ampliar, consecuentemente se niega la petición de aclaración y ampliación propuestas, disponiéndose estar a lo ordenado en el fallo principal. En lo principal, el recurso de apelación presentado por Luz María Barragán y Gladys Pilar Benalcázar Barragán por ser legal y oportunamente interpuesto se lo acepta, el tal virtud, elévese al proceso al superior para .que hagan valer sus derechos ante la H. Corte Provincial de Judicial de Pastaza. Por licencia del señor Secretario del Juzgado, intervenga el señor Jaime Lugo Sánchez en calidad de Secretario encargado. Notifíquese.

f) Dr. Oswaldo Espinosa Prado, Juez.

FALLO DE LA CORTE PROVINCIAL

Juez Ponente: Dr. Oswaldo Vimos Vimos.

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PASTAZA. SALA UNICA DE LA CORTE PROVINCIAL.
Pastaza, martes 8 de enero del 2013, las 16h53.

VISTOS: La Sala avoca conocimiento de la presente causa signada con el número 2012-0150, en

virtud del recurso de apelación interpuesto por Luz María Benalcázar Barragán y Gladys Pilar Benalcázar Barragán, de la sentencia dictada por el Juez Segundo de lo Civil de Pastaza, en el juicio ordinario de nulidad de testamento, que sigue el doctor Aurelio Oswaldo Quito Rodas, en calidad de procurador judicial de Luis Gerardo Benalcázar Barragán, Mercedes Benalcázar Barragán, Blanca Ana Rosa Benalcázar Barran, (sic) Gloria Leonor Benalcázar Barran, (sic) Hugo Iván Patricio Benalcázar Barragán, y Ruth Magdalena Benalcázar Barragán, resolución en la cual, el Juez a quo, declara la nulidad absoluta del testamento solemne y abierto, otorgado por la extinta Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear, el 27 de noviembre del 2007, ante la Notaría Segunda de Pastaza doctora Patricia Naveda, a favor de sus hijas Luz María Benalcázar Barragán y Gladys Pilar Benalcázar Barragán e inscrito el 31 de mayo del 2011, así como la nulidad absoluta de la aclaratoria de testamento realizado mediante escritura pública celebrada únicamente por Luz María Benalcázar Barragán en la Notaría Segunda de Pastaza a cargo de idéntica fedataria, otorgada el 06 de junio del 2011 e inscrita en la misma fecha en el Registro de la Propiedad de Pastaza, disponiendo que las cosas vuelvan al estado anterior, para cuyo efecto ejecutoriada esta sentencia notifíquese al señor Registrador Municipal de la Propiedad de Pastaza. Concedido el recurso de apelación, y habiendo subido los autos a esta Sala; y una vez que se encuentra agotado el trámite en esta instancia, para resolver, se hacen las siguientes consideraciones: PRIMERO: El trámite dado a la causa es la determinada (sic) por la Ley Procesal Civil, sin observarse omisión de ninguna solemnidad sustancial que lo vicie de nulidad, por cuya razón el proceso es válido y así se lo declara: SEGUNDO: De acuerdo a lo previsto por el artículo 113 del Código de Procedimiento Civil, corresponde al actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio y que ha negado el reo. Así mismo el art. 114 del mismo Cuerpo legal, nos dice: "Cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a ley. Cualquiera de los litigantes pueden rendir pruebas contra los hechos propuestos por su adversario". Y, el inciso segundo del art. 115 ibídem, nos dice: "La jueza o juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas": TERCERO: El doctor Aurelio Oswaldo Quito Rodas, comparece en calidad de procurador judicial de: Luis Gerardo Benalcázar Barragán, Mercedes Benalcázar Barragán, Blanca Ana Rosa Benalcázar Barragán, Héctor Germán Benalcázar Barragán, Gloria Leonor Benalcázar Barragán, Hugo Iván Patricio Benalcázar Barragán y Ruth Magdalena Benalcázar Barragán, hijos y legítimos herederos de quien en vida fue Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear, fallecida el 21 de abril del año 2011, conforme consta de las partidas de nacimiento y de defunción que adjunta. Manifiesta que de la copia certificada del testamento solemne y abierto que acompaña, otorgado por la difunta señora Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear ante la Notaría Segunda del cantón Pastaza el 26 de noviembre del año 2007 e inscrita el 31 de mayo del 2011; y escritura pública de aclaratoria de testamento, celebrada en la Notaría Segunda del cantón Pastaza el 6 de junio del mismo año y marginada el 6 de junio del mismo año, se desprende que la testadora ha instituido a favor de sus hijas Luz María y Gladys Pilar Benalcázar Barragán como sus únicas y universales herederas de los derechos y acciones que le correspondían como gananciales dentro de la sociedad conyugal formada con Juan Celio Benalcázar Villacrés, pro indiviso sobre un inmueble y casa de habitación ubicados en la ciudad de Puyo, cantón y provincia de Pastaza, en la avenida 20 de Julio y Bolívar, violando las asignaciones forzosas que establecen los artículos 1194 y siguientes del Código Civil ya que la testadora en lugar de hacer una repartición legítima en el testamento, dejó como únicas herederas a solo dos de sus hijas, violando el art. 1021 del Código Civil que determina que el testador no puede disponer de sus bienes a su arbitrio, sino que debe someterse a lo ordenado en el artículo 1194 del Código Civil ya que una de las asignaciones forzosas son las legítimas; esto es la cuota de los bienes de un difunto que la Ley asigna a los legitimarios que son los hijos y los padres, cuya disposición es imperativa y el testador no puede dejar de observar como ocurrido en el presente caso en que la testadora a dispuesto de los bienes que como gananciales corresponden en la sociedad conyugal formada con su cónyuge a favor de sus nueve hijos de los cuales siete son los mandantes del doctor Aurelio Quito produciéndose así la nulidad del testamento de acuerdo con lo que prescribe los artículos 1698 y 1482 del Código Civil, que establece que la nulidad producida por un objeto y causa ilícita y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescribe para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que ejecutan, son nulidades absolutas, tanto en lo que se refiere a la identidad de los vendedores de la propiedad porque la testadora dice tener derechos y acciones que como gananciales le corresponde a la sociedad conyugal formada por su cónyuge en

el bien ubicado en la calle 20 de Julio y Bolívar, al señalar que fue comprado a los cónyuges Julián Sales e Ilda Arcos cuando de acuerdo al historial de dominio del Registrador de la Propiedad, aparece que la testadora y su cónyuge Juan Celio Benalcázar Villacrés adquirieron los inmuebles por compras realizadas a la Municipalidad de Pastaza y a los cónyuges Carlos Enrique Aguirre Saá y Ruth Magdalena Benalcázar Barragán mas no a Julián Sales e Ilda Arcos; tanto más que, que las cláusulas tercera y cuarta del testamento no se determina la singularización que la testadora dice tener derechos y acciones por concepto de gananciales, no se establece su correcta ubicación como tampoco su cabida y linderos. Afirma además el procurador judicial que la demandada Luz María Benalcázar Barragán, con fecha 6 de junio del 2011, con posterioridad al fallecimiento de sus madre compareció ante la doctora Elizabeth Naveda, Notaría Segunda de Pastaza para celebrar una escritura pública de aclaratoria del testamento solemne y abierto otorgado por Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear el 27 de noviembre del 2007, en el que se instituye como únicas y universales herederas a Luz María y Gladys Pilar Benalcázar Barragán respecto de los derechos y acciones que le correspondían a la testadora en los gananciales dentro de la sociedad conyugal formada con su cónyuge Juan Celio Benalcázar Villacrés, cuyo instrumento también es completamente ilegal por adolecer de nulidad absoluta al haberse arrogado la supuesta beneficiaría la facultad de aclarar el testamento otorgado por su madre, sin considerar que única y exclusivamente la facultad de revocar, ampliar o aclarar las disposiciones contenidas en dicho testamento tenía su madre mientras estaba viva, porque se trata de un acto personal y por un error se ha hecho constar que la compra fue hecha a Julián Sales y señora, cuando en realidad ha sido de dos lotes a diferentes personas y en la cláusula tercera se pretende aclarar tal particular en base al certificado conferido por el Registrador de la Propiedad el 22 de mayo del 2011; resultando que esta aclaración no solamente es ilegal sino una verdadera alteración del testamento otorgado por Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear y por consiguiente esta aclaración adolece de nulidad absoluta por existir causa y objeto ilícito. Por lo que con fundamento en lo dispuesto en los arts. 1201, 1194, 1698, 1482, 9, 1307, 1309 y 1041 del Código Civil y los arts. 169, 170, 178 y 179 del Código de Procedimiento Civil demanda en trámite ordinario a Luz María Benalcázar Barragán y Gladys Pilar Benalcázar Barragán la nulidad absoluta del testamento solemne abierto celebrado por Luisa Rosa Adelaida Barragán a favor de Luz María Benalcázar Barragán y Gladys Pilar Benalcázar Barragán, celebrado en la Notaría Segunda de Pastaza, cuyos actos y escrituras públicas los actores consideran nulos e ilegales puesto que no respeta las asignaciones forzosas que la testadora estuvo obligada hacer a sus legitimarios y este adolece de falsedad en cuanto a la identidad de los vendedores de la propiedad, al señalar que fue comprado a los cónyuges Julián Sales e Ilda Arcos, cuando de acuerdo al historial de dominio determinado en el certificado conferido por el señor Registrador de la Propiedad del cantón Pastaza consta que adquirieron los bienes inmuebles en la ciudad de Puyo por compras realizadas a la Municipalidad de Pastaza y a los cónyuges Carlos Enrique Aguirre Saa y Ruth Magdalena Benalcázar Barragán y no a Julián Sales e Ilda Arcos; porque además existe omisión en su contenido, ya que en las cláusulas tercera y cuarta no se encuentra singularizado el bien indicado en el testamento ya que en estos casos los datos deben ser claros y precisos, y, finalmente porque existe causa y objeto ilícito en la aclaratoria de testamento celebrada el 6 de junio del año 2011, ante la Dra. Patricia Elizabeth Naveda Suárez, Notaría Pública Segunda del cantón Pastaza por la heredera Luz María Benalcázar Barragán, puesto que dicha beneficiaría se toma la facultad de aclarar el testamento, sin considerar que única y exclusivamente le corresponde a la testadora la potestad de revocar, ampliar o aclarar las disposiciones contenidas en el testamento, mientras viva, porque se trata de un acto personal, conforme prescriben los art. 1037, 1039 y 1041 del Código Civil. Termina señalando que la cuantía es indeterminada, que el trámite es ordinario, y señala el casillero judicial no. 93 para recibir sus notificaciones. Aceptada la demanda a trámite en juicio ordinario, y citadas las demandadas Gladys Pilar Benalcázar Barragán; y, Luz María Benalcázar Barragán, así como los presuntos y desconocidos herederos de la causante Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear por el periódico La Prensa, las demandadas Luz María y Gladys Pilar Benalcázar Barragán a fojas 57 del expediente, comparecen a juicio manifestando que "El actor de esta causa, se encuentra confundido en su apreciación jurídica y legal, al presentarnos una demanda carente de fundamentos tanto de hecho como del derecho vigente, en tal virtud, nos permitimos proponer las siguientes excepciones: 1. Negativa pura, simple y absoluta de los fundamentos de hecho y de derecho de la acción; 2. Alegamos improcedencia de la demanda por los motivos que indicaremos oportunamente; y, 3 Alegamos nulidad de la acción. Termina señalando domicilio el casillero (sic) judicial no. 135

para recibir sus notificaciones y la autorización que confieren al doctor Rodrigo Mena Peralta, para que a su nombre y representación firmen cuanto escrito en la presente causa; y designa como procuradora común a Luz María Benalcázar Barragán a fin de que sea la representante en éste "(sic) causa. La doctora Patricia Elizabeth Naveda Suárez, comparece a juicio a fojas 59 de los autos de primera instancia, manifestando, negativa pura, simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda propuesta en su contra; impugna la acción por extemporánea y a la vez sin fundamento legal, alega ilegitimidad de personería del actor, en la calidad de que comparece, todo vez que la procuración judicial otorgada a su favor no reúne todos los requisitos que la ley estipula para el caso; alega falta de legítimo contradictor, toda vez que no ha violado ninguna disposición legal. Por lo manifestado, en sentencia dígnese en (sic) declarar sin lugar la demanda y disponga el pago de daños y perjuicios. Termina designando al abogado César Torres Ortiz, a quien faculta suscribir todo cuanto escrito sea necesario para los intereses de su defensa, señalando casillero judicial no. 59 para recibir notificaciones. Posteriormente se ha efectuado la junta de conciliación (fojas 62) y ha comparecido a la misma el actor doctor Aurelio Quito Rodas, en su calidad de Procurador Judicial de los mentados señores "Benalcázar Barragán] quien dice a nombre de mis mandantes, sabiendo que esta diligencia tiene por objetivo fundamental buscar un acuerdo entre las partes que ponga fin a la causa, propongo a la parte demandada, que se allane a la demanda y que respetando lo dispuesto en el art. 1194 del Código Civil en relación con el art. 1021 ibídem, el cincuenta por ciento de gananciales que correspondió a la señora Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear, se dividan en partes iguales entre los nueve herederos, como así dispone la ley, fórmula conciliatoria que solicito poner en conocimiento de la parte demandada. Caso de no ser aceptada mi propuesta, me ratifico en los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, acuso la rebeldía de la señora Elizabeth Naveda Suárez Notaría Segunda del cantón Pastaza y de más personas que encontrándose legalmente citadas no han compareciendo a esta diligencia. Como esta junta de conciliación tiene por objeto buscar esa conciliación dejo presente que las demandadas impiden en forma ilegal el ingreso de las demás herederas al bien materia de esta litis. Por su parte, el doctor Rodrigo Mena Peralta, a nombre de Luz María Benalcázar Barragán, de quien ofrece legitimar esta su intervención y de Gladys Pilar Benalcázar Barragán, indica lo siguiente: Me ratifico en todas las excepciones deducidas al contenido de la demanda, además impugno la exposición hecha por la parte actora. Se acusa la rebeldía de los señores presuntos y desconocidos herederos de la causante Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear, así como de la doctora Elizabeth Naveda Suárez, Notaría Segunda del cantón Pastaza, por la no comparecencia a está junta de conciliación, estando legalmente citados: CUARTO: Durante el término de prueba el accionante con el fin de justificar los asertos de su pretensión ha solicitado lo siguiente: 1. Que se tenga como prueba de su parte todo lo que de autos le fuere favorable, especialmente el escrito de demanda, documentación anexada, auto de calificación, la junta de conciliación, así como también la copia certificada de la partida de defunción anexada, auto de calificación, la junta de conciliación, así como también la copia certificada de la partida de defunción de la señora Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear, fojas 12 del expediente, e impugna cualquier pretendida, y de acomodo, mal llamada prueba que aporte o llegare a aportar la parte demandada, por impertinente; 2. Que se reproduzca a su favor las partidas de nacimiento de: Luis Gerardo Benalcázar Barragán, Mercedes Benalcázar Barragán, Blanca Ana Rosa Benalcázar Barragán, Héctor Germán Benalcázar Barragán, Gloria Leonor Benalcázar Barragán, Ruth Magdalena Benalcázar Barragán, Hugo Iván Patricio Benalcázar Barragán, Gladys Pilar Benalcázar Barragán, y Luz María Benalcázar Barragán, documentos que obran de fojas 13 a 21 de los autos.; 3. Que se tenga como prueba los certificados conferidos por el señor Registrador de la Propiedad del cantón Pastaza, relacionado a los bienes de los cónyuges Juan Celio Benalcázar Villacrés y Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear, que obra de fojas 22 y 23 de los autos. 4. Que se reproduzca a su favor la copia del testamento solemne abierto otorgado por Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear a favor de Luz María y Gladys Pilar Benalcázar Barragán, celebrada en la Notaría Pública Segunda del cantón Pastaza, a cargo de la doctora Patricia Elizabeth Naveda Suárez el 27 de noviembre del 2007; 5. Que se tenga como prueba de su parte la escritura pública de aclaración otorgada por Luz María Benalcázar Barragán, en la Notaría Pública Segunda del cantón Pastaza, el día 6 de junio del 2011, escritura con la que se trató de aclarar el testamento solemne abierto, que fuera otorgado por Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear, que consta de fojas 24 a 30 del proceso; 6. Se reproduzca a su favor las procuraciones judiciales conferidas y que obran de fojas 7 a la 11 vuelta del proceso; y, 7. Que se reproduzca a su favor las citaciones realizadas a las demandadas Luz

María y Gladys Pilar Benalcázar Barragán, que obra de fojas 48 vuelta y 49 vuelta, así como las realizadas a los presuntos y desconocidos herederos, mediante publicaciones de fojas 50, 51 y 52 de los autos. También ha solicitado como prueba el contenido de los artículos 1194, 1204, 105, 1021, 1023, 1037, 1041, 1698, 1478, 1482, 9, del Código Civil y de los arts. 169, 170, 178 y 179 del Código de Procedimiento Civil. Y ha solicitado inspección judicial al inmueble, así como también confesión judicial a las demandadas, y las posesiones efectivas de los bienes dejados por Juan Celio Benalcázar Villacrés y Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear. Por su parte, las accionadas han solicitado las siguientes pruebas: 1. Que impugnan la prueba presentada y la que llegaren presentar la parte actora por improcedente e impertinente. 2. Que se reproduzca a su favor todo cuanto de autos le fuere favorable, en especial las excepciones planteadas al contestar la demanda. 3. Que se fije el día y la hora para una inspección judicial hasta la Notaría Segunda del cantón Pastaza, a cargo de la doctora Patricia Elizabeth Naveda, ubicada en la calle Atahualpa, de esta ciudad, con el objeto de establecer los siguientes aspectos: A. Si en el protocolo o en la matriz de dicha Notaría en la escritura se han omitido algún requisito que la ley notarial exige para tales actos, B. Que si la escritura antes indicada en el literal anterior han cumplido con todas las solemnidades que la Ley notarial exige 4. Que se practique una diligencia judicial en el proceso que se ventila, con el objeto de establecer que se ha demandado únicamente la nulidad absoluta de la escritura, pero jamás se ha demandado la nulidad del contrato que contiene dichas escrituras. 5. Que se reproduzca a su favor los artículos 1698 y 1482 del Código Civil vigente, que habla de la nulidad absoluta; y 6. Que se reproduzca a su favor los expedientes 124-96 y 62-2004 de la Segunda y Tercera Sala de la Excm. Corte Suprema de Justicia de fecha 27 de mayo de 1997 y 22 de marzo de 2004, que hablan de la nulidad absoluta. La doctora Patricia Naveda, Notada Pública Segunda del cantón Pastaza, dentro de la etapa probatoria, ha solicitado: 1. Reproduzca, como prueba de su parte todo cuanto de autos le fuere favorable, e impugna lo adverso. 2. Que se tenga como prueba de su parte la contestación, impugnación y excepciones propuestas al momento de contestar la demanda. 3. Impugna toda prueba documentada o testimonial que presente o llegara a presentar la parte actora, por ser ajena y contraria a la realidad de los hechos. 4. Se señale el día y la hora a fin de que tenga lugar la respectiva experticia grafológica de las firmas y rúbricas de los señores Luis Gerardo, Mercedes, Blanca Ana Rosa, Héctor Germán, Gloria Leonor, Hugo Patricio, Ruth Magdalena Benalcázar Barragán, en la procuración judicial constante en el proceso, otorgada a favor del doctor Aurelio Quito Rodas, para que se constate si pertenece o no a los otorgantes. QUINTO: El testamento, según el artículo 1037 del Código Civil, es un acto más o menos solemne en que una persona dispone de todo o de una parte de sus bienes, para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en el, mientras viva. SEXTO: La pretensión de nulidad absoluta formulada por el doctor Aurelio Quito Rodas, Procurador Judicial, de sus mandantes, como actor de la presente demanda, se refiere a que sin motivo o justificación de carácter legal, la testadora a excluido de dicho testamento a sus hijos Luis Gerardo, Mercedes, Blanca Ana Rosa, Héctor Germán, Gloria Leonor, Hugo Iván Patricio, y Ruth Magdalena Benalcázar Barragán, quienes son sus legitimarios, favoreciendo únicamente a sus dos hijas Luz María Benalcázar Barragán y Gladys Pilar Benalcázar Barragán, al instituirles como únicas y universales herederas de los derechos y acciones que les corresponden como gananciales de la sociedad conyugal formada con Juan Celio Benalcázar Villacrés, proindiviso, del inmueble y casa de habitación ubicado en la ciudad de Puyo, en la avenida 20 de Julio y Bolívar, al margen de la ley, violando las asignaciones forzosas que establecen los artículos 1194 y siguientes del Código Civil, del art. 1021 y más pertinentes del mismo cuerpo legal, afirma que violó lo concerniente a la sucesión por causa de muerte, en razón de que hay causa y objeto ilícito y consiguientemente existe nulidad absoluta del testamento de acuerdo a lo que prescribe el art. 1698 y 1482 del Código Civil. Señala el actor que en el testamento otorgado por la señora Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear, adolece de falsedad y omisión en su contenido, cuando manifiesta que la testadora tiene derechos y acciones, como gananciales en la sociedad conyugal formada con su cónyuge, en el bien inmueble ubicado en la calle 20 de Julio y Bolívar; y, que el mismo fue comprado a los cónyuges JULIAN SALES E ILDA ARCOS, cuando en realidad de acuerdo al historial de dominio la compra lo realizó a la Municipalidad de Pastaza y a los cónyuges Carlos Enrique Aguirre Saa y Ruth Magdalena Benalcázar Barragán, por lo que se presume de que se trata de otro bien inmueble. Argumentando de mejor manera, la demanda no solo se refiere a los elementos formales del testamento solemne y abierto, se refiere también a los elementos de fondo como son los relacionados con el objeto y causa

lícitos, en verdad se conoce que no se ha demandado la nulidad de testamento otorgado por la señora Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear, por no reunir los requisitos formales, sino que demanda la nulidad del acto propiamente dicho por existir causa y objeto ilícitos en las disposiciones testamentarias, en razón de haber excluido de dicho testamento a los legitimarios, violando las disposiciones legales que regulan la sucesión por causa de muerte, que de conformidad con lo que dispone el Art. 1697 es nulo todo acto o contrato que falte alguno de los requisitos que la ley exige para la validez del referido acto o contrato, y esta puede ser absoluta como lo dispone el art. 1698 ambas del Código Civil, se produce por el objeto o causa ilícita o por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para darle valor a ciertos actos y contratos, que entrándose de la sucesión por causa de muerte, el art. 1021 del Código Civil, claramente determina que las leyes reglan la sucesión en los bienes de que el difunto no ha dispuesto o si DISPUSO, no lo hizo conforme a derecho, lo cual nos enseña que el testador no puede disponer de sus bienes a su antojo sino que tiene que someterse a lo que la ley señala, y al respecto, el art. 1194 del Código Civil nos enseña, que las asignaciones forzosas son las que el testador está obligado a hacer (sic) y que se suplen cuando no las ha hecho, aún con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas, una de esas asignaciones forzosas son las legítimas. Estos hechos, se explica que la legítima es la cuota de bienes del difunto que la ley asigna a los legitimarios y los legitimarios son los hijos así lo dispone el art. 1204 y 1205 del Código Civil, de donde se concluye que la testadora Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear violó las normas legales que regulan lo concerniente a la sucesión por causa de muerte en razón de que hay causa y objeto ilícito, y consiguientemente hay nulidad del testamento de acuerdo con lo que prescribe los arts. 1698 y 1482 del Código Civil, por eso la Sala, concluye explicando que la testadora antes indicada incumplió con el mandato legal de disponer sus bienes a favor de todos sus nueve hijos (legitimarios) por lo que reitera que dicho testamento solemne y abierto es nulo. Es oportuno indicar que el art. 1698 del Código Civil, nos dice: "La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato". Esta es la norma general sobre nulidades absolutas de la que se desprende que las nulidades de los actos y contratos pueden ocurrir por dos vías: 1. Por objeto o causa ilícita y 2. Por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos y contratos. En el presente caso, en la demanda que obra de fojas 42 a la 46 del cuaderno de primera instancia, los demandantes a través del Procurador Judicial, presentan la pretensión de que declare la nulidad absoluta del testamento solemne abierto, porque no se ha respetado las asignaciones forzosas que les corresponde a todos los nueve hijos o legitimarios de la herencia de Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear, esto es, por existir causa y objeto, ilícito, y fundamentalmente por hacer referencia en el mencionado testamento que dona los derechos y acciones que le corresponde en una propiedad comprada al señor Julián Sales e Ilda Arcos, sin especificar los linderos y dimensiones, predio este distinto al historial del predio e inmueble en litigio, es por esto que acogiendo el criterio jurídico del señor Juez de origen y al haber justificado los fundamentos de hecho y de derecho de su demanda y rechazándolas excepciones deducidas por las demandadas al no haberse justificado confórmela derecho esta Sala Unica de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza, "ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA", confirma la sentencia dictada por el señor Juez Segundo de lo Civil de Pastaza, en su integridad; y, por lo tanto, se rechaza el recurso de apelación interpuesto por Luz María Benalcázar Barragán y Gladys Pilar Benalcázar Barragán. Sin costas ni honorarios que regular en esta instancia. Ejecutoriado el fallo devuélvase los autos al Juzgado de origen para los fines de ley. Notifíquese.

f) Drs. Oswaldo Vimos V, Dra. Tania Masson Fiallos, Dr. Carlos Borja Borja. Conjuez.

ACLARACION/AMPLIACION

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PASTAZA, SALA UNICA DE LA CORTE PROVINCIAL.
Pastaza, miércoles 6 de febrero del 2013. Las 11h39.

VISTOS: Luz María y Gladys Pilar Benalcázar Barragán, accionadas, han interpuesto recurso horizontal de aclaración de la sentencia dictada por este Tribunal, dentro del término legal, bajo el argumento siguiente: "En la sentencia dictada, en el considerando Sexto, en la parte pertinente el art. 1021 del Código Civil, claramente determina que las leyes reglan la sucesión en los bienes de que el difunto no ha dispuesto o si dispuso no lo hizo conforme a derecho, lo cual nos enseña que el testador no puede disponer de sus bienes a su antojo sino que tiene que someterse a lo que la ley señala, y al respecto, el art. 1194 del Código Civil nos enseña, que las asignaciones forzosas son las que el testador está obligado a hacer y que se suplen cuando no las ha hecho, aún con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas, una de esas asignaciones forzosas son las legítimas. Estos hechos, se explica que la legítima es la cuota de los bienes del difunto que la ley asigna a los legitimarios y los legitimarios son los hijos así lo dispone el art. 1204 y 1205 del Código Civil, en donde se concluye que la testadora Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear violó las normas legales que regulan lo concerniente a la sucesión por causa de muerte en razón de que hay causa y objeto ilícito y por consiguiente hay nulidad absoluta del testamento...", sírvase aclarar y determinar en forma precisa, cual es la causa y el objeto ilícito realizado por la testadora, toda vez que al no repartir equitativamente los bienes, de ninguna manera constituye causa y objeto ilícito, como erradamente sostiene la Sala, más aún si testar es absolutamente legal; y el bien inmueble es de aquellos que están dentro de los actos de comercio, es decir dónde está la causa y objeto ilícitos?". Previamente como ordena la ley, se dispuso correrse traslado a la parte accionante con dicho recurso horizontal de aclaración, mediante providencia dictada con fecha lunes 14 de enero del 2013, a las 16h58 para que conteste dentro del término de tres días de conformidad con lo que dispone el art. 282 del Código de Procedimiento Civil. El accionante, doctor Aurelio Quito Rodas, en su calidad de procurador judicial de Luis Gerardo Benalcázar Barragán, y otros, dentro del término legal, contestándola traslado corrido manifiesta: "La petición realizada por las demandadas carecen de todo fundamento legal, y lo único que persiguen es dilatar el trámite de la causa, en la forma que lo han venido haciendo en las dos instancias, en las que de ninguna manera han justificado los fundamentos de la contestación dada a la acción propuesta, ni del recurso de apelación que interpusieron. El art. 282 del Código de Procedimiento Civil, dice: "La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere obscura...". "Del texto de la sentencia dictada por ustedes señores jueces, se establece con claridad meridiana que el indicado fallo es completamente claro, que no adolece de ninguna obscuridad y por lo tanto nada existe por aclarar, por cuya razón la petición formulada por las señoras María y Gladys Pilar Benalcázar Barragán, debe ser negada. El contenido de la petición de aclaración, lo que pretende es que ustedes señores jueces reformen el fallo, bajo el pretexto de alguna obscuridad del mismo, particular que es completamente prohibido por la Ley, por ello solicita que sea negado la aclaración", (sic). Consiguientemente, previo a resolver este recurso horizontal, la Sala hace las siguientes consideraciones. PRIMERO: El Art. 282 del Código de Procedimiento Civil, nos dice: "La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere obscura; y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas...". Al respecto cabe manifestar que la sentencia es absolutamente clara, y entendible, razón por la cual no hay nada que aclararse: SEGUNDO: Como se evidencia del art. 275 del Código de Procedimiento Civil, al tratar sobre la claridad del contenido de los decretos, autos y sentencia, nos dice: "Los decretos, autos y sentencias expresarán con claridad lo que se manda o se resuelve; y en ningún caso se hará uso de frases obscuras o indeterminadas como ocurra a quien corresponda, venga en forma, como se pide,...". Por lo expuesto, si revisamos la sentencia dictada con fecha martes 8 de enero del 2013, a las 16h53, por este Tribunal, se concluye que es absolutamente claro, entendible, ya que para emitir sentencia, se ha efectuado una valoración de la prueba con absoluta imparcialidad, de acuerdo con los principios de la sana crítica, con la circunstancia de que tanto la prueba de cargo como la de descargo ha sido analizada debidamente en los respectivos considerandos de dicho fallo. Por estas consideraciones, esta Sala Unica rechaza el recurso horizontal de aclaración por infundado e improcedente, interpuesto por la parte accionada, señoras: Luz María y Gladys Pilar Benalcázar Barragán. Notifíquese.

f) Dr. Oswaldo Vimos V., Dra. Tania Massón Fiallos, Dr. Carlos Borja Borja, Conjuez.

FALLO DE CASACION

Juez Ponente: Dr. Eduardo Bermúdez Coronel.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Quito, a 21 de junio de 2013. Las 10h00.

VISTOS: (JUICIO no. 043-2013 JBP): Integran este Tribunal, los señores doctores Eduardo Bermúdez Coronel y Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, Jueces Nacionales, designados y posesionados por el Consejo de la Judicatura de Transición, mediante resolución no. 004-2012 de 25 de enero de 2012; e integrantes de esta Sala Especializada por la Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, de 30 de enero de 2012; y el señor doctor Alejandro Arteaga García, en calidad de Conjuez Nacional, por licencia de la señora doctora María del Carmen Espinoza Valdiviezo, concedida mediante oficio no. 851-SG-CNJ-IJ de 06 de mayo de 2013; y, conforme el acta de sorteo que obra del expediente de casación. 1. ANTECEDENTES: En lo principal, sube el proceso a esta Sala en virtud del recurso de casación oportunamente interpuesto por Luz María y Gladys Pilar Benalcázar Barragán contra la sentencia proferida por la Sala Unica de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza, misma que confirma el fallo de primera instancia dictado por el Juez Segundo de lo Civil de Pastaza, que aceptó la demanda de nulidad de testamento propuesta por el doctor Aurelio Oswaldo Quito Rodas, procurador judicial de Luis Gerardo, Mercedes, Blanca Ana, Héctor Germán, Gloria Leonor, Hugo Iván y Ruth Magdalena Benalcázar Barragán en contra de las ahora recurrentes. 2. COMPETENCIA: La competencia de esta Sala está asegurada en virtud de lo dispuesto en los artículos 184 de la Constitución de la República, 172 en relación con el 189 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1 de la Ley de Casación. 3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Las recurrentes alegan como infringidas en la sentencia impugnada las disposiciones de derecho contenidas en los arts. 1194, 1482, 1697 y 1698 del Código Civil; y, Arts. 114, 115 y 116, del Código de Procedimiento Civil; y, Arts. 76.1, 82 y 424 de la Constitución de la República. Fundamentan el recurso en las causales primera y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. Fijados así los términos objeto del recurso, queda determinado el ámbito de análisis y decisión de este Tribunal de Casación, en mérito del principio dispositivo consagrado en el Art. 168.6 de la Constitución de la República y normado por el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial. Concluido el trámite de sustanciación, para resolver, se puntualiza: 4. CONSIDERACIONES RESPECTO DEL RECURSO DE CASACION: La casación es un medio de impugnación extraordinario, público y de derecho estricto; es recurso limitado desde que la Ley lo contempla para impugnar, por su intermedio, sólo determinadas sentencias. La casación es "recurso formalista, es decir, impone al recurrente, al estructurar la demanda con la que lo sustenta, el inexorable deber de observar todas las exigencias que exige la técnica de casación, a tal punto que el olvido o desprecio de ellas conduce a la frustración del recurso y aún al rechazo in limine del correspondiente libelo" (Humberto Murcia Bailen, Recurso de Casación Civil, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, sexta edición, Bogotá-Colombia, 2005, p. 71). El objetivo fundamental de la casación es atacar la sentencia que se impugna para invalidarla o anularla por los vicios de fondo o forma de los que puede adolecer, hecho que se verifica a través del cotejamiento riguroso y técnico de la sentencia con el ordenamiento jurídico vigente, lo que permite encontrar la procedencia o no de las causales invocadas. Este control de legalidad está confiado al más alto Tribunal de Justicia Ordinaria, que en el ejercicio de ese control así como el de constitucionalidad, lo que busca es garantizar la defensa del derecho objetivo en procura de la seguridad jurídica, pilar fundamental en el que se sustenta 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. La casación es recurso riguroso, restrictivo y formalista por lo que su interposición debe sujetarse necesaria e invariablemente a los requisitos previstos en la ley. 5. ANALISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACION A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS: 5.1. PRIMER CARGO, NORMAS CONSTITUCIONALES: Cuando se acusa violación de las disposiciones constitucionales, este cargo debe ser analizado en primer lugar por el principio de supremacía constitucional consagrado en los Arts. 424 y 425 de la Constitución de la República, que es norma suprema del Estado y fuente fundamental y fundamentadora del ordenamiento jurídico, a la cual ha de ajustarse todo el ordenamiento infraconstitucional y las actuaciones de jueces, autoridades públicas y ciudadanos. No basta con alegar que se ha violado, in genere, un derecho fundamental, sino que debe expresarse en forma concreta y precisa la manera cómo ha ocurrido. En la especie, los recurrentes formulan el cargo de falta de aplicación de los Arts.

76.1, 82 y 424 de la Constitución, pero sin precisar ni determinar cómo se han dejado de aplicar esos preceptos constitucionales, realizando simplemente una imprecisa formulación "La Sala Unica de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza no lo aplicó en el caso que nos ocupa, pues de ninguna manera garantizó nuestros derechos vulnerándolos irreflexiva (sic)... crea una inseguridad jurídica cuando declara la nulidad del testamento al margen de manera absoluta de la ley, la doctrina y los fallos jurisprudenciales... la sentencia sin duda alguna carece de eficacia jurídica porque no guarda conformidad con las normas constitucionales y las del Código Civil. 5.2 SEGUNDO CARGO, CAUSAL TERCERA: Dicen los casacionistas que "La sentencia infringe el Art. 114 del Código de Procedimiento Civil, pues las recurrentes hemos aportado con prueba suficiente para defender nuestros derechos y demostrar que en el testamento abierto de marras no existe objeto ni causa ilícitos... la sentencia infringe el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil porque la prueba no ha sido apreciada ni valorada en su conjunto, ya que solamente se ha atendido a la aportada por la parte actora y a las suposiciones de ella, haciéndose caso omiso de la nuestra. Pretender creer que la repartición no equitativa de los bienes a los hijos es causal de nulidad absoluta, -resulta por demás ilógico, considerara nuestra prueba como que no existe, es por demás injusto y una sentencia injusta jamás puede causar estado. Por lo demás, tampoco se ha observado ninguna de las reglas de la sana crítica, aspecto que jamás puede descuidar el juzgador al momento de dictar sentencia, es decir no se han aplicado los preceptos jurídicos que regulan la valoración de la prueba y esta falta ha dado como resultado una equivocada aplicación de las ya mencionadas normas de derecho. En cuanto al Art. 116 del Código de Procedimiento Civil, los señores Jueces de la Sala no consideraron que la prueba aportada por nosotras era absolutamente procedente y legal. 5.2.1. La causal invocada, que en doctrina se la conoce como de violación indirecta de la norma sustancial, para sus procedencia es necesario que se encuentren cumplidos los siguientes presupuestos básicos: a) la indicación de la norma o normas de valoración de la prueba que, a criterio de (1) recurrente (s) ha sido violentada; b) la forma en que se ha incurrido en la infracción, si por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación; c) la determinación del medio de prueba en que se produjo la infracción d) la infracción de norma o normas de derecho sustancial por equivocada aplicación o por no aplicación; y, e) la explicación lógica y jurídica del nexo causal entre la primera infracción de norma de valoración de la prueba y la segunda infracción de norma sustantiva o material. Quien recurre, al invocar esta causal, debe justificar la existencia de dos infracciones, la primera de una norma de valoración de la prueba, y, la segunda, la violación de una disposición sustantiva o material que ha sido afectada como consecuencia de la primera infracción, por lo que es necesario se demuestre la existencia del nexo de causalidad entre una y otra. 5.2.2 El Art. 114 del Código de Procedimiento Civil consagra la obligación de los sujetos procesales de probar lo por ellos alegado. Trata, como se ve, de la incumbencia de la actividad probatoria, pues que es de interés de las partes proponer y producir las pruebas que hacen a sus derechos, desde que los jueces solo por excepción y cuando consideren indispensable deben adoptar por sí solo las medidas que consideren necesarias. Si bien el sistema procesal ha reforzado los poderes de los jueces, atribuyéndoles mayores facultades para dilucidar la verdad que asegure una decisión conforme al derecho reclamado, ello no significa abandonar el principio de que, en las causas civiles, de familia, el material de conocimiento debe ser proporcionado, principalmente, por los litigantes; lo contrario significaría liberar a las partes de la carga de la prueba o destruir el principio de igualdad entre ellas. Este precepto procesal no tiene ninguna relación con la valoración probatoria. El Art. 115 del mismo Código Procesal, sin ser, asimismo, precepto jurídico aplicable a esa valoración, consagra la obligación de que el juez debe apreciar en conjunto la prueba actuada, lo que habrá de hacerlo de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Por el principio de la nulidad de la prueba, el acerbo probatorio obrante del proceso forma una unidad y, como tal debe ser examinado y meritudo por el juez de la causa, confrontando las diversas pruebas (documentos, testimonios, pericias, etc.) para señalar su concordancia o discordancia y concluir sobre el convencimiento que de ellas se forme. En cuanto a las reglas de la sana crítica, hasta ahora ni la jurisprudencia ni la doctrina han logrado establecer cuáles son éstas, dada la imposibilidad de fijarlas de una manera taxativa ni menos se hallan determinadas en ningún texto legal. Además de ser una expresión idiomática, "...se identifica por algunos con la lógica; por otros con el buen sentido, extrayendo las reglas de la lógica, basándose en la ciencia, en la experiencia y en la observación; otras veces es la lógica crítica aplicada al proceso; el buen sentido; coincide con las reglas del correcto entendimiento humano; como la crítica o el criterio racional; se confía a la prudencia, rectitud y sabiduría de los jueces,

debiendo en cada caso examinar las circunstancias que lo rodean" (Santiago Sentís Melendo, La Prueba, Editorial EJE, Buenos Aires, 1990, p. 248). Las reglas de la sana crítica, en su sentido formal, consisten en una operación lógica y en la que no pueden ser desoídos los principios del tercero excluido, de falta de razón suficiente o de contradicción. "Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y aun conocimiento experimental de las cosas. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento (Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, pp. 224 y 225). Las máximas de experiencia contribuyen tanto como los principios lógicos a la valoración de la prueba. "La sana crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve en la vida. Esas conclusiones no tienen la estrictez de los principios lógicos tradicionales, sino que son contingentes y variables con relación al tiempo y al lugar. El progreso de la ciencia está hecho de una serie de máximas de experiencia derogadas por otras más exactas; y aún frente a los principios de la lógica tradicional, la lógica moderna muestra cómo el pensamiento humano se halla en constante progreso en la manera de razonar. Es necesario, pues, considerar en la valoración de la prueba el carácter forzosamente variable de la experiencia humana, tanto como la necesidad de mantener con el rigor posible los principios de lógica en que el Derecho se apoya" (Eduardo, J. Couture, op. cit. p. 226). El art. 116 del Código de Procedimiento Civil consagra el principio de la pertinencia y conducencia o idoneidad de la prueba que, si bien conlleva una restricción al principio de la libertad de ésta, su necesidad es manifiesta, desde que los medios probatorios que por sí mismo o por su contenido no sirvan para los fines propuestos y resulten manifiestamente improcedentes o idóneos, deben ser desechados por el juez de la causa, de este modo se contribuye a la contracción y a la eficacia procesal de la prueba. 5.2.3. Es fundamental caer en la cuenta que la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación prevé que la aplicación indebida, la falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, constituyen violación medio que conduce a la violación indirecta de normas de derecho sustancial "...siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o alano aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto". Fácilmente se puede apreciar que, las censoras, no cumplen con la exigencia de esta causal del. Art. 3 de la Ley de Casación de determinar, en forma clara e inequívoca, los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que, a su entender, condujeron a la equivocada aplicación o no aplicación de normas de derecho en la sentencia. Se puntualiza que la violación directa de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración probatoria, por aplicación indebida, falta de aplicación o erógena interpretación, es el medio para provocar la violación indirecta de normas sustanciales o materiales que se ocasiona por su equivocada aplicación o no aplicación, lo que no puede acontecer en la especie, precisamente por la falta de señalamiento de normas procesales específicamente destinadas a la valoración probatoria, así como de las normas sustanciales o materiales que se aplicaron indebidamente o que se dejaron de aplicar. El recurso extraordinario de casación revisa la sentencia como *thema decissum*. En consecuencia, se desecha el cargo. En la casación se encuentran limitados los poderes de los jueces, que deben restringir su actividad a revisar la sentencia impugnada solamente por las causales que el recurrente invoque y por las razones que exponga, sin que esté a su alcance la renovación del conjunto probatorio desde que este recurso, por naturaleza apunta, por lo general a la corrección de errores de derecho y no a clarificar la situación fáctica en que se fundamenta la sentencia de última instancia. 5.3. TERCER CARGO, CAUSAL PRIMERA: Las casacionistas indican que "Los señores Jueces de la Sala Unica de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza que dictaron la sentencia de segunda instancia, violaron el Art. 1194 del Código Civil porque consideran que la testadora Luisa Rosa Adelaida Barragán violó las normas legales que regulan lo concerniente a la sucesión por causa de muerte, al afirmar que esto se constituye en causa y objeto ilícito, cuando en ninguna parte de los Arts. 1697 y 1698 del Código Civil se encuentra estipulado como causa de nulidad absoluta, el

hecho que la testadora no cumpla con las asignaciones forzosas, más aún la ley prevé en el mismo Art. 1194 del Código Civil que éstas se suplen cuando no lo ha hecho, aún con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas, y que según las disposiciones del Art. 1239 del mismo Código, prescribe que los legitimarios a quienes el testador no haya dejado lo que por ley les corresponde, tendrán derecho a que se reforme a su favor el testamento, y podrán intentar la acción de reforma, que es lo que hiparte actora debía haber intentado en el presente caso. De igual forma la Sala realiza una aplicación indebida de las disposiciones constantes en el Art. 1482 aduciendo que se ha producido nulidad absoluta del testamento, como si testar fuera algo prohibido por la ley, contraviniendo en forma flagrante estas normas... el hecho de que no se haya asignado a los derecho-habientes por igual por parte del testador, es otra situación distinta, pero su causa y objeto son lícitos, por lo que jamás se puede aceptar que la Sala Unica indique ... que la testadora antes indicada incumplió con el mandato legal de disponer sus bienes a favor de todos sus nueve hijos (legitimarios) por lo que reitera que dicho testamento solemne es nulo. Consecuentemente y para admiración nuestra declaran la nulidad absoluta. Esta forma de actuar hizo que la Sala, en la sentencia dictada, realizara una aplicación indebida del Art. 1698 del Código Civil que se refiere a la nulidad, diciendo En el presente caso, en la demanda que obra de fojas 42 a la 46 del cuaderno de primera instancia, los demandantes a través del procurador judicial presentan la pretensión de que se declare la nulidad absoluta del testamento solemne abierto, porque no se ha respetado las asignaciones forzosas que le corresponde a todos los nueve hijos o legitimarios en la herencia de Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear, esto es por existir causa y objeto ilícitos... debió probarse por parte de los accionantes, para que prospere la nulidad absoluta demandada, la existencia de la omisión de algún requisito o formalidad en la celebración del testamento, lo cual no se consigna en los recaudos procesales". 5.3.1. Por la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, se imputa vicios iudicando por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales en la sentencia auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva. Este vicio de juzgamiento, violación directa de la ley sustancial o material, concurre cuando: 1. El juzgador deja de aplicar la norma sustantiva al caso controvertido por absoluto desconocimiento de la misma y por ignorar el rango o preferencia que tiene en relación con otras; por desconocer acerca de su naturaleza propia y la posibilidad de que pueda omitirse o modificarse por voluntad de las partes. 2. Por aplicación indebida, por el error que ocurre al subsumir los hechos establecidos en la norma y al precisar las circunstancias de hecho que son relevantes para que la norma entre en juego (yerro de diagnosis jurídica), puede también surgir el error al establecer la diferencia o semejanza que media entre la hipótesis, legal y la tesis descaso concreto; y, 3. El juzgador incurre en yerro de hermenéutica, de interpretación jurídica al errar acerca del contenido de la norma, "... del pensamiento latente en ella, por insuficiencia o exceso en el juicio del juzgador y de acuerdo con las doctrinas sobre interpretación de las leyes" (Manuel de la Plaza, La Casación Civil, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, p. 218). La pretensión de los demandantes, concretamente, es la declaratoria de nulidad absoluta, del testamento abierto otorgado por Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear en beneficio de Luz María y Gladys Pilar Benalcázar Barragán ante la Notaría Segunda del cantón Pastaza el 26 de noviembre de 2007 así como de la escritura pública aclaratoria de ese testamento, celebrada en la misma Notaría Pública el 06 de junio de 2011, desde que "...se han violado las asignaciones forzosas que establecen los Arts. 1194 y siguientes del Código Civil ya que la testadora en lugar de hacer una repartición legítima en el testamento, dejó como únicas herederas a solo dos de sus hijas, violando el Art. 1021 del Código Civil que determina que el testador no puede disponer de sus bienes a su arbitrio, sino que debe someterse a lo ordenado en el Art. 1194 del Código Civil ya que una de las asignaciones forzosas son las legítimas... produciéndose así la nulidad del testamento de acuerdo con lo que prescriben los Arts. 1698y 1482 del Código Civil... Además, la demandada Luz María Benalcázar Barragán, con fecha 6 de junio de 2011, con posterioridad al fallecimiento de su madre compareció ante la doctora Elizabeth Naveda, Notaria Segunda de Pastaza, para celebrar una escritura pública de aclaratoria del testamento solemne y abierto otorgado por Luisa Rosa Adelaida Barragán... cuyo instrumento también es completamente ilegal por adolecer de nulidad absoluta al haberse arrogado la supuesta beneficiaria la facultad de aclarar el testamento". 5.3.2. La sucesión por causa de muerte es la transmisión del patrimonio de una persona o de bienes determinados en favor de otras personas también determinadas; en este sentido, la sucesión por causa de muerte es uno de los modos de adquirir el dominio, Art. 603 del Código Civil. Se puede suceder a una persona por testamento o por

imperio de la ley, el Art. 994 *ibídem* señala que si se sucede en virtud de un testamento la sucesión se llama testamentaria y si en virtud de la ley, intestada. En el caso del segundo evento es el legislador quien indica a las personas que van a suceder al causante, por ello que se la llama también sucesión legal. El testamento -dice el Art. 1037 del Código Civil- es un acto más o menos solemne en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes, para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva. El testamento es acto jurídico por excelencia y su solemnidad está establecida en atención al acto en sí mismo, por ello que si no se cumplen determinadas formalidades, no surte efecto jurídico alguno. Los requisitos del testamento son unos de carácter interno, otros llamados externos o solemnidades, y unos terceros que dicen relación con las disposiciones testamentarias en sí mismas. Los primeros se relacionan con el titular del testamento y, en concreto, están constituidos por la capacidad del testador y su voluntad exenta de vicios. Con relación a la capacidad para testar, en Derecho, la regla general es la capacidad, por tanto, la excepción, la incapacidad, Art. 1462 del Código Civil; son incapaces para otorgar testamento los comprendidos en el Art. 1043 *ibídem*. El segundo requisito subjetivo se refiere al consentimiento o voluntad del testador. Se oponen a la libre manifestación de la voluntad de quien otorga testamento los vicios de la voluntad, es decir fuerza, dolo y error. El legislador en cuanto a la voluntad que debe ser libremente manifestada, la considera fundamental, por ello que la rodea del máximo de precauciones, creando incapacidades e indignidades para suceder para los que atentan contra ella. El Art. 1045 del Código Sustantivo Civil, de modo expreso señala que, "El testamento en que de cualquier modo haya intervenido la fuerza, es nulo en todas sus partes; la previsión legal es amplísima, por lo que el testamento en el que de cualquier modo haya intervenido la fuerza, es nulo en su totalidad, por más que quien haya ejercido la presión solo haya pretendido una asignación a su favor. En cuanto al dolo y el error en el testamento, el legislador no ha hecho pronunciamiento al respecto y como vicios de la voluntad; la necesaria consecuencia es que deben aplicarse las reglas generales al respecto y con esta salvedad: "el dolo como vicio del consentimiento debe ser determinante y obra de una de las partes. Esta última exigencia debe ser entendida racionalmente, y llegan en consecuencia; a la conclusión de que no tiene cabida en el testamento, por ser éste un acto unilateral en el cual interviene la voluntad de una sola persona. Por tanto, el dolo para viciar la voluntad del testador puede ser obra de cualquier persona, y ya no existe contraparte. Quien quiera que sea el que se ha valido del dolo para obtener una cláusula testamentaria en su favor, será nula la disposición (Manuel Somarriva Undurraga, Derecho Sucesorio, versión de Rene Abeliuk, Ed. Nascimento, Santiago de Chile, 1983, p. 169). En cuanto a los requisitos objetivos del testamento, éstos son de forma y de fondo; los primeros se relacionan con las solemnidades y los segundos con las asignaciones testamentarias. El testamento solemne es aquel en que se han observado todas las solemnidades que la ley ordinariamente requiere, inciso segundo del Art. 1046 del Código Civil. Los testamentos comunes, ordinarios o solemnes otorgados en el Ecuador pueden ser de dos clases: abiertos, nuncupativos o públicos, y, cerrados, secretos o místicos. Son requisitos comunes a todo testamento solemne la escrituración y la presencia de testigos. El testamento abierto se caracteriza porque el testador hace conocer de sus disposiciones a los testigos y el sistema legal contempla dos procedimientos para otorgar testamento abierto: a) El otorgado ante Notario y tres testigos, y, b) el otorgado ante cinco testigos. "Lo que singulariza al testamento solemne abierto de la primera clase es el hecho de que el Notario da lectura de las disposiciones testamentarias en alta voz y en unidad de acto, en presencia del testador y de tres testigos; y la lectura tiene que ser en alta voz, por cuanto es de la esencia del instrumento hacer conocer la voluntad del testador por lo menos a los dichos testigos. He ahí la razón por la cual se le denomina también público por que las expresiones de voluntad se hacen extensivas por lo menos al Notario y a los tres testigos en este caso" (Guillermo Bossano, Manuel de Derecho Sucesorio, Ed. Universitaria, Quito. Ecuador, 1978, p. 179). En la especie, el testamento cuya nulidad se pretende, corresponde a la clasificación de abierto o público y es solemne conforme la previsión del Art. 1046 del Código Civil. Por regla general, cualquiera solemnidad que se inobserve en el testamento trae como consecuencia su nulidad absoluta, lo que es de fácil entendimiento desde que si el testamento es solemne es con el fin de garantizar la voluntad libre y espontánea del testador; es consecuencia de lo dicho que en todo lo no previsto por el Código en materia de nulidad testamentaria cabe la aplicación de las reglas generales de la nulidad. "Quiere decir entonces que para determinar cuándo el testamento es nulo y cuándo es válido, debemos examinar cada una de las solemnidades exigidas por la ley, ya que la omisión de cualquiera de ellas acarrea la nulidad"

(Manuel Somarriva Undurraga, op. cit. p. 190). A manera de síntesis, las principales Causales de nulidad del testamento solemne abierto y otorgado ante notario y tres testigos, son éstas: 1. Aquél que no se ha otorgado por escrito, Art. 1049; 2. Si no se lo ha otorgado ante notario o juez de lo civil cuya jurisdicción comprenda el lugar del otorgamiento y ante tres testigos, Art. 1052; 3. Aquél que no ha sido leído por el notario, inciso segundo del Art. 1055; 4. Aquél en el que no se deja constancia de que el testador no sabe o no puede firmar, inciso segundo del Art. 1056; 5. El otorgado por el ciego en el que no se haya dejado constancia de la doble lectura que exige el Art. 1057 (todos del Código Civil). Los requisitos objetivos de fondo del testamento, se refieren directamente a las asignaciones testamentarias, que son precisamente aquellas que el testador hace de su patrimonio y en beneficio de sus sucesores. Las asignaciones constituyen lo medular del testamento; pues que sin asignaciones testamentarias el testamento sería un acto declarativo vacío, sin substancia. "Toda asignación testamentaria debe contener dos elementos imprescindibles: el subjetivo y el objetivo. El primero se refiere a la persona en favor de la cual se hace la asignación y el segundo se contrae a señalar el objetivo materia de la asignación" (Guillermo Bossano, op. cit. p. 200). El elemento objetivo de la asignación testamentaria se relaciona con el bien materia de la herencia o legado, es decir el objeto de la asignación, por ello que todo objeto de esta asignación debe ser determinado o determinable. La infracción de estos requisitos de las disposiciones testamentarias no produce sino la nulidad de la respectiva cláusula testamentaria; por ejemplo "si el testador, infringiendo el Art. 1061 (1089 del Código Nacional) hace un legado al notario que autoriza el testamento, esta disposición será nula, pero el resto del testamento, cumpliendo con los requisitos legales será válido" (Manuel Somarriva Undurraga, ibídem, p. 163).

5.3.3. Las censoras, en el escrito de interposición y formalización del recurso, afirman que en la sentencia impugnada se violó el Art. 1194 del Código Civil, porque los Jueces, "... consideran que la testadora Luisa Rosa Adelaida Barragán violó las normas legales que regulan lo concerniente a la sucesión por causa de muerte, al afirmar que esto se constituyen causa y objeto ilícito". Este precepto legal, a la letra establece: "Asignaciones forzosas son las que el testador está obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aún con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas. Asignaciones forzosas son: 1. La porción conyugal; 2. Las legítimas; 3. La cuarta de mejoras, en las sucesiones de los descendientes". Respecto de la facultad del testador, se presenta el problema de su libertad para testar; nuestro sistema, siguiendo el modelo de Andrés Bello, adoptó el de la libertad restringida de testar o llamado también de los herederos forzosos, en cuanto el testador está en la obligación de respetar los derechos de determinados asignatarios, es decir de los legitimarios y a una porción de la herencia, pudiendo disponer libremente del resto; dicho de otro modo, nuestro Código no prevé libertad absoluta para testar pues el causante debe observar y cumplir las asignaciones forzosas que establece la ley. El Art. 1194 en cita, define las asignaciones forzosas como "... las que el testador está obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aún con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas". Quien carece de descendientes, de padres y de cónyuge goza de plena libertad dispositiva, al contrario de quien tiene a esos miembros de familia, por lo que su derecho a disponer libremente está limitado en la forma señalada. Arturo Valencia Zea sostiene que "La institución de las asignaciones forzosas revela que nuestra legislación civil no reconoce libertad absoluta al testador para disponer de sus bienes por causa de muerte, y así podemos decir que, en general, libertad de disposición existe por negocios jurídicos intérvivos, no mediante negocios jurídicos mortis causa (testamentos). Entre los dos polos opuestos que pueden concebirse al respecto, libertad absoluta para testar o inexistencia de tal libertad, las legislaciones actuales suelen situarse en un campo intermedio, toda vez que no privan al testador de alguna libertad para distribuir sus bienes, pero no le otorgan libertad total" (Citado por Guillermo Bossano, op. cit., segunda parte, Ed. Universitaria, Quito-Ecuador, 1978, p. 15). Las asignaciones forzosas son de derecho, público desde que tienen un carácter eminentemente social, su objetivo es proteger a los integrantes de la familia del causante y constan textualmente del precepto antes transcrito. El nombre de asignaciones forzosas trae la idea muy exacta de la institución, es decir que obligadamente deben hacerse. Estas asignaciones, como ya se dijo, son de orden público y el testador debe respetarlas en su testamento. El legislador confiere a los asignatarios forzosos derechos y medidas de protección para defender y amparar sus asignaciones forzosas; entre los medios indirectos destacan la interdicción por demencia o disipación, la insinuación en las donaciones irrevocables, los acerbos imaginarios, la prohibición de sujetar las legítimas a modalidades; y, aquella prevista en Art. 1215 del Código Civil, en cuanto la legítima rigurosa no es

susceptible de condición, plazo, modo o ? gravamen alguno. Entre los modos directos de defender las asignaciones forzosas, de manera más eficaz y directa, están aquellas de pedir que se modifique el testamento en la parte que perjudica esas asignaciones y la petición de herencia. 5.3.4. Dicen las recurrentes "De igual forma la Sala realiza una aplicación indebida de las disposiciones constantes en el Art. 1482 aduciendo que se ha producido nulidad absoluta del testamento, pues a criterio de la Sala, se ha realizado un contrato prohibido por la ley, como si testar fuera algo prohibido por la ley... si el testamento está permitido por la ley, el objeto y la causa son legítimos, son lícitos... Esta forma de actuar hizo que la Sala, en la sentencia dictada, realizara una aplicación indebida del artículo 1698 del Código Civil que se refiere a la nulidad, diciendo: "En el presente caso... los demandantes a través del procurador judicial, presentan la pretensión de que se declare la nulidad absoluta del testamento solemne abierto, porque no se ha respetado las asignaciones forzosas que les corresponde a todos los nueve hijos o legitimarios en la herencia de Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear, esto es por existir causa y objeto ilícitos". La nulidad y la rescisión están concebidas "... como una pena de orden civil establecida para los casos de infracción de las disposiciones que señalan los requisitos que deben llenar los actos jurídicos" (Arturo Alessandri Rodríguez, Derecho Civil. De Los Contratos, Editorial Zamorano y Caperan, Santiago, 1978. p. 71 y que consiste en negar a esos negocios jurídicos de todo efecto civil. Precisamente por ello que la nulidad es excepción al derecho común en cuanto presume la validez de los mismos y que no puede existir sino en virtud de un texto expreso de la ley que así lo establezca. Esos requisitos o formalidades que deben observarse para la validez del acto o contrato son objetivos o subjetivos según se refieran a la naturaleza misma del negocio jurídico o a la calidad de las personas que lo celebren. Respecto de los primeros son falta de consentimiento, error esencial, causa ilícita, objeto ilícito y omisión de solemnidades exigidas en consideración a la naturaleza del contrato y los actos de los absolutamente incapaces; en tanto que, respecto de los segundos, son sus causas el error substancial, la fuerza, el dolo, los actos de los relativamente incapaces y la omisión de requisitos exigidos por la ley en consideración al estado o calidad de las personas que los ejecutan o acuerdan. La inobservancia conlleva la consecuente nulidad absoluta o relativa, en su orden, precisamente como la sanción civil en cuanto desconocimiento de los efectos jurídicos del acto o contrato. La primera puede ser declarada aún ex officio cuando aparece de manifiesto en aquellos y ha sido invocada en el litigio. Art. 1699 del Código Civil, y, como está establecida por el imperio de la moral y de la ley, no puede ser ratificada por las partes desde que la nulidad absoluta es institución de orden público, ni puede sanearse mientras no haya transcurrido quince años (máximo de tiempo que sirve para extinguir todo derecho), puede ser reclamada por todo aquel que tenga interés en la declaratoria con excepción de quien haya realizado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber del vicio que lo invalidaba. En tanto que, la rescisión, orientada a proteger intereses de ciertas y determinadas personas que intervienen (o no lo han hecho) en el acto o contrato, no protege los intereses de la colectividad sino de los particulares, es por esto que no es declarable de oficio por el juez sino a petición de parte interesada que es aquella a favor de quien la ley la ha establecido, puede sanearse por la ratificación de las partes, porque está establecida en beneficio de ciertas personas y que mira solo a su interés particular, siendo además saneable por el transcurso del tiempo, cuatro años, Art. 1708 del Código Civil. De la sentencia impugnada se lee: "... se explica que la legítima es la cuota de bienes del difunto que la ley asigna a los legitimarios y los legitimarios son los hijos así lo dispone el Art. 1204 y 1205 del Código Civil de donde se concluye que la testadora Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear violó las normas legales que regulan lo concerniente a la sucesión por causa de muerte en razón de que hay causa y objeto ilícito, y consiguientemente hay nulidad del testamento, de acuerdo con lo que prescriben los Arts. 1698 y 1482 del Código Civil, por eso la Sala concluye explicando que la testadora antes indicada incumplió con el mandato legal de disponer sus bienes a favor de todos sus nueve hijos (legitimarios) por lo que reitera que dicho testamento solemne y abierto es nulo". El Art. 146 del Código Civil prevé: "Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer". Los actos jurídicos y los contratos tiene una finalidad, es esta la que constituye su objeto; hay objeto ilícito, señala el Art. 1478 ibídem, en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano, asimismo hay objeto ilícito en el contrato que tenga por objeto la sucesión de una persona viva, Art. 1479, como asimismo lo hay en la condonación del dolo futuro, Art. 1481, en las enajenaciones de las cosas que no están en el comercio, de los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona, de las cosas embargadas, Art. 1480, y, en los casos señalados en el Art. 1482 asimismo del Código Civil. Como se constata no puede concurrir

objeto ilícito en el otorgamiento de testamento. La causa, puede definirse "... como el interés jurídico que induce a contratar. La causa es la razón, el por qué del contrato. Todos los actos humanos están guiados por móviles perfectamente definidos: los contratos tienen también su móvil, es la causa; por eso se dice que para conocer la causa, hay que preguntarse: por qué se debe?, así como para conocer el objeto hay que preguntarse: ¿qué cosa se debe?" (Arturo Alessandri Rodríguez, op. cit., pp. 51 y 52). En los contratos bilaterales la causa para cada una de las partes es la obligación que la otra parte contrae porque cada una de ellas se obliga en vista de que la otra se obliga a su vez. "Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un delito o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita", incisos segundo y tercero del Art. 1483 del Código Civil. Si la nulidad es el efecto legal que afecta al acto o contrato en que falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para su valor, Art. 1697 ibídem, no cabe la nulidad del testamento en la forma propuesta por el señor procurador judicial. 5.3.5. La situación legal de sus procurados es la que prevé el Art. 1241 del Código Civil: "Efectos de la preterición. El haber sido pasado en silencio un legitimario deberá entenderse como una institución de heredero en su legítima". Como el preterido es instituido heredero, la acción o acciones que debe intentar en defensa de su legítima rigurosa es o son absolutamente incompatibles con la acción de nulidad propuesta. Es evidente que en la sentencia impugnada se incurrió en la aplicación indebida de los Arts. 1478, 1482 y 1698 del Código Civil, vicio in iudicando que ha sido determinante de su parte dispositiva. Además, como esa resolución es confirmatoria "en su integridad" de la primera instancia que "...declara la nulidad absoluta del testamento solemne y abierto, otorgado por la ahora extinta Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear, el 27 de noviembre de 2007 ante la Notaría Segunda de Pastaza, doctora Patricia Naveda, a favor de sus hijas Luz María Benalcázar Barragán y Gladys Pilar Benalcázar Barragán e inscrito el 31 de mayo de 2011; así como la nulidad absoluta de la aclaratoria de testamento realizada mediante escritura pública celebrada únicamente por Luz María Benalcázar Barragán en la Notaría Segunda de Pastaza a cargo de idéntica fedataria, otorgada el 6 de junio de 2011, e inscrita en la misma fecha en el Registro de Propiedad de Pastaza, disponiéndose que las cosas vuelvan al estado anterior", se debe puntualizar que entre otras de las características del testamento es la de ser un acto personal, personalísimo, resultado de la voluntad de quien lo otorga, desde que testamento es el acto jurídico solemne por el que una persona dispone de su patrimonio para que tenga efecto después de sus días, reservándose la facultad de revocar sus disposiciones, Art. 1037 del Código Civil, no cabe su aclaración por quien no es testador, por lo que la contravención a esta particularidad conlleva su nulidad, pues que es la voluntad libremente manifestada por el testador la base fundamental del testamento. 6. DECISION EN SENTENCIA: Este Tribunal de la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia, por la motivación que antecede, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, casa parcialmente la sentencia proferida por la Sala Unica de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza, el 08 de enero de 2013, a las 16h35, pues que la reforma en cuanto se declara la validez del testamento solemne otorgado por Luisa Rosa Adelaida Barragán Alvear el 26 de noviembre de 2007 en la Notaría Segunda del cantón Pastaza, y, se confirma la nulidad de su aclaración celebrada por Luz María Benalcázar Barragán el 6 de junio de 2011 y en la misma Notaría Segunda del cantón Pastaza. Se notificará a este efecto a la o al titular de ese despacho notarial así como al Registrador de la Propiedad del mencionado Cantón. Sin costas ni multas. Entréguese el monto de la caución a quienes activaron este recurso extraordinario. Actúe la abogada Jessica Burbano Piedra, como Secretaria Relatora encargada en virtud del oficio no. 231-2013-SEFNA-CNJ de 19 de junio 2013. Notifíquese y devuélvase.

f) Drs. Eduardo Bermúdez Coronel, Juez Nacional. Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, Juez Nacional. Dr. Alejandro Arteaga García, Conjuez Nacional.