



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO**  
**FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS**  
**CARRERA DE DERECHO**

***PROYECTO DE INVESTIGACIÓN PARA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE  
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPUBLICA DEL  
ECUADOR***

**TÍTULO:**

**“EL ALBACEA COMO GARANTE DEL CUMPLIMIENTO DE LAS  
DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS Y SU INCIDENCIA EN LA HERENCIA  
YACENTE, EN LAS SENTENCIAS EN LA UNIDAD JUDICIAL CIVIL DEL  
CANTÓN RIOBAMBA, EN EL AÑO 2015.”**

**AUTOR**

**JOEL FRANCISCO SANTANDER CONTRERAS**

**TUTOR**

**DR. ORLANDO GRANIZO**

**Riobamba – Ecuador**

**2017**

## FICHA TÉCNICA

### **a.- TITULO DEL PROYECTO:**

“El albacea como garante del cumplimiento de las disposiciones testamentarias y su incidencia en la herencia yacente, en las sentencias en la Unidad Judicial Civil del cantón Riobamba, en el año 2015.”

### **b.- ORGANISMO RESPONSABLE:**

Universidad Nacional de Chimborazo

Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas.

Escuela de Derecho

### **c.- AUTOR:**

Joel Francisco Santander Contreras

### **d.- TUTOR:**

Dr. Orlando Granizo

### **e.- BENEFICIARIOS:**

Los beneficiarios directos del proceso investigativo serán los testadores, que dejan una disposición nombrando albacea, con la finalidad de que la herencia permanezca yacente.

### **f.- LUGAR DE REALIZACIÓN:**

El trabajo investigativo se realizará en la Unidad Judicial Civil de la ciudad de Riobamba

**g.- TIEMPO DE DURACIÓN:**

El tiempo estimado que se empleará en la ejecución de la investigación es aproximadamente de cinco meses, contabilizados a partir de la aprobación del proyecto de investigación.

**h.- COSTO ESTIMADO:**

Esta investigación, tiene un costo estimado de 800 dólares de los Estados Unidos de Norte América.

**i.- LINEA:**

Por las características del título de investigación la línea es el Derecho Civil.

## CERTIFICACIÓN

DR. ORLANDO GRANIZO, CATEDRÁTICO DEL NIVEL DE PRE-GRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS DE LA ESCUELA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO.

### **CERTIFICO:**

Haber asesorado y revisado detenida y minuciosamente durante todo su desarrollo, la Tesis titulada: “EL ALBACEA COMO GARANTE DEL CUMPLIMIENTO DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS Y SU INCIDENCIA EN LA HERENCIA YACENTE, EN LAS SENTENCIAS EN LA UNIDAD JUDICIAL CIVIL DEL CANTÓN RIOBAMBA, EN EL AÑO 2015.”, realizada por Joel Francisco Santander Contreras, por lo tanto, autorizo realizar los trámites legales para su presentación.

  
DR. ORLANDO GRANIZO  
TUTOR



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO**  
**FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS**  
**ESCUELA DE DERECHO**

**TÍTULO:**

“EL ALBACEA COMO GARANTE DEL CUMPLIMIENTO DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS Y SU INCIDENCIA EN LA HERENCIA YACENTE, EN LAS SENTENCIAS EN LA UNIDAD JUDICIAL CIVIL DEL CANTÓN RIOBAMBA, EN EL AÑO 2015.” Tesis de grado previa a la obtención del Título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, aprobado por el tribunal en nombre de la Universidad Nacional de Chimborazo y ratificado con sus firmas.

**MIEMBROS DEL TRIBUNAL**

**TUTOR**

**Dr. Orlando Granizo**

Diez (10)  
Calificación

Firma

**MIEMBRO 1**

**Dr. Diego Avalos**

Dieve (9)  
Calificación

Firma

**MIEMBRO 2**

**Dra. Lorena Coba**

Nueve punto seis (9,6)  
Calificación

Firma

**NOTA FINAL**

9,53

## DERECHOS DE AUTORIA

Los resultados de la investigación, criterios, análisis y conclusiones, así como los lineamientos propósitos

Expuestos en la presente tesis, son de exclusiva responsabilidad de la autora, y los derechos de autoría pertenecen a la Universidad Nacional de Chimborazo.



Joel Francisco Santander Contreras  
C.I. 070433398-8

## **DEDICATORIA**

Esta tesis se la dedico a Dios por brindarme la oportunidad de ver cristalizado mi anhelo y tener esta nueva experiencia como ser humano encaminan dome y permitiéndome vivirla con humildad.

A mis padres Joel Isoitas y Rosa Lorena , regalo más divino que Dios me permite disfrutarlos y tenerlos en mi vida, quienes siempre están pendiente e incondicionalmente presentes dándome su amor, apoyo incondicional y moral, para que se haga realidad, este Título de Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador.

Mis hermanos John Henry y Lorena Nicole por tener la compañía y satisfacción, que alimenta este título y da motivación para ellos en su realización académica.

Joel Francisco Santander Contreras

El autor

## **AGRADECIMIENTO**

Quiero agradecer a todas las personas que estuvieron presentes en mi nueva perspectiva de la vida y carrera universitaria brindándome y manteniéndome su confianza, amistad, comprensión y ánimos para llegar a culminar lo que empecé: Mi Padrinazo Edgar H.

Al Dr. Orlando Granizo, excelente catedrático y humildemente adquirí sus enseñanzas como estudiante, ahora mi tutor quien me acompaña en este logro cómo ser humano sintiéndome orgulloso y agradecido.

Mis padres Joel Isoitas y Rosa Lorena, mis hermanos John Henry y Lorena Nicole por estar presentes para esta satisfacción de la familia.

A todos ustedes mis más sinceros respetos y agradecimientos.

Joel Francisco Santander Contreras

El autor



## INDICE

PORTADA .....	I
FICHA TÉCNICA.....	II
CERTIFICACIÓN .....	IV
DERECHOS DE AUTORIA.....	VI
DEDICATORIA.....	VII
AGRADECIMIENTO .....	VIII
INDICE .....	IX
RESUMEN .....	XII
ABSTRACT .....	XIII
INTR1ODUCCIÓN .....	1
CAPITULO I.....	2
MARCO REFERENCIAL.....	2
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	2
1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	3
1.3. OBJETIVOS.....	3
1.3.1. OBJETIVO GENERAL .....	3
1.3.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS.....	3
1.4. JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL PROBLEMA .....	4
CAPITULO II .....	5
MARCO TEÓRICO .....	5
ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	5
UNIDAD I .....	6
2.1 El albacea .....	6
2.1.1 Etimología .....	6
2.1.2 Definición .....	6
2.1.3 Breve reseña histórica .....	9
2.1.4 Objetivo del albacea.....	15
2.1.5 Obligaciones del albacea .....	17

2.1.6 Derechos de albacea .....	23
2.1.7 Rendición de cuentas.....	28
2.1.8 Jurisprudencia.....	30
UNIDAD II .....	45
2.2 Herencia yacente .....	45
2.2.1 Concepto.....	46
2.2.2 Breve reseña histórica .....	49
2.2.3 Fundamentación jurídica del Código Civil .....	53
2.2.4 condiciones para que la herencia sea declarada yacente.....	56
2.2.5 Seguridades .....	60
2.2.6 inventario.....	63
UNIDAD III .....	66
2.3 Efectos que produce la figura del albacea frente a la herencia yacente ....	66
2.3.1 La custodia de los bienes por parte del albacea .....	66
2.3.2 Custodio de los bienes .....	69
2.3.3 Administración de los bienes.....	71
2.3.4 Ejecutor de las asignaciones testamentarias .....	76
2.3.5 Cuidar de la realización del inventario .....	80
CAPÍTULO III .....	84
3 Hipótesis general .....	84
3.1 Variables .....	84
3.1.1 Variable Independiente .....	84
3.1.2 Variable dependiente .....	84
3.1.3 OPERACIONALIZACION DE LAS VARIABLES .....	85
3.2 Definición de términos básicos.....	87
3.3 Enfoque de la Investigación .....	88
3.4 Tipo de Investigación .....	89
3.5 Métodos De Investigación .....	89
3.6 POBLACIÓN Y MUESTRA .....	90
3.6.1 POBLACION .....	90
3.6.2 Muestra .....	90
3.7 Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos .....	91
3.8 Instrumentos .....	91

3.9 Técnicas de procedimiento, análisis y discusión de resultados .....	91
3.12 Comprobación de la pregunta hipótesis.-.....	98
CAPITULO IV .....	99
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....	100
Conclusiones:.....	100
Recomendaciones: .....	100
BIBLIOGRAFIA .....	101
ANEXO .....	103

## RESUMEN

La ejecución y pleno cumplimiento de la voluntad del testador dentro de las exigencias legales, se encarga naturalmente a los propios herederos, pero puede haber uno de ellos u otra persona que sin ser heredero, reciba la especial misión de velar por la ejecución de lo dispuesto en el testamento y a partir de esta premisa aparece el albaceazgo.

La designación de albacea se inspira en un sentido de confianza que el testador deposita en el designado, por lo que se considera un cargo intuitu persona. Sólo quien ha sido designado por el testador puede desempeñar el cargo de albacea testamentario, razón por la que no se admite que el nombrado albacea delegue el encargo a otras personas, como sí ocurre en el mandato común en el que se admite la figura de la sustitución.

Se nombra un albacea para que sea esta persona quien administre y custodie cuyos bienes tengan una condición suspensiva. Como parte de sus funciones el albacea debe custodiar los bienes, es decir tiene que cuidarlo, no puede venderlos a menos que el causante así lo indique en alguna cláusula de su testamento.

La obligación de cumplir las disposiciones hechas por el testador, es una obligación genérica, en específico es obligación del albacea:

- Velar por la seguridad de los bienes.
- Custodiar el dinero bajo llave y sello
- Custodiar los muebles y papeles
- Velar para que se haga el inventario de los bienes, citando a los herederos y a las demás personas que puedan estar interesadas.

Las obligaciones mencionadas anteriormente le corresponden al albacea mientras el inventario solemne de los bienes no se haya realizado, con la procura de que se haga el inventario el albacea cumple con sus funciones de custodia y conservación de los bienes.



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO**  
**FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS**  
**CENTRO DE IDIOMAS**

---

**ABSTRACT**

Execution and full compliance of the will of the testator within legal requirements, obviously be responsible to their respective heirs, but there may be one or another person without being heir, receives a special mission to ensure execution in accordance with the inheritance and from this premise appears the executorships.

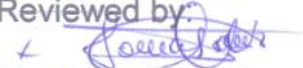
The appointment of executor is inspired by a sense of confidence that the testator that is placed in the designated, therefore it is considers a charge intuito personae. Only one who has been appointed by the testator can hold the office of executor, reason it is not admitted that the named executor delegates the task to other persons, as it occurs in the common mandate in which the figure of the substitution is supported.

An executor is appointed who will be able to manage and custodie whose assets have a suspensive condition. As part of his or her functions, the executor must guard the goods , this means, he or she has to take care with them ,they can not sell unless the tortfeasor do to do so by in any clause in his/her will .

The obligations to fulfil the provisions made by the testator, it's a generic obligation, specifically it is the duty of the executor.

1. Ensure safety of goods
2. To safeguard the money under lock and key
3. Guarding furniture and papers
4. Ensure that the inventory of the property, citing the heirs and others who could be interested.

The obligations referred to above correspond to the executor while the solemn inventory of the property has not been made, with the pursuit of that inventory executor fulfills its functions custody and preservation of goods.

Reviewed by:  
  
Lic. Doris Valle V.  
ENGLISH EDUCATOR

CENTRO DE IDIOMAS



COORDINADOR

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación está estructurada por tres capítulos, ordenados de la siguiente forma: Capítulo I, contiene el marco referencial, que es el marco referencial, en donde se puede encontrar el planteamiento del problema, objetivos, justificación e importancia del trabajo.

En el Capítulo II, se encuentra la fundamentación teórica del trabajo, por lo cual es el capítulo más largo, por esta razón se lo ha dividido en tres unidades, en el siguiente orden: UNIDAD I El albacea, en lo referente a: etimología, definición, breve reseña histórica, objetivo del albacea, obligaciones del albacea, derechos de albacea, rendición de cuentas, jurisprudencia.

UNIDAD II Herencia yacente, que contiene: concepto, breve reseña histórica, fundamentación jurídica del Código Civil, condiciones para que la herencia sea declarada yacente, seguridades, inventario. Y finalmente la UNIDAD III, Efectos que produce la figura del albacea frente a la herencia yacente, en lo referente a la custodia de los bienes por parte del albacea, custodia de los bienes, administración de los bienes, ejecutor de las asignaciones testamentarias, cuidar de la realización del inventario

Finalmente en el Capítulo III, se tratará el marco metodológico, que es una síntesis de la metodología empleada a lo largo de la investigación, para poder abordar lo que ha sido la investigación de campo, en cuanto se refiere a entrevista y encuestas, así como a sus resultados.

# CAPITULO I

## MARCO REFERENCIAL

### 1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Dentro del derecho sucesorio, existe la posibilidad de que la sucesión sea intestada o testamentaria, el motivo de la presente investigación es estudiar la posibilidad de que la sucesión sea testamentaria.

Testamento: Código Civil, artículo 1037: “El testamento 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.”

Una vez que el testador realiza las asignaciones, tiene la posibilidad de realizar declaraciones, tales como: el reconocimiento de un hijo, el curador que nombrará para sus hijos menores de edad; así como también el nombrar a un ejecutor testamentario, que para efectos de la presente investigación, recibirá el nombre de albacea.

Albacea: Código Civil Artículo 1293: “Ejecutores testamentarios o albaceas son aquellos a quienes el testador da el encargo de hacer ejecutar sus disposiciones.” Artículo 1309: “El albacea encargado de pagar las deudas hereditarias, lo hará precisamente con intervención de los herederos presentes, o del curador de la herencia yacente, en su caso.”

El albacea es una persona nombrada para desempeñar un cargo específico, que en el caso de testamento suele ser custodiar los bienes hereditarios a fin de que estos no se pierdan o se deterioren, o que los herederos que conocen su valor los sustraigan para que estos no ingresen a la herencia.

Código Civil, artículo 1305: “Toca al albacea velar sobre la seguridad de los bienes; hacer que se guarden bajo llave y sello el dinero, muebles y papeles, mientras no haya inventario solemne; y cuidar de que se proceda a este inventario, con citación de los herederos y de los demás interesados en la

sucesión; salvo que, siendo todos los herederos capaces de administrar sus bienes, determinen unánimemente que no se haga inventario solemne.”

En esta forma el albacea debe asegurar los bienes testamentarios a fin de que los mismos no se pierdan y en el caso de bienes que poseen un destino, brindarles una adecuada administración. No obstante, otra parte importante de la administración del albacea testamentario, es la de coadyuvar en el proceso de apertura de testamento y posterior inventario y partición de los bienes hereditario, esto mientras la herencia permanece yacente.

Herencia yacente: Código Civil, artículo 1263: “Si dentro de quince días de abrirse la sucesión no se hubiere aceptado la herencia o una cuota de ella, ni hubiere albacea a quien el testador haya conferido la tenencia de los bienes y que haya aceptado su encargo, el juez, a instancia del cónyuge sobreviviente, o de cualquiera de los parientes o dependientes del difunto, o de otra persona interesada en ello, o de oficio, declarará yacente la herencia; se insertará esta declaración en un periódico del cantón, si lo hubiere, y en carteles que se fijarán en tres de los parajes más frecuentados del mismo; y se procederá al nombramiento del curador de la herencia yacente.”

## **1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿Cómo el albacea garante del cumplimiento de las disposiciones testamentarias incide en la herencia yacente, en las sentencias en la Unidad Judicial Civil del cantón Riobamba, en el año 2015?

## **1.3. OBJETIVOS**

### **1.3.1. OBJETIVO GENERAL**

Determinar como el albacea garante del cumplimiento de las disposiciones testamentarias incide en la herencia yacente, en las sentencias en la Unidad Judicial Civil del cantón Riobamba, en el año 2015.

### **1.3.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS**

- Analizar la figura jurídica del albacea
- Estudiar las disposiciones testamentarias



- Estudiar la herencia yacente

#### **1.4. JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL PROBLEMA**

Esta investigación se justifica por cuanto, de lo constatado no existe una investigación que se refiera el albacea garante del cumplimiento de las disposiciones testamentarias incide en la herencia yacente. Sobre esta base se puede aducir que el trabajo es original y por ende, es trascendente y debe ser estudiado.

La presente investigación se concentrará en investigar el rol que posee el albacea en su calidad de ejecutor testamentario, sobre los bienes de la herencia, en lo concerniente a custodia y aseguramiento de los mismos, con la finalidad de que estos no sufran deterioros o que de hecho sean sustraídos para que no puedan entrar a la herencia.

De esta manera, la justificación de la presente investigación queda asentada, ya que mientras la herencia permanece yacente, es indispensable nombrar a un albacea que vele por los bienes y que además coadyuve a la efectiva transmisión de la herencia.

## **CAPITULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN**

Al haberse realizado estudios bibliográficos y documentales en la biblioteca de la Universidad Nacional de Chimborazo, se puede constatar que no existen tesis con que tengan similitud al trabajo de investigación que se encuentra en ejecución.

#### **Fundamentación Filosófica**

Cuando el testador realiza las asignaciones, tiene la posibilidad de realizar declaraciones, como nombrar a un albacea. El albacea es una persona nombrada para desempeñar un cargo específico, que en el caso de testamento suele ser custodiar los bienes hereditarios a fin de que estos no se pierdan o se deterioren, o que los herederos que conocen su valor los sustraigan para que estos no ingresen a la herencia.

En esta forma el albacea debe asegurar los bienes testamentarios a fin de que los mismos no se pierdan y en el caso de bienes que poseen un destino, brindarles una adecuada administración. No obstante, otra parte importante de la administración del albacea testamentario, es la de coadyuvar en el proceso de apertura de testamento y posterior inventario y partición de los bienes hereditario, esto mientras la herencia permanece yacente.

#### **Fundamentación teórica**

La presente investigación estará estructurada bajo la siguiente estructura.

## **UNIDAD I**

### **EL ALBACEA**

#### **2.1 El albacea**

A continuación se referirá las muchas connotaciones del albacea.

##### **2.1.1 Etimología**

Albacea.- proviene del árabe: (andaluz -ş áhb-) alwaş iyya, que significa encargado del testamento es la persona encargada por un testador o por un juez de cumplir la última voluntad del causante y custodiar sus bienes (el caudal hereditario). En el primer caso (cuando ha sido nombrado en el testamento) se denomina albacea testamentario, y en el segundo, albacea dativo.

##### **2.1.2 Definición**

Según el Diccionario de Cabanellas: “Es el que tienen a su cargo cumplir y ejecutar lo que el testador ha ordenado en su testamento u otra forma de disposición de voluntad.” (Guillermo Cabanellas; Diccionario Jurídico; Editorial Helenista S.R.L; 21 Edición)

Diccionario Omega: “Establece que albacea es la persona a quien el testador da el encargo de ejecutar o hacer ejecutar el testamento, para que después de su muerte se ejecute las disposiciones de última voluntad durante un tiempo determinado.” (Mabel Goldstein; Diccionario Jurídico Consultor Magno; Editor Helenista; 23 Edición)

Escriche: “Albacea testamentario, o executor de última voluntad es: el que está encargado de llevar a efecto lo que ha ordenado el testador en su testamento u otra última disposición, son de tres clases, legítimos, testamentarios y dativos. Cualquiera puede ser albacea, menos los que tiene prohibición de testar; y aunque nadie puede ser compelido a admitir el cargo, está obligado a su desempeño después que lo acepto expresa o tácitamente.” (Joaquín Escriche,

Manual del Abogado Americano, Magistrado Honorario de la Audiencia de Madrid, 1863, Pag 120)

Pérez Contreras: “El albacea es la persona nombrada por el autor de la herencia con objeto o fin de ejecutar y hacer cumplir su voluntad en los términos de su testamento. Será el encargado de custodiar los bienes del haber hereditario y hacer la distribución de los mismos entre los herederos y / o legatarios, conforme a la voluntad del testador. El albacea tendrá que aceptar su cargo en la sucesión, por lo que podemos afirmar que se trata de un cargo voluntario, y habiéndolo aceptado se constituye en la obligación de desempeñarlo. Está obligado a dar cuenta de su encargo a los herederos, por lo que hace el cumplimiento de las obligaciones encomendadas por el testador.”(Pérez Contreras, María de Montserrat, Derecho de familia y sucesiones, Colección Cultura Jurídica; año 2010, pag. 227)

Rodríguez Grez “Los albaceas o ejecutores testamentarios podrían ser definidos como aquellas personas designadas por el testador, encargadas de asegurar los bienes de la sucesión, pagar las deudas hereditarias, y hacer cumplir las disposiciones legales y testamentarias relativas a la distribución de los bienes, sustituyendo en estas funciones a los herederos del causante.” (Rodríguez Grez, Pablo, “Instituciones de Derecho Sucesorio. Pérdida, defensa y pago de las asignaciones. Ejecutores testamentarios. Partición”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1994, Volumen 2, p. 218.)

Larrea Holguín.- establece que la albacea es la institución destinada a asegurar el cumplimiento ordenado en la última voluntad del causante. (Dr. Juan Larrea Holguín; Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador; Volumen IV)

El Art. 1293 de Código Civil manifiesta que.- Ejecutores testamentarios o albaceas son aquellos a quienes el testador da el encargo de hacer ejecutar sus disposiciones.

En el Código Civil Ecuatoriano podemos encontrar desde el artículo 1293 al artículo 1337 la cual nos establece derechos obligaciones y características sobre el albacea.

La ejecución y pleno cumplimiento de la voluntad del testador dentro de las exigencia legales, se encarga naturalmente a los propios herederos, pero puede haber uno de ellos u otra persona que sin ser heredero, reciba la especial misión de velar por la ejecución de lo dispuesto en el testamento y a partir de esta premisa aparece el albaceazgo.

La designación de albacea se inspira en un sentido de confianza que el testador deposita en el designado, por lo que se considera un cargo intuitu personae. Sólo quien ha sido designado por el testador puede desempeñar el cargo de albacea testamentario, razón por la que no se admite que el nombrado albacea delegue el encargo a otras personas, como sí ocurre en el mandato común en el que se admite la figura de la sustitución.

Pero este carácter personalísimo no significa que todos los actos que motiven su desempeño deben ser cumplidos por el albacea, no hay prohibición para solicitar el asesoramiento profesional, hacerse representar por mandatarios que obren a sus órdenes o bajo su responsabilidad.

Siendo personalísimo no es transmisible o delegable, es deseo del testado, que el mismo ha designado y no otra persona ejecute o haga cumplir sus últimas disposiciones, es por ello natural que el cargo no pueda trasmitirse ya que podría recaer el cumplimiento de esas funciones personas desconocidas del testador o que simplemente no merezcan la confianza depositada en su nombramiento.

El albaceazgo es un cargo u oficio de carácter privado, el executor testamentario desempeña un oficio de amigo, en obediencia a un deber, que obra no en interés propio sino de otros el albacea entra en funciones justamente cuando fallece el causante, su nombramiento no tiene ninguna eficacia mientras éste se encuentra con vida.

El albaceazgo es una institución vinculada fundamentalmente con la ejecución de las disposiciones del testador. En su perfil actual la institución no tiene antecedentes en el Derecho Romano sino que más bien reconoce su origen en la tradición del Derecho Germánico, que impuso en la Edad Media la institución del “Executor”.

Si bien los herederos son los llamados a cumplir o ejecutar las disposiciones de última voluntad del testador ocurre con frecuencia que no lo hacen, muestran displicencia o postergan su cumplimiento, especialmente cuando sus intereses son contrapuestos a los intereses de los acreedores del testador, a los de los legatarios y beneficiarios de otros cargos, por lo que es una previsión justificada por la experiencia que el testador designe a alguna persona de su confianza para que haga cumplir sus disposiciones de última voluntad y pueda servir como una suerte de árbitro para evitar las discusiones entre herederos mal avenidos.

Aunque la existencia del albacea tiene cierto sentido lógico, su nombramiento suscita ciertos problemas en cuanto se superpone a los herederos y les priva de algunas facultades de administración de los bienes de la herencia.

Señala al respecto Binder citado por Puig Brutau que La institución del executor testamentario o albacea afecta la situación jurídica del heredero, en cuanto mediante ella se le arrebató a éste y se transmiten a un tercero importantes funciones relacionadas íntimamente con dicha situación, de modo que tal institución puede ser configurada como una tajante limitación de la situación normal del heredero. (Puig Brutau: De Las sucesiones Testamentarias; Edición Omega)

### **2.1.3 Breve reseña histórica**

El albacea dentro del ámbito del derecho civil es muy importante ya que ayuda a que se dé con ciertos requisitos fundamentales a la hora de que se dé una sucesión y así garantizar que se de en base a las normas y que no existan

dilaciones. Dentro del contexto del albacea históricamente tiene su nacimiento de aquellos términos (alwasiyya) que nos quiere decir ejecutor que a su vez son de origen árabe es del cual se encamina a la persona que fue autorizada legalmente para dar ejecución del testamento así además de que nos da a entender que con esto se designa dentro de materia civil a aquella persona capaz de dar el cumplimiento a lo que haya estipulado según la voluntad del causante ó sea el testador ya que así este designado servirá como base para que se con la realización de todas las disposiciones que estén contenidas en dicho testamento.

Este término se fue generalizando por medio del Derecho Canónico quien fue el pilar fundamental de la creación de este tipo de etimología que hasta ahora en la actualidad seguimos estudiando. El Albacea además nació antes como “modalidades de venta o mancipatio” esto como una forma de transmitir un bien a otra persona por medio de una que estaría a cargo de transmitirla, prácticamente el albacea es una institución histórica que según varias legislación se pudo encontrar dentro de lo que es el Derecho Canónico ya que en síntesis esto favorecía a esta institución haciendo que se dé un ejecución a ciertos legados de diferentes índoles. En cambio el albacea dentro del ámbito del Derecho Romano esta institución se caracterizaba porque ocupaba una un cargo análogo al referirse a los fideicomisarios de los cuales estaban bajo efecto de velar por la consumación de las disposiciones del causante.

Remontándonos más en la historia del albacea dentro del pasado en algunas normas españolas a este contexto se le conocía como mansesor o cabezalero, quienes eran los únicos calificados para dar seguimiento y conclusión de todas las voluntades que haya dejado el causante en vida con la finalidad de que no existan ningún inconveniente en determinar las facultades correspondientes y que no exista ningún impedimento para seguir este proceso. Dentro de la figura jurídica del albacea históricamente tiene pocos antecedentes dentro del Derecho Romano ya que esta tiene su comienzo dentro del Derecho Canónico ya que en la antigüedad por la época medieval ya se daba la existencia del albacea con el fin de dar base para la ejecución del testamento que en ocasiones los Obispos dejaban con el fin de favorecer o beneficiar a la Iglesia

en aquellos días donde estos dejaban la mayoría de sus disposiciones testamentarias a unos cuantos encomendados para que se hagan cargo de la realización de estas disposiciones de voluntad. Pero en realidad su momento de auge de esta institución fue en la Época de la edad media bajo las influencias del derecho canónico en donde se pudo ubicar en España en donde se otorgó un tipo de fuero para que así otorgar este cargo a las personas.

Además de que en el derecho español se empezaron a crear las primeras disposiciones sobre esta materia del albacea con el fin de emprender requisitos para su cumplimiento con el fin de dar a cierto tipo de personas para que tengan esta capacidad. La sexta partida contuvo igualmente disposiciones sobre la materia. En nuestra legislación ha sido muy estudiada por un excelente tratadista llamado Carlos Ernesto Estarellas en su libro el albaceazgo da a entender y profundizar como nunca antes este tema prácticamente es uno de los pocos legisladores que ha investigado a fondo esta institución aunque recientemente falleció dejó un legado de estudio profundo sobre lo que es el albacea reiterando que esta “se origina del Derecho Canónico en el cual es introducida después en la sucesión española para formar parte del surgimiento y culminación del testamento en base a la voluntad” su origen a través de la historia de cómo esta fue evolucionando como la designación de un simple cargo a una institución importante en lo referente a las sucesiones además de dar a entender las características del albacea y el porqué de su cargo para así entender por qué se da una personalidad de nombrar personas que se hagan cargo.

El albacea es una modalidad dada a entender por medio del árabe hispano a través del causante del testamento del cual parte una parte o es el todo de la voluntad del testador esto solo se dará por medio de la sucesión de muerte de la persona que testó ese acto solemne. En la legislación italiana esta se creó como una línea de unión importante para entrelazar así al causante y a aquella persona encargada de cuidar los bienes del causante después de su muerte. Ya que gracias a esto se dio el reconocimiento del causante como una figura ya que antes en el Derecho Romano antiguo no existió esta figura ya que no se



la reconocía y es gracias a este entrelazamiento que ahora se la reconoce como tal sujeto aquel interviniente principal dentro de este proceso.

Es por eso que para que exista la ejecución debe darse este vínculo entre estos dos sujetos es por eso que ya se da referencia también en el derecho romano en donde Justiniano hace hincapié en sus novelas las cuales muestran claramente algunos rastros o señales de aquellas memorias de esta institución demostrando que hubieron personas que nombraron a otras con este tipo de cargo específico todo esto dentro de lo romano clásico y postclásico demostrando así también que no se debe confundir el rol de cada uno de estos sujetos demostrando así que cada uno es independiente en su cargo pero demostrando así características que los entrelazan. El albacea a lo largo de la historia se caracteriza porque esta ha ido definiéndose como una institución jurídica fundamental en materia civil ya que esta supone como una institución predilecta y única de las sucesiones. Esta es muy importante porque constituye parte fundamental para el cuidado de los bienes a través de una persona no necesariamente un especialista sino que este cumpla con las solemnidades estipuladas en la legislación y que después este sea dispuesto legalmente.

O sea mediante la ley quien dispondrá de manera oficial a través del causante a aquella persona que será el albacea aquel tutor. En la reseña histórica del albacea nos dice que en la época antigua nos da a conocer por medio del derecho canónico que es una ciencia legal , ya que da por terminado un caso religioso, y que consiste en ejecutar a la persona que es el encargado de finalizar el afán del causante anunciado en el testamento, y trata de proteger ciertos bienes inmuebles o muebles del testador por otro lado el albacea empezó como una forma regida a dicha actuación del testamento , por la última voluntad de cierto deseo por el testador. En nuestro ámbito se ha estudiado al albacea como cierto dignatario, llamado como un administrador de ciertos intereses diversos, ya que se transforma por sus capacidades y ciertos empleos en cierto puesto especializado a cierta materia. Cuando el testador denomina a alguien para que cuide cierta herencia es el albacea testamentario quien es el testador, y cuando el juez denomina por efecto es el juez el que dicta un albacea dativo en este caso el complemento directo.

Tras la ruina en cierto imperio romano en la época antigua de occidente fue dado de baja mientras que el derecho germánico empezó a tener gran influencia en lo que respecta al derecho en los territorios que pertenecían o formaban parte del imperio romano de tal manera que con esto el testamento dejó de ser aplicado por la influencia de que es Dios quien nombra a los herederos esta teoría fue impulsada y a la influencia de la iglesia católica esta no aplicación de testamento resulta ser paradójico en el sentido de que se prohibía aplicar o hacer caso a un testamento.

En partes o en casos en que el testamento estuviera estipulado que se realiza una asignación de los bienes a la iglesia, si se aplicaba esta asignación era permitida y por ende legal de hecho existía una disposición en donde se creó una (legítima eclesiástica la cual consistía en asignar bienes o dinero a la iglesia como obras de caridad. Esto lo realizaban a través de un ejecutor con fuerza suficiente para defender esa disposición incluso frente a los herederos del testador. Si no hubiere existido este ejecutor se tenía por entendido que era responsable de defender la asignación del obispo de la época. Así da inicio el derecho canónico que en lo posterior se iría implantando dentro del derecho sucesorio español y en otros.

Por varias legislaciones el albacea por su naturaleza es nombrado por el testador es decir, es la voluntad del testador nombrar a una persona que puede ser de su confianza para que este actúe como albacea de los bienes que serán sucedidos. Una vez que el testador ha nombrado al albacea este tiene la voluntad y facultad de aceptar o rechazar este encargo que el testador ha hecho por tal motivo no es obligatorio que si en el testamento está nombrado a una persona como albacea esta deba corresponder a dicho pronunciamiento. Hay que tomar en cuenta que si el albacea nombrado en el testamento por el testador acepta inicialmente la responsabilidad, puede en cualquier momento a lo posterior renunciar a su aceptación como albacea.

Un famoso tratadista llamado Heinrich Albert Zachariae sostiene que "históricamente el albacea es mandatario de los herederos" esta teoría es debatida por varios autores, especialmente por Juan Segundo Areco un

abogado y tratadista argentino quien dice que “el albacea es mandatario del testador”. Desde mi punto de vista pienso que el albacea es mandatario del testador ya que el testador encarga expresamente por el testamento a la persona que administrara los bienes, materia de la sucesión de una manera responsable y correcta con la finalidad que estos se mantengan para sus sucesores es decir para los herederos. De tal manera que el albacea no tendría a ser mandatario de los herederos.

La teoría italiana por otro caso sostiene que el albacea no debe ser considerado como mandatario o representante sino que el albacea debe ser considerado como un cargo privado de oficio mucho más importante que un mandatario o representante. Entonces en un contexto histórico jurídico la institución del albacea ha ido conforme el pasar de los años evolucionando adaptándose a las normas actuales logrando así llenar esos espacios jurídicos vacíos del derecho civil y así resolver cualquier problema con respecto a este tema, ya que al ir pasando por diferentes etapas históricas esta institución se ha ido perfeccionando y avanzando conforme a las legislaciones de cada país y de diferentes derechos de los cuales para que el albacea se vaya formando, estructurando y obteniendo la debida forma a tenido adoptarse.

Es por medio que con el pasar de los años la historia la albacea ha ido obteniendo cambios significativos así como obtener nuevas adicciones a su precepto en los cuales se ha ido estableciendo dependiendo de en donde se aplique, dependiendo en la legislación en la que se encuentre tomando en cuenta el carácter general y las bases de donde ha surgido como es en el derecho canónico que este fue como el eje fundamental, el eje principal de lo que hoy se conoce como albacea. El derecho romano no ayudo mucho en la creación del albacea ya esta institución fue dando su crecimiento de poco en poco por medio de la religión de sus intereses y objetivos con respecto a los bienes y de cómo será administrados con el fin de salvaguardar aquellas reliquias valiosas y que representaban un símbolo del cual estos querían dejar un legado que se pasara de generación en generación para salvaguardar los aspectos históricos de estas y que sean debidamente administradas por

alguien a quien después sería conocido como el albacea de quien dependería si estos tendrían una correcta administración.

El derecho canónico con respecto a la albacea era necesario ya que con respecto a la religión y sus demás aspectos este derecho era la ciencia que estudiaba a fondo lo referente a la Iglesia católica la cual era cuidadosamente analizada para establecer que tipos de regulaciones se debían aplicar para que esta no interviniera o molestara en la administración jurídica de las demás materias.

Prácticamente el albacea tiene su origen gracias al derecho eclesiástico ya que según varios tratadistas los cuales concuerdan en que esto se creó por medio de un fenómeno religioso referente al cuidado y preservación de los bienes.

#### **2.1.4 Objetivo del albacea**

“El albacea tiene la obligación de administrar los bienes, y administrarlos como un buen padre de familia, con la diligencia, sagacidad, cuidados y honorabilidad que caracterizan a un padre éticamente responsable del porvenir de todos cuantos integran ese fundamental y primer núcleo social, evitando incurrir en negligencia o descuido que acarrearían perjuicios irreparables y, por ende, su responsabilidad hasta la culpa leve. En lo esencial debe cumplir y hacer cumplir las disposiciones testamentarias, procurando interpretar con exactitud y honestidad la voluntad expresa del causante. (Guillermo Bossano V. (1983). Aceptación, Excusa Responsabilidades de los albaceas. En Manual de Derecho Sucesorio (190). Quito- Ecuador: Voluntad.)

Las obligaciones del albacea serán custodiar la seguridad de los bienes de su sucesor de una manera responsable, y es el quien responderá de la culpa leve en el desempeño de sus atribuciones, además podrá ejercer la tenencia de los bienes que le haya encargado el testador y como lo haya dispuesto y a su vez este debe cumplir con la función de la custodia y conservación en buen estado de los bienes ya estipulados, como dijimos anteriormente debe cuidar el de los bienes y no atribuir esa responsabilidad a terceros y sobre todo hacer cumplir

con la decisión que ha dejado el testador con exactitud de la voluntad ya manifestada del sucesor.

En el libro manual de derecho de las sucesiones los objetivos del albacea dispone que “el albacea debe hacer asegurar los bienes dejados por el testador, y proceder al inventario de ellos con citación de los herederos, legatarios y otros interesados. Habiendo herederos ausentes, menores o que deban estar bajo de una curatela, el inventario debe ser judicial.” (Eduardo A. Zannoni. (1999). Deberes de la Albacea. En Manual de Derecho de Sucesiones (737). Ciudad de Buenos Aires: Astrea.).

El albacea debe ser quien precautele y cuide los bienes que el sucesor ha dejado en testamento para sus herederos ya que este es su función principal y, siendo de mayor importancia tener un inventario ya que es una manera de precautelar o cuidar los bienes ya que individualiza, enumera, teniendo el conocimiento del valor de los bienes dejados a su cuidado.

En nuestra legislación Ecuatoriana tenemos el Código Civil en el cual nos indica sobre las funciones que realiza el albacea la misma que se encuentran en el LIBRO tercero del mismo cuerpo legal; de este modo nos referimos específicamente al; la misma que es definida como “obligaciones generales del albacea.- toca al albacea velar sobre la seguridad de los bienes; hacer que se guarden bajo llave y sello el dinero, muebles y papeles, mientras no haya inventario solemne; y cuidar de que se proceda a este inventario, con citación de los herederos y de los demás interesados en la sucesión; salvo que, siendo todos los herederos capaces de administrar sus bienes determinen únicamente que no se haga inventario solemne.”

El albacea es un custodio una persona que custodia los bienes durante un litigio legal al momento que custodia o cuida los bienes muebles o inmuebles está bajo la responsabilidad que no se pierdan no se dañen o que entre los herederos no se lleven ningún tipo de bien, cuando existe un litigio legal siempre debe existir un juicio de inventario en ese juicio se designa un perito y este realiza el inventario de todos los bienes que existen o que están en el

testamento, una vez hecho el inventario el albacea puede entregar los bienes con sentencia, a su vez si no se encuentran los bienes en un inventario el albacea es el encargado de custodiar todos los bienes, los cuales no pueden pasar a los herederos mientras no se de dicha acción, para realizar un inventario en un litigio legal todos deben estar notificados todas las partes, todos los herederos ya que si no están notificados alguno de los herederos no puede procederse hacer absolutamente nada todos deben comparecer para dicha diligencia.

Los herederos como dice claramente el artículo son capaces estos pueden designar que no se haga ningún tipo de inventario si no directamente se haga la herencia de los bienes y no es necesario que cuide un albacea.

En el libro de derecho civil de Larrea Holguín nos dice que “ el albacea recibe los bienes que debe administrar, a medida que se haga el inventario, y de este modo se tiene la base para las cuentas y para establecer su responsabilidad, el albacea deberá entregar la cuota litigiosa una vez que se ejecutorié la sentencia que resuelva la controversia entre los herederos, el artículo 1300 establece que el albacea tiene derecho de asistir al inventario y debe entenderse tanto para el caso de que él lo haya solicitado, como cuando hayan sido los herederos u otro interesado quienes lo pidieron” (Juan Larrea Holguín. (200). Atribuciones de las Albaceas. En Derecho Civil del Ecuador (187, 189). Guayaquil- Ecuador: Arquidiocesana "Justicia y Paz").

El albacea tiene como derecho fundamental el cual es concurrir a la creación del inventario de los bienes ya sea que el pida o pidan los herederos, y como se ha dicho anteriormente el albacea debe cuidar y administrar los bienes estipulados en el inventario hasta que se lo entregue con sentencia para sus herederos y que ellos tengan constancia de que todos los bienes estén en buenas condiciones, orden.

### **2.1.5 Obligaciones del albacea**

Las obligaciones del albacea son varias y estrictas, puesto que son obligaciones otorgadas o adquiridas en un momento de confianza se podría decir, entre el que es designado albacea y de quien otorga el testamento,

podemos citar que “El albacea es un administrador de los bienes...No ejerce, como el guardador, una carga, y por esta razón es libre de aceptar o no la gestión encomendada...Si acepta el encargo debe evacuarlo en los términos antes señalados, y, particularmente velando por la validez del testamento, por la seguridad de los bienes sucesorios...” (Coello García, Hernán, Talleres gráficos de la Universidad de Cuenca, 2002, página 345), es decir el albacea en su obligación número uno que es la de administrar bienes o ser el cuidador de estos bienes del testamento, mas no un guardador, al aceptar este encargo de albacea, este debe evacuar en los términos que establezca la ley dependiendo el país de origen del albaceazgo, aparte que velara por la validez del testimonio, es decir el albacea es el testigo más influyente al momento de abrir un testamento, puesto que este en su calidad de albacea vivió en carne propia como el otorgante realizo el testamento y en que condición lo hizo, además se encuentra “Obligado como está a administrar los bienes relictos se halla también en el caso de rendir cuentas de su administración, como lo deben hacer todos cuantos administran bienes ajenos; y si le exige cualquiera de los asignatarios, dentro de los límites señalados por el Art 1340, rendir la caución que señale el juez. El precepto mencionado expresa lo siguiente: Los herederos, legatarios y fideicomisarios, en el caso de justo temor sobre la seguridad de los bienes que fuere tenedor el albacea, y a que respectivamente tuvieren derecho actual o eventual, podrán pedir que se le exijan las debidas seguridades ...” (Coello García, Hernán, Talleres gráficos de la Universidad de Cuenca, 2002, página 345), esto nos quiere decir que aparte de tener la responsabilidad de ser albacea, también se le puede exigir a este personaje las respectivas seguridades, pueden ser estas facturas de mantenimiento de los bienes, en este caso los que pueden solicitar este tipo de seguridades y más son los herederos o legatarios, puesto que estos son los más interesados en que estos bienes que son suyos o eventualmente llegaran a ser suyos se encuentren en buenas manos y se mantengan para poder estos disfrutar de los beneficios que les puedan brindar dichos bienes.

Nos dice el artículo 1305 de nuestro Código Civil con respecto al albacea “Toca al albacea velar sobre la seguridad de los bienes; hacer que se guarden bajo llave y sello el dinero, muebles y papeles, mientras no haya inventario solemne; y cuidar de que se proceda a este inventario, con citación de los herederos y de los demás interesados en la sucesión; salvo que, siendo todos los herederos capaces de administrar sus bienes, determinen unánimemente que no se haga inventario solemne.” (H. CONGRESO NACIONAL DEL ECUADOR, Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005, Última modificación año 2015, página 407), según la legislación de nuestro país con respecto al albacea se refiere a que debe velar sobre la seguridad de los bienes, es decir, cuidar, mantener, preservar, esos bienes que el testador le ha encomendado ser el albacea

correspondiente; nos dice también que el albacea es el responsable y está en la obligación de hacer que se guarde en sobre cerrado y con todos los sellos que corresponda según la ley todos los bienes, es decir títulos de propiedad, dineros, papeles, hasta que no haya el inventario correspondiente y necesario para poder entregar a cada heredero o legatario lo que le corresponda; además el momento en el que se realice el inventario, es el albacea quien en su calidad tiene la obligación de cuidar que se proceda a enviar citación a todos los herederos sin excepción y a todos los interesados de dicha sucesión, esto claro si es que los herederos o quienes van a recibir los bienes son capaces de administrar los mismos y no quieren que se haga dicho inventario.

En el artículo siguiente el número 1306 nos dice “Todo albacea estará obligado a dar noticia de la apertura de la sucesión por avisos publicados en el periódico del cantón, si lo hubiere, o no habiéndolo, en carteles que se fijarán en tres de los parajes más públicos de la ciudad cabecera; y cuidará de que se cite a los acreedores por edictos que se publicarán de la misma manera.” (H. CONGRESO NACIONAL DEL ECUADOR, Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005, Última modificación año 2015, página 407) , aparte de las obligaciones introducidas y expresas en el artículo 1305 del CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, tenemos las manifestadas en su consiguiente, en esta nos dice que el albacea en el momento en el que se vaya a dar la apertura de la sucesión este deberá publicar avisos en el diario de mayor circulación del cantón o de la población en la que se efectuase la sucesión, esto es para hacer conocer a todos los interesados de la sucesión que se va a dar su respectiva apertura, en obediencia y buena aplicación del artículo anterior, en caso de no haber diario en el lugar de la sucesión el albacea deberá fijar tres carteles en las partes de más visibilidad del cantón, o cabecera cantonal de la provincia en la que se realice la sucesión, esto con el fin de que alguien que conozca a las personas interesadas o citadas en estos avisos pongan en conocimiento estas citaciones; después de encontrar a los citados para la sucesión se los citará valga la redundancia, por edictos “Edicto en el derecho moderno, es el mandato o decreto publicado con autoridad del príncipe, magistrado, juez o autoridad administrativa que dispone la observancia de ciertas reglas en algún asunto. También se determina así a los anuncios fijados en lugares públicos de las ciudades, villas o edificios gubernamentales sobre algún asunto para que sea notorio y de conocimiento general. En la práctica forense del derecho es un tipo de comunicación procesal.” (Escriche, Joaquín, Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, 1851, Francia); y luego el albacea se encargará de que se publique y se verifique la citación.



Código Civil, artículo 1319: “El testador no podrá ampliar las facultades del albacea, ni exonerarle de sus obligaciones, según se hallan unas y otras definidas en este Título” (H. Congreso Nacional Del Ecuador, Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005, Última modificación año 2015, página 411); según este artículo el testador aparte de las facultades y obligaciones que por ley ya tiene el albacea no podrá obligarle a otras que no estén prescritas en esta ley ni tampoco podrá exonerarle, es decir si el testador no quiere que el albacea se vea obligado a guardar en sobre cerrado y con sellos los bienes, papeles, dinero, etc., y le dice que no lo haga no podrá, puesto que lo establece la ley que sí lo haga, es decir el papel que juega el albacea como todos los que están escritos en nuestra legislación deberán cumplir con todas las obligaciones que están en la ley y no podrán ser exonerados de estas.

En fin las obligaciones del albacea consisten 4 muy específicas: Velar por la seguridad de los bienes, encargarse de que se guarde el dinero bajo llave y sello; también verá que se guarde los muebles y papeles; y por último estar pendiente con que se haga el inventario de los bienes, citando a los herederos y a las demás personas que puedan estar interesadas en la sucesión.

Por último, citaré: “aunque al albacea no le haya sido encomendada por el testador la labor de pagar las deudas, es obligación de este pedir que la partición de los bienes se señale lo suficiente para que dichas deudas sean pagadas.”

Esto se refiere en cuanto a las deudas que el testador haya dejado antes de morir, pues el albacea, aunque el testador no le haya dicho que pague sus deudas o se encargue de esto, el albacea tiene la responsabilidad legal y la obligación de que todas las deudas dejadas por el testador que le nombro albacea sean canceladas antes de cualquier inventario, y que en la partición de todos los bienes se haga un pequeño espacio en el que se complete la cuota de las deudas.

Dentro de lo contemplado por el Código Civil, podemos nombrar las siguientes obligaciones Código Civil, artículo 1305 Obligaciones Generales Del Albacea “Toca al albacea velar sobre la seguridad de los bienes; hacer que se guarden bajo llave y sello el dinero, muebles y papeles, mientras no haya inventario solemne; y cuidar de que se proceda a este inventario, con citación de los herederos y de los demás interesados en la sucesión; salvo que, siendo todos

los herederos capaces de administrar sus bienes, determinen unánimemente que no se haga inventario solemne”

Es importante mencionar que el albacea tiene como obligación asegurar y preservar los bienes dejados por el testador, y proceder al inventario de ellos con citación de los herederos, legatarios y otros interesados. El inventario, en sí mismo, es una medida de seguridad, por cuanto individualiza los bienes y los enumera, permitiendo de ese modo establecer el estado patrimonial de la herencia. El inventario debe contener todos los bienes que, presuntivamente, pertenecen al causante.

Código Civil, artículo 1306 El Albacea Y Apertura De La Sucesión.- “Todo albacea estará obligado a dar noticia de la apertura de la sucesión por avisos publicados en el periódico del cantón, si lo hubiere, o no habiéndolo, en carteles que se fijarán en tres de los parajes más públicos de la ciudad cabecera; y cuidará de que se cite a los acreedores por edictos que se publicarán de la misma manera.”

Es obligación del albacea dar aviso de la apertura de la sucesión, esto con el fin de que los herederos y las personas interesadas en la sucesión se hagan parte en el proceso, por la misma razón es también obligación del executor testamentario o albacea velar que se citen a la sucesión los acreedores del testador en el testamento. Y así poder evitar el incumplimiento y las sanciones respectivas establecidas en el mismo cuerpo legal vigente.

Código Civil, artículo 1307 Obligación Del Albacea Frente A Los Acreedores Hereditarios.-“Sea que el testador haya encomendado o no al albacea el pago de las deudas, estará éste obligado a exigir que en la partición de los bienes se señale un lote o hijuela suficiente para pagar las conocidas”

Otra de las obligaciones del albacea aunque al no le haya sido encomendada por el testador es la labor de pagar las deudas, es obligación de este pedir que en la partición de los bienes se señale lo suficiente para que dichas deudas sean pagadas.

Código Civil, artículo 1309 Pago De Deudas.- “El albacea encargado de pagar las deudas hereditarias, lo hará precisamente con intervención de los herederos presentes, o del curador de la herencia yacente, en su caso”

Mencionemos que la función del albacea se resume en el hecho de cumplir la última voluntad del testador, con respecto a la obligación que le asiste al albacea aunque el testador no se lo haya encomendado, dicha obligación consiste en el pago de las deudas; el albacea debe velar por el pago de las deudas del causante, incluso podrá exigir de la partición una parte de los bienes con el fin de pagar estas. Pero con la presencia de los herederos.

Código Civil, artículo 1330 Rendición De Cuentas.-“El albacea, luego que cese en el ejercicio del cargo, dará cuenta de la administración, justificándola. No podrá el testador relevarle de esta obligación.”

Una vez que el albacea o executor testamentario haya terminado su labor es necesario que rinda cuentas de su gestión o encargo , esta es una obligación impuesta por el código civil, de la cual no le puede redimir o evitar el testador; con la rendición de cuentas el albacea da fe de haber cumplido con lo encomendado por el causante. De esta forma la rendición de cuentas del albacea no están simple por el hecho que esta debe estar fundamentada en soportes que prueben su efectiva labor, de conformidad por lo establecido en el código civil vigente.

Código Civil, artículo 1308 Sanción.- “La omisión de las diligencias prevenidas en los dos artículos anteriores, hará responsable al albacea de todo perjuicio que ella irroque a los acreedores. Las mismas obligaciones y responsabilidad recaerán sobre los herederos presentes que tengan la libre administración de sus bienes, o sobre los respectivos tutores o curadores. Las mismas obligaciones y responsabilidad recaerán sobre los herederos presentes que tengan la libre administración de sus bienes, o sobre los respectivos tutores o curadores.

Si el albacea no cumple con estas obligaciones, será responsable frente a herederos o, en su caso, beneficiarios de las disposiciones testamentarias, de los daños y perjuicios que su omisión les causa”

El incumplimiento de las obligaciones o encargos anteriormente mencionadas dará lugar a que el albacea o ejecutor testamentario sea responsable de todos los perjuicios legales las mismas que se harán conforme a las reglas establecidas del código civil vigente.

### **2.1.6 Derechos de albacea**

Los derechos del Albacea, son las facultades que la ley, en este caso el Código Civil, confiere al albacea al momento de ejercer su cargo, para cumplir con sus funciones y para velar con el cumplimiento de las disposiciones testamentarias que el causante o testador le ha encomendado.

Tras la respectiva investigación, y el debido tratamiento a los instrumentos jurídicos que tenemos a mano, señalamos algunos derechos del albacea encontrados en el Código Civil Ecuatoriano, que si bien es cierto, en este instrumento jurídico no se encuentran tipificados como Derechos, para nuestro punto de vista los señalamos como tal, los cuales serán expuestos a continuación:

#### **1. Derecho a asistir al Inventario y a reclamar contra él:**

De Acuerdo al Art. 1278 del Código Civil Ecuatoriano, el albacea tendrá derecho de asistir al inventario, ya sea personalmente o a través de su representante, es decir, que en el inventario en el que el albacea estará presente de acuerdo al Art. 407 ibídem, “se hará relación de todos los bienes raíces y bienes muebles de la persona cuya hacienda se inventaría,(en este caso del causante) particularizándolos uno a uno, o señalando colectivamente los que consisten en número, peso o medida, con expresión de la cantidad y calidad, y con las explicaciones necesarias para poner a cubierto la responsabilidad del guardador.

Comprenderá asimismo los títulos de propiedad, las escrituras públicas y privadas, los créditos y deudas del pupilo de que hubiere comprobante o sólo noticia, los libros de comercio o de cuentas, y en general todos los objetos presentes, exceptuados los que fueren conocidamente de ningún valor o utilidad, o que sea necesario destruir con algún fin moral.”

El causante, al dejar un albacea, busca asegurar que sus disposiciones sean cumplidas con cabalidad, y en cuestión de bienes, que sean designados como el testador dispuso, por lo que resulta indispensable que el albacea, asista al Inventario de los bienes del testador, para que garantice que se encuentren detallados correctamente todos los bienes, en cantidad y calidad, que haya dejado el testador, y de no estar de acuerdo con el inventario o al parecerle inexacto, el albacea tiene el derecho de reclamar contra este, debido a que si el observa una irregularidad, pone en juego su función primordial, el cumplimiento de las disposiciones del cujus, así que de haber dichas irregularidades se puede declarar nulidad en el inventario y determinarse un periodo de tiempo para que se realice uno nuevo, saneando los errores del anterior.

## **2.- Derecho a ejercer o excusarse de su cargo:**

El Art. 1298 del código Civil en su primer inciso señala que “el albacea nombrado puede rechazar libremente el cargo.”, es decir el albacea tiene el derecho y a su disposición si acepta o rechaza el cargo que el causante le ha encomendado, pero podemos decir que es un derecho limitado ya que en el siguiente inciso del mismo artículo encontramos lo siguiente: “Si lo rechazare sin probar inconveniente grave, se hará indigno de suceder al testador, con arreglo al artículo 1013 inciso segundo”.

Entendemos por inconveniente grave, alguna razón de fuerza mayor que obligue a una persona a dejar de ejercer ciertas actividades, pero el Código Civil no establece que casos son considerados como “inconvenientes graves”, para que pueda el albacea rechazar su cargo, así que queda al criterio del Juez, aceptarlo o no, entonces establecemos que es un derecho limitado, y crea una especie de obligatoriedad para aceptar el cargo, entonces el rechazo del albaceazgo es una excepción, porque para el albacea, demostrar un inconveniente grave para no ejercer su cargo resulta sumamente difícil, pero considero que aun así sigue siendo un derecho del albacea.

Para aceptar o rechazar el cargo, conforme al Art. 1297, “El juez, a instancia de cualquiera de los interesados en la sucesión, señalará un plazo razonable

dentro del cual comparezca el albacea a ejercer su cargo, o a excusarse de servirlo; y podrá el juez, en caso necesario, ampliar por una sola vez el plazo.”

Considero necesario que se establezca un plazo de tiempo, para que la persona que haya sido encomendada como albacea, tome y resuelva su decisión, si la acepta ejercerá todas sus funciones y garantizará el cumplimiento de las disposiciones del testador, pero si rechaza el cargo, como lo señala (Larrea Holguín, 2009) “La sanción por la no aceptación sin motivo grave, o por la renuncia sin motivo grave, consiste en la indignidad para heredar al testador; sanción indudablemente severa ya que puede implicar notable perjuicio económico y entraña cierto carácter deshonroso, como indica el mismo nombre indigno. Si bien el albacea puede no aceptar el cargo, en cambio los herederos no pueden impedirle que acepte o renuncie, ya que ellos deben necesariamente acatar el nombramiento hecho por el testador, siempre que haya recaído sobre persona capaz”. (Larrea Holguín, Juan. “Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador”, Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones, año 2009, pág. 517)

### **3.- Derecho a constituir mandatarios:**

Como característica del albaceazgo tenemos la Indelegabilidad, que como lo señala el Art. 1301: “El albaceazgo es indelegable, a menos que el testador haya concedido expresamente la facultad de delegarlo.”

El cargo del albacea es personalísimo, solo lo puede ejercer quien haya sido encomendado por el testador, por lo que nadie puede reemplazar al albacea, o este a su vez no puede delegar su cargo y sus funciones a ninguna persona, pero existe una excepción, y es que el testador es quien asigna este cargo y él es el único que puede facultar al albacea a delegar a alguien más sus funciones.

Sin embargo el derecho que encontramos en este artículo es que: “El albacea, sin embargo, podrá constituir mandatarios que obren a sus órdenes; pero será responsable de las operaciones de éstos.”. Los mandatarios no podrán reemplazar al albacea, sino estos serán sus ayudantes y cumplirán algunas funciones que el albacea les asigne, y estos trabajaran gratuitamente o por alguna remuneración, ya que como lo señala el Art. 2020 del Código Civil: “Mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera”.

Pero el mal cumplimiento de las funciones que el albacea les haya encargado a sus mandatarios, no es responsabilidad de ellos, sino responsabilidad del principal, el albacea, ya que él es el titular del ejercicio de sus funciones, por tanto a pesar de tener mandatarios, el albacea deberá controlar y regular las atribuciones que el haya encomendado.

#### **4.- Derecho a pedir división de atribuciones:**

El Art. 1302, establece tácitamente que el causante tiene la potestad de nombrar más de un albacea, quienes compartirán una responsabilidad conjunta y común, a menos de que el testador haya singularizado las atribuciones a cada albacea, pero como lo demuestra el artículo siguiente, el Art. 1303, “el juez podrá dividir las atribuciones, en ventaja de la administración y a pedimento de cualquiera de los albaceas o de cualquiera de los interesados en la sucesión.”

Aquí determinamos un derecho, en este caso de los albaceas, ya que si el testador no determinó las atribuciones para cada albacea, ellos independientemente de quien, tienen el derecho a pedir al juez la división de atribuciones, para mejorar la calidad de la administración de los bienes, y cumplir con su fin, que es el de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de *cujus*.

#### **5.- Derecho a la venta de los bienes, para pagar deudas o legados:**

Según el Art. 1314, del Código Civil Ecuatoriano, señala que “Si no hubiere de hacerse inmediatamente el pago de especies legadas, y se temiere fundadamente que se pierdan o deterioren por negligencia de los obligados a darlas, el albacea a quien incumba hacer cumplir los legados, podrá exigirles caución.”

Pues como sabemos una de las funciones de los albaceas es el pago de las deudas, y si el dinero que administra, dentro de la herencia no es suficiente para la administración y para el pago de deudas, este tiene el derecho a vender los bienes, del testamento, con el fin de subsanar los gastos, pero debemos tomar en cuenta que, el albacea debe respetar la decisión que tomen los herederos, puesto que ellos pueden oponerse a la venta siempre y cuando ellos dispongan del dinero necesario para costear las deudas. La forma de venta de estos bienes, estará determinada conforme al código civil ecuatoriano,

como le demuestra (Larrea Holguin, 2009), “la forma de la venta es la misma que la exigida para la enajenación de bienes menores u otros incapaces sometidos a guarda, y se prohíbe como en aquellos casos, que el albacea o su cónyuge o parientes cercanos o socios de comercio adquieran los bienes que se venden.” (Larrea Holguín, Juan. “Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador”, Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones, año 2009, pág. 527)

Se crea una excepción en la venta de los bienes, ya que el albacea como administrador de dichos bienes, deberá procurar por la venta al precio justo y sin ningún interés profesional ni personal, por ello se le prohíbe a él, su cónyuge y a socios, la compra de los bienes que conforman el testamento.

#### **6.- Derecho a una remuneración:**

Pues el albacea al ejercer un cargo o una función determinada, tiene el derecho fundamental a una retribución, compensación o remuneración, ya que este cargo como cualquier otro exige todas las capacidades de la persona designada como albacea, es así que nuestro Código Civil Ecuatoriano, establece dos casos cuando el causante ha dejado establecido en su testamento una remuneración siempre y cuando no supere la cuarta de libre disposición y cuando no haya dejado una remuneración al albacea, como lo demuestra el Art. 1323, “si el testador no hubiere señalado ninguna, será el cuatro por ciento de los bienes que administre; y si fueren dos o más, la remuneración se dividirá entre ellos en partes iguales. En ningún caso, tales derechos excederán de la cuarta de libre disposición y se deducirán del acervo total de bienes.”

Según (Zannoni, 1999), “El testador puede establecer, expresamente, una retribución en favor del albacea. Así por ejemplo, puede fijarla en un porcentaje a calcularse sobre el haber hereditario, o sobre el valor de los legados cuya ejecución se le encomienda, o mediante una suma fija de dinero” (Zannoni, Eduardo, “Manual de Derecho De las Sucesiones”, Buenos Aires Argentina: Editorial Astrea, año 1999, pág. 739.)

En el caso de nuestro país, el testador puede establecer expresamente cuál será la remuneración que le corresponderá al albacea, al cese de sus funciones, pero al no haber dejado establecida la remuneración, el albacea



será acreedor al 4% de los bienes que estén a su cargo, y si hay más albaceas ese 4% se dividirá en partes iguales entre ellos.

### **7.- Derecho a cobrar el saldo que a su favor resultare:**

El Art. 1331, del Código Civil determina que el albacea al culminar sus funciones y tras la respectiva rendición de cuentas, de hallarse saldos encontrados en su contra, este tendrá la obligación a devolverlos, pero por otro lado si existen saldos a su favor, tiene el derecho a cobrar dicho saldo, recordando que el albacea no puede exigir estos pagos anticipados sino siempre y cuando haya terminado honradamente y satisfactoriamente sus funciones.

#### **2.1.7 Rendición de cuentas**

Es informar al dueño del negocio o al interesado en el por cuya cuenta actual gestor de todo lo que se ha hecho en su interés, detallando los pasos realizados, para establecer la situación jurídica entre el gestor o administrador y el dueño del negocio.

Todo el que haya administrado bienes o negocios, total o parcialmente ajenos deben rendir cuentas de su cometido, o más ampliamente, todo aquel que actué en interés ajeno aunque lo haga en nombre propio y por cuenta propia.

No debe entenderse que rendir cuenta se limita a un mero informar, sino que deben detallarse los actos cumplidos mediante la exposición de todo el proceso económico y jurídico propio de cometidos, debidamente justificados con los documentos de respaldo y estableciendo además un resultado final con el saldo acreedor o deudor.

La rendición de cuentas es el acto descriptivo, verbal o escrito, respaldado con la pertinente documentación, destinados a demostrar en partidas correspondientes al debe y al haber la verdad de los hechos y resultados de orden patrimonial a que se ha llegado en una negociación en la que se ha actuado por cuenta ajena. La rendición de cuentas debe consistir, entonces, en un informe amplio, explicativo y descriptivo, con la prueba y la documentación correspondientes y debe contener todas las explicaciones y referencias que sean necesarias para dar a conocer los procedimientos y resultados de la gestión.

La obligación antes mencionada es para todos los albaceas incluyendo al contador-partidor como albacea también están sujetos a esta obligación. Pues en la doctrina entiende como la realización de la partición que en si misma supone una rendición de cuentas sin tener la necesidad de realizar otro acto.

La jurisprudencia dice que al realizar la operación de particiones es el más adecuado para que los albaceas den cuenta de su encargo que les ha sido asignado. Una vez terminado el albaceazgo con su respectiva rendición de cuentas si los herederos notan que han sido perjudicados, podrán proceder a impugnar la misma.

El albacea como bien ya sabemos es la persona que va a guardar los bienes, a custodiar los bienes cuando fallece una persona y va a administrarlos y a conservarlos para luego entregárselos a cada quien le corresponde según la voluntad del difunto.

Cuando es una sucesión testamentaria, es decir cuando yo hice mi testamento y nombre a quien iba a ser mi albacea, entonces esa albacea tendrá que entregar los bienes como esta dicho, yo puedo nombrar a cualquier persona como albacea y el único requisito para que la persona a quien nombre como albacea es que sea mayor de edad, que este en pleno uso de sus derechos y de sus facultades mentales por su puesto, que no haya sido condenado por ningún delito patrimonial.

El albacea tiene que hacer el inventario, rendir cuentas es decir en qué estado se encontraba los bienes que le fueron otorgados para su custodia por lo cual no puede disponer de los bienes en ninguna forma , no puede vender , prestar

Y responde ante los herederos de todo lo que suceda rindiendo las respectivas cuentas ya que existen albaceas que quieren aprovecharse de los bienes que están a su cuidado, pues no lo puede hacer , ya que debe rendir cuentas cada mes si hay productos , cada año cuando concluye el albaceazgo o rendición de cuentas generales.

La obligación de rendir cuentas resulta consecuencia lógica y jurídica de la naturaleza de las cosas, pues únicamente quien tiene poder exclusivo sobre un bien, derecho o patrimonio, puede usar de él libremente, con las limitaciones y modalidades que fijan las leyes, sin estar en la necesidad de rendir cuentas a nadie de su conducta.

Pero quien no se halle en esa situación y administre bienes total o parcialmente ajenos, debe rendir cuentas. El albacea es la persona encargada de llevar a cabo las operaciones necesarias para la liquidación y realización de la masa hereditaria, así como de cuidar y administrar el acervo, hasta que el activo patrimonial resultante se adjudique y entregue a los herederos.

La facultad de administrar los bienes tiene el rango de obligación, y el albacea lo hace como persona ajena al patrimonio, razón por la cual, se encuentra en el supuesto natural de estar obligado a rendir cuentas. Los titulares de ese patrimonio en liquidación son los herederos, a partir de la muerte del causante; pero también tienen un interés, limitado y determinado, los acreedores y los legatarios. De modo que, en principio, son todos ellos los titulares del derecho a que les rindan cuentas

Vamos a suponer que los bienes de la masa hereditaria dejan frutos, como puede ser en un ejemplo sencillo. Una parcela en la cual tiene algún tipo de siembra, y esta siembra da frutos, estos frutos desde el más elemental sentido físico y jurídico por lo cual el albacea hace un correspondiente inventario de lo que ha producido el bien o la parcela en este caso y señala o indica que se ha hecho con estos frutos y la razones de esta forma el albacea rinde cuentas al juez y a los herederos.

Otro ejemplo puede ser las rentas o alquileres de bienes inmuebles, pues también tiene que invertirlos de forma en que se cuide y se dé seguridad al patrimonio y rendirles cuentas de este informe al juez y a los herederos, es como la ley conoce rendir las cuantas.

### **2.1.8 Jurisprudencia**

Resolución: 257-2009 Juicio No. 105-2007 ex tercera ER Actor: DIEGO PAZMIÑO HOLGUIN Demandado: RUBEN HERDOIZA MERA JUEZ PONENTE: Dr. Manuel Sánchez Zuraty CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.

SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA.- Quito, 16 de junio de 2009, las 16H30.VISTOS: Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, en mérito a lo dispuesto en la segunda disposición transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo del 2009; en el numeral 4, literales a) y b), del apartado IV, DECISIÓN, de la Sentencia interpretativa 001-08-SI-CC, dictada por la Corte Constitucional el 28 de noviembre de 2008, publicada en el Registro Oficial No. 479 de 2 de diciembre del mismo año, debidamente posesionados el día 17 de diciembre del 2008, ante el Consejo Nacional de la Judicatura; y, en concordancia con el Art. 5 de la Resolución Sustitutiva tomada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia tomada en sesión de 22 de diciembre del 2008, publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de Enero del 2009; y, los artículos 184 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de casación. En lo principal, el Dr. Diego Pazmiño Holguín, en calidad de apoderado especial y procurador judicial de Laura Raquel Herdoíza Mera y Magdalena Elisa Herdoíza Mera, en el juicio ordinario seguido por nulidad de testamento contra Nelson Marcelo Herdoíza Mera, Wilson Fernando Herdoíza Mera y Rubén Arnoldo Herdoíza Mera, deduce recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Presidente de la Excma. Corte Suprema de Justicia, el día 20 de marzo de 2007, las 15h00 (fojas 759 a 766 de autos), que rechaza la demanda por falta de legítimo contradictor en la parte demandada. PRIMERO.- Esta Sala es competente para conocer y resolver la presente causa en virtud de la Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, las normas señaladas en la parte expositiva del presente fallo y la distribución en razón de 1 Resolución: 257-2009 Juicio No. 105-2007 ex tercera ER Actor: DIEGO PAZMIÑO HOLGUIN Demandado: RUBEN HERDOIZA MERA la materia, hecha mediante Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión realizada el día 22 de diciembre de 2008, publicada en Registro Oficial No. 511 de 21 de enero de 2009. El recurso de apelación ha sido concedido mediante auto de 10 de abril de 2007, las 09h20. SEGUNDO. El proceso es válido porque no se han omitido solemnidades sustanciales ni se ha violado el trámite correspondiente a esta clase de juicios. TERCERO.- El recurrente, a fojas 6 del cuaderno de segunda instancia, en su escrito de fundamentación del recurso de apelación hace referencia a la providencia de fecha 28 de noviembre de 2003, las 15h15, en la cual el Presidente de la Corte Suprema de Justicia se asegura la competencia, acepta a trámite la demanda por ser clara y completa y dispone se cite a los demandados en la forma que señala la ley; a continuación hace una explicación sobre los conceptos de poder y mandato y sus diferencias, para concluir que ha actuado como mandante de sus poderdantes (sic) Raquel Herdoíza Mera y Magdalena Elisa Herdoíza Mera; a continuación se pregunta por qué la “Excelentísima Corte Suprema” (sic) ha calificado la demanda y no la rechazó desde el inicio del

juicio; también indica que en su escrito de 25 de octubre de 2003, presentado a las 10h30, acompañó una vez más la Procuración Judicial de fecha 16 de octubre de 2003 que Laura Raquel Herdoíza Mera celebró ante el Dr. Fabián Solano, Notario Vigésimo Segundo de este cantón, en la que “me da la procuración judicial dada con poder general, otorgado por la Dra. Magdalena Elisa Herdoíza Mera que otorga a favor de la señora Laura Raquel Herdoíza Mera, suscrito el 3 de julio de 2002 ante la Dra. Ximena Moreno de Solines, Notaria Segunda del cantón Quito, quien me confiere Procuración Judicial de acuerdo a su mandato en dicho poder, donde plenamente se me autoriza se me confiera dicha Procuración Judicial con el instrumento público celebrado el 16 de octubre del 2003, ante el Dr. Fabián Solano Notario Vigésimo Segundo (...); y, finalmente insiste sobre su pretensión de nulidad de testamento.

CUARTO.- El Dr. Rubén Arnoldo Herdoíza Mera, a fojas 9 del cuaderno de segunda instancia, se adhiere parcialmente al recurso y contesta el traslado 2 Resolución: 257-2009 Juicio No. 105-2007 ex tercera ER Actor: DIEGO PAZMIÑO HOLGUIN Demandado: RUBEN HERDOIZA MERA con la fundamentación del mismo y dice que se ratifica en los fundamentos de la contestación de la demanda y las reconveniones; y concluye pidiendo que se entreguen los bienes sucesorios y la ejecución del testamento abierto otorgado por la Laura Enriqueta Mera Reyes el 19 de julio de 2002.

QUINTO. El Arq. Wilson Fernando Herdoíza Mera, a fojas 14 del cuaderno de segunda instancia, contesta el traslado con la fundamentación del recurso indicando que el escrito no determina explícitamente los puntos a los que se contrae la apelación, se adhiere al recurso e insiste en las reconveniones presentadas.

SEXTO.- El Econ. Nelson Marcelo Herdoíza Mera, a fojas 17 del cuaderno de segunda instancia, contesta el traslado con la fundamentación del recurso, manifestando que tal escrito no determina explícitamente los puntos a los que se contrae la apelación, se adhiere al recurso e insiste en las reconveniones planteadas.

SÉPTIMO.- El Dr. Diego Hernán Pazmiño Holguín comparece con su demanda, que consta de fojas 29 a 34 del cuaderno de primera instancia, ante el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, en calidad de procurador judicial de Laura Raquel Herdoíza Mera y Magdalena Elisa Herdoíza Mera, contra Nelson Marcelo Herdoíza Mera, Wilson Fernando Herdoíza Mera; y, Rubén Arnoldo Herdoíza Mera, quien a la fecha de presentación de la demanda tenía la dignidad de Magistrado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; y manifiesta que con las partidas de nacimiento que acompaña, se acredita que sus poderdantes o mandatarias son legítimas hijas de quien en vida fue la Laura Enriqueta Mera Reyes viuda de Herdoíza, quien falleció en esta ciudad de Quito, el 23 de julio de 2003, conforme a la partida de defunción que también apareja. Que según consta del testamento abierto, debidamente legalizado, protocolizado con fecha 5 de julio de 2002, ante la doctora Ximena Moreno de Solines, Notaria Segunda del Cantón Quito, se desprende que las poderdantes o mandatarias son hijas de Laura Enriqueta Mera Reyes viuda de Herdoíza, quien por sus propios y personales derechos y hallándose en su

entero y cabal juicio, otorgó testamento solemne abierto, por el que la madre dispone “a favor de nosotras hijas mujeres, y de acuerdo con la 3 Resolución: 257-2009 Juicio No. 105-2007 ex tercera ER Actor: DIEGO PAZMIÑO HOLGUIN Demandado: RUBEN HERDOIZA MERA voluntad anterior de nuestro padre”, la cuarta de mejoras y de libre disposición, y con la presencia de tres testigos idóneos que estuvieron presentes en la lectura y aceptación; documento del cual se desprende que se nombró como ALBACEA AL DOCTOR JORGE MERA VERGARA, REUNIENDO LOS REQUISITOS DE LEY. Este testamento fue comunicado “por parte de nuestra madre a todos sus hijos”, quienes expresaron su total complacencia, a tal punto que nunca fue impugnado; que el 14 de julio de 2003, Raquel y Magdalena se enteraron que su señora madre había realizado un segundo testamento a pedido de sus hermanos varones ante la doctora Ximena Moreno de Solines, Notaria Segunda del Cantón Quito, con fecha 19 de julio de 2002, testamento que contiene el desconocimiento de la voluntad tanto de su padre como de su madre, en lo referente a los derechos determinados en el primer testamento para sus hijas; deduciéndose por el tiempo transcurrido que se mantuvo en estricto secreto este nuevo testamento, con claro afán de sorprendernos mediante evidente pretensión colusoria, A TAL PUNTO QUE SE NOMBRA COMO ALBACEA A SU PROPIO HERMANO NELSON MARCELO HERDOÍZA MERA, violentando el artículo 1029 del Código Civil, a quien se le designa para la tenencia y administración de los bienes en su totalidad. Que preocupadas y sorprendidas ante tal situación, se procedió a preguntar a la señora madre de mis poderdantes o mandatarias si había efectuado dicho acto, quien respondió que no recuerda haber testado, peor aún haber firmado documento alguno, puesto que ya en el testamento anterior se encuentran todas las formalidades contempladas en expreso deseo de consuno de su esposo fallecido, como de ella, y esa era la decisión tomada con efecto definitivo y por vida; particulares éstos que nulitan dicho testamento, conforme se demostrará en su oportunidad. Con estos antecedentes y fundamentándose en lo que disponen los artículos 1029, 1056, 1065 y 1067 del Código Civil, más los dispuestos concomitantes para esta clase de actos, solicita que en sentencia se disponga lo siguiente: “1. La nulidad del testamento abierto supuestamente otorgado por la señora madre, con fecha 19 de julio del 2002, suscrito ante la doctora Ximena Moreno 4 Resolución: 257-2009 Juicio No. 105-2007 ex tercera ER Actor: DIEGO PAZMIÑO HOLGUIN Demandado: RUBEN HERDOIZA MERA de Solines, Notaria Segunda del Cantón Quito, y a fin de que concomitantemente el primero de los actos solemnes quede en rigor conforme a la ley.- 2. El pago de los daños y perjuicios que se han ocasionado.- 3. La restitución de la herencia que les pertenece, con el pago de los frutos naturales y civiles más el daño emergente y el lucro cesante que han producido los bienes muebles e inmuebles que fueran de propiedad de la señora madre Laura Enriqueta Mera Reyes vda. de Herdoíza, así como la restitución de todos los bienes de cualquier especie o dineros, que pudieron haberse dispuesto sin conocimiento

de autoridad judicial, por los vicios testamentarios y que hasta la presente fecha o posteriormente, les hayan causado daño material.- 4. Declarada la nulidad, ordene usted señor Presidente inscribir en el Registro de la Propiedad de este Cantón el testamento abierto otorgado con fecha 5 de julio del 2002.- 5. Reclamo expresamente las costas procesales y mis honorarios profesionales, así como de la doctora Cecilia Lescano Aguilera, Abogada Defensora que suscribe conmigo y que usted se servirá regularlos, por haber creado la situación de litigio.- Dejo expresa constancia que los hechos sucedidos tienen evidente afán de perjudicar a los legítimos derechos que han sido conculcados a mis Poderdantes, pues se establece un claro acto colusorio que oportunamente demandaré, ya sea deveniente de este mismo proceso, ora por cuerda separada mediante nueva acción”. En forma previa y a efectos de asegurar la competencia se ha requerido del Ministerio de Relaciones Exteriores, la certificación acerca de la inmunidad diplomática del demandado doctor Rubén Arnoldo Herdoíza Mera, la que obra de fojas 44; posteriormente se ha aceptado a trámite la demanda, ordenándose que sean citados los demandados. OCTAVO.- Dentro del término legal el Ec. Nelson Marcelo Herdoíza Mera, fojas 50 a 59; doctor Rubén Arnoldo Herdoíza Mera, fojas 61 a 69; y, arquitecto Wilson Fernando Herdoíza Mera, fojas 71 a 81 y 81 vuelta, dentro del término legal contestan la demanda, oponiendo las siguientes excepciones que en forma similar constan en los escritos presentados: “PRIMERA. LA DEMANDA NO REUNE LOS REQUISITOS DE LEY.- 1.1. La 5 Resolución: 257-2009 Juicio No. 105-2007 ex tercera ER Actor: DIEGO PAZMIÑO HOLGUIN Demandado: RUBEN HERDOIZA MERA demanda no es clara, como exigen los Arts. 71 y 1066 del Código de Procedimiento Civil.- 1.1.1. Por tres ocasiones, se dice en la demanda las ‘poderdantes o mandatarias’, conceptos que son opuestos. Es como referirse a una misma parte como ‘vendedor o comprador’. Desconoce lo que preceptúa el Art. 2047, inciso 2° del Código Civil.- 1.1.2. Se señala que nuestra madre señora Laura Enriqueta Mera Reyes viuda de Herdoíza falleció el ‘23 de julio del 2003’, cuando su fallecimiento ocurrió el ‘21 de julio del 2003’, estando bajo el cuidado de Laura Raquel Herdoíza Mera. Este aparente error tiene por objeto correr una cortina de humo sobre los hechos ocurridos en ese fatídico 21 de julio, en que nuestra madre se encontraba en el inmueble que detentan las actoras.- 1.2. La demanda no es precisa, como exigen los mismos Arts. 71 y 1066 del Código de Procedimiento Civil.- 1.2.1. No hay señalamiento de causales de nulidad.1.2.2. Tampoco se señalan los hechos que supuestamente ocasionan esa nulidad.- 1.2.3. No es suficiente la invocación al Art. 1067 del Código Civil, sin indicar los hechos que constituyen la supuesta fuerza, con señalamiento del lugar, fecha, modo y más circunstancias.- 1.3. No hay claridad ni precisión en los fundamentos de hecho y de derecho.- 1.4. No es completa puesto que no cumple lo que manda el Art. 71 ordinal 2° del Código de Procedimiento, y se contenta con remitir a ‘los instrumentos públicos’, que no integran la demanda.- 1.5. No se ha adjuntado a la demanda copia certificada con la razón de

inscripción del testamento cuya nulidad 'relativa' se pretende. SEGUNDA. EL PODER GENERAL NO ES SUFICIENTE PARA COMPARECER EN ESTE JUICIO, EN QUE SE DEMANDA LA NULIDAD 'RELATIVA' DE UN TESTAMENTO ABIERTO. Por ello, hay falta de legitimatio ad processum.- TERCERA.- NO SE HA DEMANDADO TESTAMENTO PRETENDE, NI AL NOTARIO CUYA ANTE QUIEN SE DE OTORGÓ NULIDAD EL SE ABIERTO NI AL DECLARATORIA TESTAMENTARIO ALBACEA LEGITIMAMENTE DESIGNADO, QUIEN DEBE INTERVENIR 'EN JUICIO EN CALIDAD DE TAL PARA DEFENDER LA VALIDEZ DEL TESTAMENTO', CONFORME EL ART. 6 Resolución: 257-2009 Juicio No. 105-2007 ex tercera ER Actor: DIEGO PAZMIÑO HOLGUIN Demandado: RUBEN HERDOIZA MERA 1338 DEL CÓDIGO CIVIL. No hay, por tanto, legitimatio ad causam. CUARTA. EN SUBSIDIO, NIEGO PURA Y SIMPLEMENTE LOS FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DE LA DEMANDA.- QUINTA. NIEGO TOTAL Y ABSOLUTAMENTE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.- 5. 1. Reitero en que no hay motivo de nulidad del testamento de 19 de julio del 2002. 5.2. Niego enfáticamente que yo haya ocasionado a las actoras daños y perjuicios.- 5.3. Niego que yo hubiera tomado parte alguna de los bienes y que por lo mismo tenga que restituir 'frutos naturales y civiles', más los supuestos daño emergente y lucro cesante.- 5.4. Niego la pretensión de que se ordene la inscripción en el Registro de la Propiedad del testamento otorgado el 5 de julio del 2002, que se encuentra revocado de manera expresa y en forma reiterada.- 5.5. Niego que haya violación de precepto alguno al haberse me nombrado albacea testamentario con tenencia y administración de bienes.- SEXTA. EN FORMA ENÉRGICA NIEGO QUE HAYA LOS ACTOS DE COLUSIÓN QUE SE PROFIERE EN LA DEMANDA, Y POR LOS QUE AMENAZA SEGUIR LAS ACCIONES. SEPTIMA.- NO ME ALLANO A NINGUN MOTIVO DE NULIDAD, YA PROVENGA DE LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA, YA DE LA TRAMITACIÓN DEL JUICIO, O YA DE CUALQUIERA OTRA CAUSA, RAZON O MOTIVO". Los demandados doctor Rubén Arnoldo Herdoíza Mera y arquitecto Fernando Herdoíza Mera, reconvienen al doctor Diego Hernán Pazmiño Holguín, por sus propios derechos y como procurador de Laura Raquel Herdoíza Mera y doctora Magdalena Elisa Herdoíza Mera, el pago de la indemnización por daño moral, y por los daños causados por la retención ilegítima de los bienes sucesorios; y, por su parte, el demandado economista Nelson Marcelo Herdoíza Mera, reconviene al doctor Diego Hernán Pazmiño Holguín, por sus propios derechos y como procurador de Laura Raquel Herdoíza Mera y doctora Magdalena Elisa Herdoíza Mera, por daño moral y al pago solidario de la indemnización pecuniaria por este daño y de las costas procesales; a la entrega inmediata de los bienes que como albacea testamentario le corresponde administrar, al pago del deterioro que hubieran 7 Resolución: 257-2009 Juicio No. 105-2007 ex tercera ER Actor: DIEGO PAZMIÑO HOLGUIN Demandado: RUBEN HERDOIZA MERA sufrido tales bienes, al pago de la indemnización por haberle obstruido en la administración



de esos bienes y al pago de las costas judiciales; y por la retención ilegítima de los bienes sucesorios y consecuentemente al pago de los daños y perjuicios ocasionados con esa apropiación indebida y de los frutos civiles que hubieran podido producir esos bienes con una adecuada administración y las costas judiciales. NOVENO.- Las excepciones fueron aceptadas a trámite, y en razón de que los demandados al tiempo de contestar la demanda reconvinieron al actor, se ha corrido traslado con las reconvenciones propuestas para que las contesten en el término de quince días. El doctor Diego Pazmiño Holguín, por los derechos que representa en el presente juicio, da contestación a las reconvenciones planteadas por los demandados, fojas 93, 94 y 95. El recurso se encuentra en estado de resolución, para hacerlo, se considera: DÉCIMO.- Por tratarse de excepciones que se refieren a la legitimación en la causa, que deben ser resueltas previamente, se analizan las siguientes alegaciones formuladas por los demandados: 1.- Que el poder general no es suficiente para comparecer en este juicio, por lo que habría falta de legitimatio ad processum; y, 2.- Que no se ha demandado al Notario ante quien se otorgó el testamento abierto cuya declaratoria de nulidad se pretende, ni al albacea testamentario legítimamente designado, quien debe intervenir en juicio en calidad de tal para defender la validez del testamento, conforme el artículo 1338 del Código Civil, por lo que habría falta de legitimatio ad causam. 10.1. Respecto de la falta de legitimatio ad processum, se observa: a) El doctor Diego Hernán Pazmiño Holguín, mediante procuración judicial otorgada el 16 de octubre de 2003, ante el doctor Fabián Solano, Notario Vigésimo Segundo del Cantón Quito, comparece a nombre, en representación y en calidad de procurador judicial de Laura Raquel Herdoíza Mera; y, también con procuración judicial dada por poder general otorgado por la doctora Magdalena Elisa Herdoíza Mera, suscrito el 3 de julio del año 2000, ante la doctora Ximena Moreno Solines, Notaria Segunda del Cantón Quito, quien le confiere procuración judicial para que actúe con todas 8 Resolución: 257-2009 Juicio No. 105-2007 ex tercera ER Actor: DIEGO PAZMIÑO HOLGUIN Demandado: RUBEN HERDOIZA MERA las calidades que permite el Art. 48 del Código de Procedimiento Civil; y, b) Los poderes a los que hace referencia el demandante son los siguientes: Laura Raquel Herdoíza Mera, a fojas 17 a 19, en la escritura pública suscrita el 16 de octubre de 2003, ante el Notario Vigésimo Segundo del Cantón Quito, doctor Fabián Eduardo Solano Pazmiño, otorga Procuración Judicial a favor del doctor Diego Hernán Pazmiño, para que a su nombre y en representación realice entre otros los siguientes actos: Proponer demandas o acciones, sean estas civiles, mercantiles, etc., y le faculta para hacer uso de todas las facultades comunes a los procuradores y de las especiales a las que se refiere el artículo 48 del Código de Procedimiento Civil (actualmente 44 del Código de Procedimiento Civil). Laura Raquel Herdoíza Mera, ante el mismo Notario, el 16 de octubre de 2003, fojas 20 y 21, realiza una sustitución parcial del poder general y procuración judicial a favor del doctor Diego Hernán Pazmiño Holguín; y le faculta para que a nombre y en representación de Magdalena

Elisa Herdoíza Mera, realice entre otros los siguientes actos: Proponer demandas o acciones civiles, mercantiles, penales, etc., así como ejercer todas las facultades comunes a los procuradores y de las especiales a las que se refiere el artículo 48 (actualmente 44 del Código de Procedimiento Civil). Por último, a fojas 22 a 24, 24 vuelta, aparece el poder general suscrito por la doctora Magdalena Elisa Herdoíza Mera, el 3 de julio de 2002, ante la Notaria Segunda del Cantón Quito, doctora Ximena Moreno de Solines, a favor de la señora Laura Raquel Herdoíza Mera, mediante la cual le faculta para que, entre otras, le represente, con amplias atribuciones, en toda clase de juicios, ya sean civiles, penales, de inquilinato, de trabajo, etc., en las que sea parte o tenga interés, presentando demandas o contestando. Del contenido de los tres poderes que han sido señalados, se aprecia que el demandante doctor Diego Hernán Pazmiño Holguín, tiene plenas facultades para comparecer a juicio a nombre de sus poderdantes y por tanto se encuentra plenamente legitimada su intervención, de modo que es improcedente la excepción de legitimatio ad processum. 10.2. En lo relativo a la falta de legitimatio ad causam, en la 9 Resolución: 257-2009 Juicio No. 105-2007 ex tercera ER Actor: DIEGO PAZMIÑO HOLGUIN Demandado: RUBEN HERDOIZA MERA demanda aparecen como demandados: Rubén Arnoldo Herdoíza Mera, Nelson Marcelo Herdoíza Mera y Wilson Herdoíza Mera.- No han sido demandados la doctora Ximena Moreno de Solines, Notaria Segunda del Cantón Quito, ante quien se otorgó el testamento abierto suscrito el 19 de julio de 2002; y el economista Nelson Marcelo Herdoíza Mera, en calidad de albacea testamentario. Del texto de la acción propuesta aparece que el testamento abierto cuya nulidad se demanda fue otorgado ante la doctora Ximena Moreno de Solines, Notaria Segunda del Cantón Quito, con fecha 19 de julio de 2002; por tanto, cualquier resolución de fondo podría afectarla de diferentes maneras, de tal forma que si no interviene en el juicio podría quedar en indefensión y negado su derecho de defensa constitucionalmente reconocido. El artículo 1316 del Código Civil, actual Codificación, establece que el albacea debe comparecer a juicio para defender la validez del testamento, de modo que también debió ser demandado. Estamos frente al fenómeno jurídico de litisconsorcio pasivo necesario, ahora bien, debemos estudiar si en el caso concreto opera de manera correcta esta institución. Al respecto, el autor Dr. Patricio M. Buteler, explica: "Ya se ha visto que la sentencia es un acto de creación jurídica al cual se llega después de un proceso de partes. Esta característica bilateral, contenciosa del proceso que precede y condiciona la creación judicial del derecho, ha llevado a la tan difundida doctrina de la relación procesal, en la que intervienen juez, actor y demandado. Sin embargo, este esquema triológico, aunque en su simplicidad sea quizás el que más frecuentemente se da en la práctica tribunalicia, no se presenta necesariamente con esa nitidez. En efecto: No se presenta siempre una sola persona, el actor, frente a otra igualmente sola, el demandado. Es posible que varios demanden a uno, o que una persona dirija sus acciones contra varias otras; o, finalmente, que varias lo

hagan contra varias. A estas posibilidades procesales corresponde el litisconsorcio activo, pasivo y mixto, respectivamente. Se define el litisconsorcio como el estado entre varias personas que ocupan una misma posición en el proceso, cuyas relaciones 10 Resolución: 257-2009 Juicio No. 105-2007 ex tercera ER Actor: DIEGO PAZMIÑO HOLGUIN Demandado: RUBEN HERDOIZA MERA recíprocas regula. Ese estado puede existir ab-initio, por acumulación subjetiva propia o impropia; o surgir ya sea de la intervención de un tercerista coadyuvante, ya de la acumulación de autos, ya por fallecimiento de uno de los litigantes dejando varios herederos, etcétera. El estudio de las facultades y deberes de cada uno de los litisconsortes, pertenece a la teoría del proceso litisconsorcial. Se admite generalmente que aquéllos actúan independientemente los unos de los otros, de tal manera que los actos de unos ni aprovechan ni perjudican a los restantes litisconsortes. Se señalan algunas excepciones a ese principio, como cuando el litisconsorcio se ha originado en una acumulación subjetiva necesaria, o en ciertas acciones de estado, o en las de simulación o nulidad de un acto jurídico, en el que la litis debe integrarse con todas las personas que han de resultar afectadas por el pronunciamiento jurisdiccional". "En estos casos las partes no son autónomas, sino que los actos de una benefician o perjudican a las otras según las disposiciones de las leyes sustantivas. Esto se explica porque no puede haber más de una sentencia para todos los litisconsortes y así, por ejemplo, aunque uno de ellos hubiera consentido la sentencia, ésta no produce los efectos de la cosa juzgada sino cuando lo fuere con respecto a todos los litisconsortes, de tal manera que basta que uno de ellos haya interpuesto recurso de apelación para que la sentencia se considere recurrida respecto de todos" (Dr. Patricio M. Buteler, Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XXI, pp. 517, 518, Editorial Bibliográfica Argentina S. R. L., Buenos Aires, 1964). Esta Sala considera que el litisconsorcio pasivo necesario es la obligación que tiene el actor de un juicio de plantear su demanda contra todos los posibles perjudicados por el fallo de la sentencia, contra todos aquellos terceros a los que pueda afectar o puedan tener un interés directo en los pronunciamientos que se hagan en el fallo o les pueda influir el efecto de cosa juzgada de la sentencia. No obstante, luego entraremos en la citación de los fundamentos o requisitos exigidos doctrinal y jurisprudencialmente para estimar una excepción de litisconsorcio pasivo necesario. El litisconsorcio pasivo necesario va ligado a la relación jurídico 11 Resolución: 257-2009 Juicio No. 105-2007 ex tercera ER Actor: DIEGO PAZMIÑO HOLGUIN Demandado: RUBEN HERDOIZA MERA material controvertida, es decir, a la propia cuestión sustantiva que en el litigio se ventila. Consecuencia directa de esta perspectiva es la conclusión de que el litisconsorcio pasivo necesario no puede ser analizado desde un punto de vista general y válido para toda clase de procesos, sino que su análisis debe hacerse en cada caso concreto, teniendo en cuenta el objeto del pleito y la relación jurídico material discutida. Los requisitos que para la estimación de las situaciones litisconsorciales son fundamentalmente los que atienden a la

relación jurídica objeto de discusión y que los posibles litisconsortes tengan un evidente interés en el proceso. La relación jurídico material controvertida se relaciona siempre con los posibles efectos negativos que la sentencia podría acarrear al contradictor necesario preterido u omitido, es decir, con los requisitos de la situación personal de "afectación" del tercero. Se pretende que quien no haya sido oído no pueda ser afectado jamás por un fallo cuya firmeza y declaración de cosa juzgada pueda afectarle sin haberle dado la posibilidad de pronunciarse, con lo que el principio de no indefensión queda gravemente violado. Por ello el nudo del problema es si la función de la institución de la necesaria intervención de varias partes en el proceso sirve para tutelar, primero, a quienes, sin asumir la condición de parte en sentido formal, puedan sufrir los efectos de la sentencia, y segundo, y tan importante como el anterior, a las partes del proceso, tanto a la actora como a la que haya sido demandada evitándoles que puedan obtener una sentencia inútil. En el presente procedimiento la parte demandante pretende la nulidad del testamento abierto "supuestamente" (sic) otorgado por madre, con fecha 19 de julio de 2002, suscrito ante la doctora Ximena Moreno de Solines, Notaria Segunda del cantón Quito, de lo cual se desprende que cualquier providencia o fallo que se dicte en este proceso puede afectar a terceros, como a la Notaria mencionada y a la sucesión de la fallecida Laura Enriqueta Mera viuda de Herdoíza en la persona del albacea testamentario Nelson Marcelo Herdoíza Mera, quienes no han sido demandados. Esta Sala está de acuerdo y se remite a las citas jurisprudenciales que hace el Presidente de la Corte Suprema de Justicia en su 12 Resolución: 257-2009 Juicio No. 105-2007 ex tercera ER Actor: DIEGO PAZMIÑO HOLGUIN Demandado: RUBEN HERDOIZA MERA fallo, especialmente a la forma de resolver el problema de la falta de litisconsorcio necesario, cuando cita al maestro Devis Echandía que dice: "Se habla de necesarios contradictores, para indicar que en ciertos procesos es indispensable que concurren determinadas personas (como litisconsortes necesarios), bien sea como demandantes o como demandados, para que la decisión sobre las peticiones de la demanda sea posible. Esto no significa que siempre sea necesaria la presencia en el proceso de todos los sujetos legitimados para el caso concreto, sino que en algunos casos la ausencia en él de ciertas personas impide la decisión de fondo sobre las pretensiones formuladas en la demanda (...). Lo anterior significa que la falta de integración adecuada del litisconsorcio necesario, nunca es causa de nulidad del proceso, sino motivo de sentencia inhibitoria" (Devis Echandía, Teoría General del Proceso, p.p. 258 y 318, Editorial Universidad S. R. L., Buenos Aires, 1997). Por otra parte, conforme al literal a) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, como un aspecto del derecho al debido proceso, establece que nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento; el no haberse contado con la Notaria que celebró el testamento impugnado y con el Albacea testamentario, comporta privación del ejercicio de sus derechos

constitucionales a la defensa, lo cual los coloca en estado de indefensión y configura una verdadera violación a los principios del debido proceso, los que bajo ninguna circunstancia pueden ser atropellados por un juzgador al dictar una resolución. Además, si una de las partes no está completa, se atentaría a lo previsto en el artículo 297 del Código de Procedimiento Civil, que dispone que la sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables únicamente contra las partes que siguieron el juicio o sus sucesores en el derecho, pues no puede ser perjudicada con una resolución judicial quien por no haber sido parte en el proceso, no ha podido hacer uso del derecho de defensa consagrado en la Constitución. La doctora Ximena Moreno de Solines, Notaria Segunda del Cantón Quito, que intervino en la suscripción del testamento abierto otorgado el 13 Resolución: 257-2009 Juicio No. 105-2007 ex tercera ER Actor: DIEGO PAZMIÑO HOLGUIN Demandado: RUBEN HERDOIZA MERA 19 de julio de 2002, por Laura Enriqueta Mera viuda de Herdoíza, cuya nulidad se pretende, debió ser demandada, tanto por los motivos expuestos, como porque el actor invoca el artículo 1067 del Código Civil, actual 1045, que señala que el testamento en que de cualquier modo haya intervenido la fuerza, es nulo en todas sus partes; y el artículo 27, numeral 2, de la Ley Notarial, dispone que el Notario antes de redactar una escritura debe examinar la libertad con que proceden. También debió ser demandado el economista Nelson Marcelo Herdoíza Mera, en su calidad de albacea testamentario, conforme lo establece el artículo 1316 del Código Civil actual codificado. Por consiguiente, existe falta de legitimatio ad causam, excepción que ha sido propuesta por los demandados. Por lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, se rechaza la apelación y se confirma la sentencia recurrida que desestima la demanda por falta de legítimo contradictor en la parte demandada. Sin costas. Notifíquese.- F) Drs. Carlos Ramírez Romero, Manuel Sánchez Zuraty y Galo Martínez Pinto, JUECES NACIONALES RELATOR que certifica.y Dr. Carlos Rodríguez García, SECRETARIO

Resolución: 257-2009 Juicio No. 105-2007 ex tercera ER Actor: DIEGO PAZMIÑO HOLGUIN Demandado: RUBEN HERDOIZA MERA Ponente: Dr. Manuel Sánchez Zuraty CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA. Quito, 16 de julio de 2009, las 10H00.VISTOS: Agréguese al proceso los escritos que anteceden; en lo principal, NELSON MARCELO y WILSON FERNANDO HERDOIZA MERA, solicitan la ampliación de la sentencia para que se resuelva “la litis trabada con las reconveniones y las contestaciones”; y la aclaración para que se explique la frase “sin costas”.- Con fecha 26 de junio de 2009, las 15h40, Rubén Arnoldo Herdoíza Mera, luego de que se corrió traslado con la petición de aclaración y ampliación, se adhiere a la solicitud presentada por sus hermanos.-. Se ha corrido traslado a la contraparte con las peticiones anotadas, en cumplimiento del inciso segundo

del artículo 282 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, sin que conteste el traslado, y con la adhesión constante a fojas 40 del expediente de casación, para resolver se considera: PRIMERO. Esta Sala es competente para conocer y resolver sobre las peticiones de aclaración y ampliación de la sentencia, especificadas anteriormente, en base a los preceptos jurídicos singularizados en la parte expositiva de esta resolución, anotándose que en el desarrollo del procedimiento inherente a la aclaración y ampliación de la sentencia, no se aprecia omisión de solemnidad sustancial o garantía del debido proceso que pudiera afectar su validez. SEGUNDO. Acorde con el artículo 281 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil “El juez que dictó sentencia, no puede revocarla ni alterar su sentido en ningún caso; pero podrá aclararla o ampliarla, si alguna de las partes lo solicitare dentro de tres días”. El inciso primero del artículo 282 ibídem, complementa el precepto anterior señalando que “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”. En caso de negarse los señalados recursos horizontales, debe fundamentarse debidamente aquella negativa.- De las normas transcritas, se aprecia con 15 Resolución: 257-2009 Juicio No. 105-2007 ex tercera ER Actor: DIEGO PAZMIÑO HOLGUIN Demandado: RUBEN HERDOIZA MERA claridad que, dictada una sentencia, es inmutable por el mismo juez que la dictó, pero puede aclarar los pasajes oscuros de su texto o ampliar sus efectos a hechos y pretensiones que formen parte del objeto de la litis y que no hayan sido cubiertas por las conclusiones expuestas o resolver sobre frutos, intereses o costas no tomadas en cuenta en su parte resolutive; lo que significa que el peticionario deberá señalar los pasajes oscuros a aclararse, estableciendo de qué forma se puede concluir que el texto es confuso en el primer caso; o, señalar cuáles son los hechos controvertidos no resueltos, en el segundo. TERCERO. Respecto de la petición de aclaración presentada por Nelson Marcelo y Wilson Fernando Herdoíza Mera, se tiene que en la sentencia dictada por esta Sala el 16 de junio de 2009, las 16h30, se rechazó la apelación y se confirmó la sentencia recurrida que desestima la demanda por falta de legítimo contradictor en la parte demandada, o falta de legitimatio ad causam por falta de litis consorcio necesario pasivo porque no fueron demandados la doctora Ximena Moreno de Solines, Notaria Segunda del Cantón Quito, que intervino en la suscripción del testamento, y el economista Nelson Marcelo Herdoíza Mera, en su calidad de albacea testamentario.- Como dice Devis Echandía, “la legitimación en la causa no es requisito de la sentencia favorable, entendiéndose por tal la que resuelve en el fondo y de manera favorable las pretensiones del demandante. Estar legitimado en la causa significa tener derecho a exigir que se resuelva sobre las peticiones formuladas en la demanda, es decir, sobre la existencia o inexistencia del derecho material pretendido, ya por medio de sentencia favorable o desfavorable. Por consiguiente, cuando una de las partes carece de esa calidad, no será posible adoptar una decisión de fondo...”.

(Devis Echandia. Teoría General del Proceso, p. 255. Editorial Universidad, Buenos Aires. 2002).- Cuando la Sala rechaza la apelación y confirma la sentencia recurrida que desestima la demanda por falta de legítimo contradictor de la parte demandada, o falta de legitimatio ad causam por falta de litis consorcio pasivo necesario, no puede resolver las cuestiones de fondo de la litis, porque la 16 Resolución: 257-2009 Juicio No. 105-2007 ex tercera ER Actor: DIEGO PAZMIÑO HOLGUIN Demandado: RUBEN HERDOIZA MERA existencia legitimada de las partes es una condición para dictar sentencia de mérito; por lo expuesto, no es posible resolver sobre la “litis trabada con las reconveniones y las contestaciones”, como solicitan los peticionarios en su pedido de ampliación.- Respecto de la aclaración sobre el pago de costas, la Sala expresa que la frase “Sin costas” en la sentencia de segunda instancia se refiere a esta instancia, y la no condena en costas en nuestro fallo obedece a que las partes no han litigado con temeridad o procedido de mala fe. Por licencia del Actuario Titular, actúe el abogado Boris Trujillo Rodríguez, Oficial Mayor de la Sala, como Secretario Relator encargado de la Sala. Notifíquese.F) Drs. Carlos Ramírez Romero, Manuel Sánchez Zuraty y Galo Martínez Pinto, JUECES NACIONALES y Ab. Boris Trujillo Rodríguez, SECRETARIO RELATOR encargado, que certifica.

## **Análisis**

En el presente caso se demuestra que se utilizó el recurso de apelación para identificar el verdadero albacea pues se duda de su identidad La Notaria Segunda del Cantón Quito, doctora Ximena Moreno de Solines, que intervino en la suscripción del testamento abierto otorgado, por Laura Enriqueta Mera viuda de Herdoíza, el 19 de julio de 2002, cuya nulidad se pretende, debió ser demandada, por los motivos expuestos, y porque el actor invoca el artículo 1067 del Código Civil, que menciona que el testamento que de cualquier modo haya intervenido la fuerza, es nulo en todas sus partes; y el artículo 27, numeral 2, de la Ley Notarial, señala que el Notario antes de redactar una escritura debe examinar la libertad con que proceden. Nelson Marcelo Herdoíza Mera en calidad de albacea testamentario, debió ser demandado conforme lo establece el artículo 1316 del Código Civil, por lo expuesto existe falta de legitimad.

El actor interpone recurso de apelación dictada por el Presidente de Ex Corte Suprema de Justicia, en la cual se demanda la nulidad de testamento abierto; el demandado por su parte alega que hubo falta de legítimo ad causam o legítimo contradictor por que no se demandó a la Notaria Segunda del Cantón Quito, doctora Ximena Moreno de Solines, que intervino en la suscripción del

testamento abierto, y tampoco se demandó al señor Nelson Marcelo Herdoíza Mera en calidad de albacea testamentario.

Como podemos ver este caso se llevó hasta la corte nacional la sentencia dice lo siguiente ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, se rechaza la apelación y se confirma la sentencia recurrida que desestima la demanda por falta de legítimo contradictor en la parte demandada. Sin costas. Notifíquese.- F) Drs. Carlos Ramírez Romero, Manuel Sánchez Zuraty y Galo Martínez Pinto, JUECES NACIONALES RELATOR que certifica.y Dr. Carlos Rodríguez García, SECRETARIO 14 Resolución: 257-2009 Juicio No. 105-2007 ex tercera ER Actor: DIEGO PAZMIÑO HOLGUIN Demandado: RUBEN HERDOIZA MERA Ponente: Dr. Manuel Sánchez Zuraty CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA. Quito, 16 de julio de 2009, las 10H00.VISTOS: Agréguese al proceso los escritos que anteceden; en lo principal, NELSON MARCELO y WILSON FERNANDO HERDOIZA MERA, solicitan la ampliación de la sentencia para que se resuelva “la litis trabada con las reconveniones y las contestaciones”; y la aclaración para que se explique la frase “sin costas”.-

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. Caso N.-1950-13 –EP. JUEZ PONENTE. Doctora Wendy Molina Andrade. Guayaquil 21 de noviembre de 2013 a las 11h22 de conformidad con las normas de la Constitución de la Republica aplicables al caso el artículo 197 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el sorteo efectuado por el pleno de la Corte Constitucional en sesión extraordinaria de 23 de Octubre de 2013 la sala de admisión conformada por la señora jueza constitucional ,Doctora Wendy Molina Andrade y por los señores jueces constitucionales doctor Marcelo Jaramillo Villa y abogado Alfredo Ruiz Guzmán en ejercicio de su competencia Avoca a conocimiento de la causal N.- 1945-13,EP Acciones Extraordinarias de Protección presentadas el 1 de noviembre del 2013 por la señora Fátima Mariana de Jesús Martínez Tirira por sus propios derechos son rosa Carmela en su calidad de presidenta y representante legal del asociación de siervas María Ministras de los enfermos y la hermana Bertha Raquel Mosquera Amanta en su calidad de tercera consejera tesorera y representante legal del Monasterio del Carmen moreno de la Santísima a Trinidad de Carmelitas descalzas.

Decisión Judicial Impugnada



Las accionistas presentan Acción Extraordinaria de Protección en contra de la sentencia dictada por la primera sala de lo Civil Mercantil Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Pichincha el 10 de Octubre de 2013 09h49, notificada el mismo día sujeta a recurso de casación negados por la sala por medio de providencia dictada el día 21 de octubre del 2013 sujeta a recurso de hecho negada a través de providencia dictada el 28 de octubre de 2013 dentro de la causa N.-450-2009. Termino para Accionar La presente acción es puesta en contra de decisión que ya se encuentra ejecutoriada y como también han sido presentadas dentro del término establecido según manda la ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales en su artículo 60, identificación del derecho Constitucional personalmente Vulnerado las accionistas señalan como vulnerados los derechos los mismos que se encuentran en los artículos 75,76 números 1,3,7 y literales a) b)c) h) l) y 82 y 86 numero 4 de la constitución de la república del Ecuador. Antecedentes la señora Martha Fabiola Villavicencio presentó la demanda ordinaria de investigación de la paternidad contra el señor Jorge Guerrero Mora la misma que fue conocida y resuelta por el juez vigésimo primero de lo Civil de Pichincha en cual en sentencia acepto ,la excepción de prescripción de la acción deducida por el demandado por la que rechazo la demanda de la actora presento recurso de Apelación durante la tramitación del recurso de segunda instancia el demandado falleció por lo que la sala en aplicación ala Art 8 del Código de Procedimiento Civil notifico a los herederos del causante, la sala resolvió en sentencia con voto revocar la sentencia venida en grado y aceptar la demanda declarando al señor Jorge Guerrero Mora como padre biológico de la actora dicha sentencia fue impugnada por recurso de Casación presentados por Fátima ,Mariana de Jesús Tirira ,Rosa Carmen Mejía Mejía, Rosa Amelia Guerrero Tapia ,Bertha Raquel Mosquera Amanta y Luis Eduardo Cantos Bravo dichos recursos fueron negados por la sala en razón del artículo 4 de la Ley de Casación y en concordancia con el artículo 286 del Código Civil y la ley de Casación de igual manera el recurso de Hecho presentados ,la sala resolvió negarlos por no ser partes procesales

Argumentos sobre la Presunta Vulneración de Derechos Constitucionales la señora Fátima Mariana señala que al haber fallecido el demandado en la causa cuya resolución ahora se impugna ella compareció en calidad de albacea y heredera de esta manera alegando su calidad de tercera en el juicio de investigación de la paternidad conforme a lo dispuesto en el artículo 492 del código de procedimiento civil. La sala considero que hoy la accionante no tiene calidad de heredero si no de legataria de acuerdo al artículo 1132 del código civil por lo que sus pretensiones no son pertinentes por no ser la metería principal de la Litis posteriormente la sala declaro la nulidad de la providencia que había revocado aquella que impidió la comparecencia de la señora Tirira con esta providencia se habría violado el Principio de Legalidad por haber sido resuelto como incidente. Respecto de la sentencia que esta sin

pudor ni empacho alguno ignora y deja un lado dos informes periciales científicos y técnicos ,de exámenes de ADN los cuales excluirían la relación de filiación entre la actora y el de mandado. En la pretensión podemos decir que requerimos que no violen los derecho que están siendo vulnerados pedimos que se revoque la sentencia ya que se vulnero derechos y pedimos que se tome medidas de reparación integral procesal a la señora ROSA CARMEN MEJIA MEJIA y de su hermana BERTHA RAQUEL MOSQUERA AMANTA la cual solicitan que se declare que la parte de esta demanda no es hija de la actora. En la primera parte podemos observar que se demuestra la competencia de la corte nacional de justicia. En la segunda parte se reconoce los derecho de igualdad de todas las personas comunidades, etnias etc.

En su tercera parte se declara y reconoce la acción extraordinaria protección procederá contra la sentencia de los autos definitivos en los que se hayan violado acciones y derechos consagrados en la constitución pero tengamos en cuenta que este recurso procederá cuando se hayan agotado los demás recursos ordinarios y extraordinarios administrativos dentro del término legal

En virtud de lo señalado así como lo dispuesto en el artículo 12 del reglamento de sustentación de procesos de la corte constitucional esta sala inadmite el trámite de las acciones extraordinarias de protección y dispone el archivo de la causa de esta

Una de las innovaciones en texto constitucional es la accione extraordinaria de protección la misma que tiene por objeto y estudio de esta acción es anular las decisiones judiciales como también reparar aquellos derechos fundamentales que han sido vulnerados por dichas decisiones judiciales actúa como recurso de ultima defensa

## **UNIDAD II**

### **HERENCIA YACENTE**

#### **2.2 Herencia yacente**

A continuación se pasará a referir lo que es la herencia yacente

### 2.2.1 Concepto

La herencia yacente en la legislación ecuatoriana es una figura jurídica que se encuentra establecida en el código civil en el artículo 1263, donde nos da su definición: “Si dentro de quince días de abrirse la sucesión no se hubiere aceptado la herencia o una cuota de ella, ni hubiere albacea a quien el testador haya conferido la tenencia de los bienes y que haya aceptado su encargo, el juez, a instancia del cónyuge sobreviviente, o de cualquiera de los parientes o dependientes del difunto, o de otra persona interesada en ello, o de oficio, declarará yacente la herencia; se insertará esta declaración en un periódico del cantón, si lo hubiere, y en carteles que se fijarán en tres de los parajes más frecuentados del mismo; y se procederá al nombramiento del curador de la herencia yacente.

Si hubiere dos o más herederos y aceptare uno de ellos, tendrá la administración de todos los bienes hereditarios proindiviso, previo inventario solemne; y aceptando sucesivamente sus coherederos, y suscribiendo el inventario, tomarán parte en la administración. Si discordaren entre ellos, el juez nombrará un administrador.

Mientras no hayan aceptado todos, las facultades del heredero o herederos que administren serán las mismas de los curadores de la herencia yacente; pero no estarán obligados a prestar caución, salvo que haya motivo de temer que bajo su administración peligran los bienes.”

Pero según otros autores como Guillermo Cabanellas en su diccionario define: “Se designa con este nombre la herencia cuya posesión no ha entrado todavía el heredero testamentario o ab intestato o aquella que no se han hecho las particiones de haber varios herederos” (Cabanellas, g. (2010). Diccionario Jurídico Elemental. En G. Cabanellas, *Diccionario Jurídico Elemental* (pág. 185). Argentina : Heliasta)

Para saber lo que quiere decir Guillermo Cabanellas y otros autores vemos que significa HERENCIA: que es el derecho de suceder bienes y derechos del causante, YACENTE se dice al heredero que no se decide a aceptar la herencia.

Lo que nos dice es que la herencia que cuando fallece el causante sus bienes se encuentran sin la potestad de adquirir sus bienes el heredero en ese periodo de que fallece el causante hasta que legalmente lo sucede o se puede darse que por no aceptar la herencia los herederos, o como también nos dice que no se divide todavía entre los herederos que les corresponda de la masa hereditaria.

La herencia yacente se da cuando “Al no aceptar a quedado la masa herencial sin un administrador por haber muerto el titular y no haber quien realmente le ceda. Así se conozca a las personas jurídicamente pueden suceder y con derecho al de cuyos; o estos sean inciertos o indeterminados.” (Orbe, Derecho Sucesorio C.C. Iii, Claudio E. García, 1995, Ecuador, Pag.347)

La herencia yacente se produce cuando no se ha dispuesto la posesión efectiva de los bienes por la muerte de su titular, es decir ninguno de los herederos se ha manifestado aceptando o repudiando la herencia dentro de los 15 días subsiguientes a la apertura de la sucesión.

“El patrimonio del difunto todavía no aceptado por el heredero. Es una “res-nullius” según Ulpiano, que carece de sujeto titular.” (Argeri, Diccionario De Ciencia Jurídicas Sociales, Ed. La Ley, 1999, Argentina, Pág. 383)

Cabe aclarar cosa de nadie proviene del latín res- nullius y por ello desde el punto de vista de Ulpiano la herencia yacente se produce cuando las cosas no tienen dueños debido a que el heredero no ha manifestado su repudio o aceptación en cuanto a la herencia.

En el código civil en el Artículo 1263 nos dice que se denomina Herencia Yacente “Si dentro de quince días de abrirse la sucesión no se hubiere aceptado la herencia o una cuota de ella, ni hubiere albacea a quien el testador haya conferido la tenencia de los bienes y que haya aceptado su encargo, el juez, a instancia del cónyuge sobreviviente, o de cualquiera de los parientes o dependientes del difunto, o de otra persona interesada en ello, o de oficio, declarará yacente la herencia.”

En el código encontramos más detallado lo que es la herencia yacente y nos empieza dando un plazo desde el momento de abrirse la sucesión que es de 15 días no se acepta la herencia por un heredero sea el caso de existir algunos herederos basta que uno acepte la herencia se relega la administración de todos los bienes que comprenda dicha herencia.

Como también nos dice el código que puede ocurrir que no ha dejado el causante un albacea que tiene la responsabilidad de cumplir y ejecutar las disposiciones del testador y puede encargar los bienes hasta la aceptación de la herencia, pero que debió aceptar su encargo de custodiar dichos bienes. El albacea tendrá en este caso las facultades y obligaciones que el curador de la herencia yacente, pero no está obligado a rendir caución. Mientras los herederos no hayan aceptado todos la herencia de igual manera no está obligado el heredero que administre a rendir caución de igual manera que el albacea pero si cuando hay motivo de sospechar del heredero que administre los bienes peligren en su administración.

Por lo cual a pedido de las partes interesadas en la herencia o como dice en el concepto del código puede efectuarse a pedido del conyugue sobreviviente, o dependiente del causante a pedir la Herencia Yacente o también se puede dar de oficio. Como también para que pueda ser Herencia Yacente debe cumplir algunos requisitos como:

1. Como se decía anteriormente que el albacea no haya aceptado el cargo o también que no exista albacea alguno dejado por el testador
2. Para que se lleve a cabo la herencia yacente como decíamos que debe pedirse por parte del conyugue o parientes que sobreviven.
3. También se puede hacer de oficio por parte del Juez.
4. O como también por cualquier persona que tenga interés puede pedir que se declare yacente la herencia.

Al momento que el juez declare como HERENCIA YACENTE sea por cualquier motivo señalado anteriormente se publicara en un diario oficial de la región de mayor circulación y carteles donde se entienda que sea el último domicilio o lugares más frecuentados del mismo, lo señala el código, como también se dice el juez que sede nombrar un curador de la herencia yacente para precautelar los bienes.

Según el doctor Héctor F. Orbe “Es la herencia yacente cuando al no aceptar ha quedado la masa herencial sin un administrador por haber muerto y no haber quien realmente le seda. Así se conozca a las personas que jurídicamente pueden suceder y con derecho al de cujus o estos sean inciertos o indeterminados.” (F.Orbe, SEGUNDA EDICION )

Este autor nos da otra idea lo que significa la herencia yacente ya que se puede entender que es cuando no es aceptada por los herederos y por esta razón se da un problema dejado por testador a los herederos o conyugue sobreviviente, parientes, dependientes del difunto o persona que le pueda interesar. Por lo cual la herencia yacente pretende ayudar para que los bienes dejados no se queden sin un representante y se puedan destruir por el tiempo e incluso pretende esta institución jurídica que se pueda encontrar su titular de los bienes dejados por testador en disputa.

Como también expresa que así se puedan conocer los titulares que puedan suceder al testador o también sean estos indeterminados nos dice que un objetivo de la Herencia Yacente es de dar continuidad al proceso hereditario mientras se pueda saber con certeza quien e el titular o aceptar los herederos. Esto se da porque esta situación de no saber la titularidad de la herencia no puede mantenerse de forma indefinida como lo señala que se debe nombrar por lo menos un curador hasta que este procedimiento cumpla su objetivo.

Como en algunos casos también se puede dar que se esta institución jurídica de la herencia yacente por la falta de aceptación de la mencionada herencia o entre otras circunstancias, como se pueda dar la disposición del testador como por ejemplo que se puede dar que ha sido llamado a la herencia un naciturus. En este caso se conocería a la persona que el testador dejo la herencia pero no se puede suceder al testador.

### **2.2.2 Breve reseña histórica**

En el Derecho Romano al momento de la delación o aceptación va surgir un vacío en la titularidad de la herencia; el atribuirse no se puede ya que el causante ha muerto, ni al heredero porque aún no ha aceptado esta herencia; siendo que hay este vacío de aceptación en el Derecho Romano la herencia esta yacente.

La herencia yacente ha tenido una evolución en el Derecho Romano atravesando por diversas etapas: A los bienes desde su origen se les considera como “res nullius” que significa como si no tuviera dueño, la herencia queda desconocida.

Con el pasar del tiempo los juristas romanos la configuran por algunas hipótesis; La persona del difunto viene hacer el representante de la herencia yacente. Así mismo desde su origen se afirma que el heredero futuro va adquiriendo poco a poco la herencia yacente, con la única excepción de que la herencia es representada hasta el momento que el heredero la acepte. Como última circunstancia la herencia yacente se llega admitir que a través de la misma hace las veces de titular la misma que la doctrina la considera como dueña.

Configurándose en el Derecho Justiniano como una persona jurídica que contrae derechos y obligaciones. En el Derecho Romano se hacía la pregunta ¿quién asumía la administración de la herencia yacente, mientras ningún heredero la aceptare? Los juristas romanos establecieron que la administración de los bienes fuese asumida por un esclavo que pueda formar integración con la misma, para que pueda continuar realizando actos jurídicos en calidad y con los mismos efectos que celebraba en cuanto estaba con vida su amo.

Según el Derecho pretorio un tercero podía actuar como eje en los asuntos relacionados a la herencia únicamente cuando ellos hayan aceptado la herencia. Es así que esta clase de herencia carece de titular temporalmente solo hasta que sea aceptada por los herederos

Cabe recalcar que es de suma importancia hacer una gran diferencia entre la herencia yacente y la herencia vacante; la misma que la herencia yacente tiene la posibilidad de que el heredero la acepte y estará suspensa a la espera con la finalidad de que el heredero la acepte. Solo ahí surtirá efecto; mientras que la vacante se elimina la existencia de un supuesto heredero.

Una vez analizado la reseña histórica de la herencia yacente. Podemos decir que la herencia yacentes es la situación de espera en la que se encuentran los bienes del difundo; desde el momento de la muerte y hasta que la herencia sea

admitida por los herederos; se dice que la herencia yace, porque aún no ha sido aceptada por el heredero.

El objetivo de esta situación es que la herencia permanezca, mientras que acepten o se determine quién puede ser el titular de dicha herencia. Únicamente se puede requerir y administrar los bienes cuando sea aceptado por el heredero o titular.

A falta de un titular el testador deberá nombrar a un albacea; quien será el encargado de administrar los bienes del titular; si en caso que no existiese ninguna persona; La Autoridad Competente se dispondrá a su cargo los bienes o patrimonio del fallecido.

La herencia yacente se puede producir por algunos motivos: Cuando en la herencia se nombra y se espera a un nasciturus es decir aun no nacido. Mientras no nazca el bebé queda suspendida la herencia y no se puede realizar la partición hereditaria. Cuando existe una condición suspensiva en cuyo testamento haya sido nombrada.

Ejemplo: El Testador nombra el testamento a su primo Marcelo Aguirre con la condición de que debe obtener un posgrado en Argentina en 3 años.

Por lo tanto Marcelo no puede aceptar la herencia hasta que no cumpla lo dispuesto por el testador de obtener un posgrado; si no obtiene en el plazo que se le ha establecido no podrá recibir la herencia.

Cuando se ha designado en la herencia a personas inciertas, cuya identidad se desconoce y con algunas averiguaciones pueden ser identificados. El conocer la doctrina de algunos autores estudiosos del derecho civil acerca de la Herencia Yacente es de suma importancia para tener un mejor entendimiento del tema que a continuación citaremos:

Mesineo entiende por herencia yacente “Una situación temporal y provisional, consistente en el hecho de que, aun constando que el heredero existe, él no ha



aceptado y, además, no ha entrado en posesión de parte o de todos los bienes hereditarios”. (Messineo, 1979)

Pablo Rodríguez Grez, por su parte “Concibe la herencia yacente como un patrimonio sucesorial de titularidad incierta, al cual la ley da un curador especial en espera de que se fije su destino definitivo”. (Grez, 1996)

Con lo antes expuesto al hablar de yacencia nos estamos refiriendo de qué cesa cuando uno o más herederos la aceptan solo una vez aceptada, los herederos pueden administrar sus bienes hereditarios y que no puedan dejar un vacío en la herencia.

En el Derecho Comparado la herencia yacente cumple un papel importante en la Republica de El Salvador manifestando en su artículo 974 del Código Civil “Que a falta de todos los herederos abintestato designados en los artículos precedentes, sucederá el Fisco. En este caso, por ende, el Fisco es heredero del causante”.

Así mismo el artículo 1211 del Código Civil establece, por su parte, una norma similar a la chilena, en lo concerniente a la declaración de herencia yacente.

Para evitar injustificados retrasos en la aceptación el pretor introduce el espacio para deliberar. A petición de los acreedores del difunto, se establece un plazo no menor a cien días para que el heredero acepte o renuncie a la herencia. Si dejaba transcurrir el plazo si aceptar ni renunciar se consideraba que renunciaba

Entre la muerte del causante y en el momento en que el heredero acepta la sucesión hay intervalo durante lo cual la herencia queda sin dueño se dice entonces que se encuentra yacente, esta situación era enojosa para el heredero futuro los esclavos hereditarios no podían aumentar la sucesión por sus adquisiciones por falta de un dueño que les prestase la capacidad y la posesión de las cosas que el difunto estaba en cambio de usucapir y que se encontraba entonces interrumpida.

Los jurisconsultos lo remediaron por una ficción: El difunto es considerado como sobreviviente, y estaba representado por la herencia que sostenía su personalidad: Resultando para el heredero ventajas siguientes: Los esclavos de la herencia yacente adquieren por esa herencia, como si el amo viviese todavía, salvo ciertas restricciones.

“Cuando el heredero acepta la posesión de las cosas hereditaria no se interrumpe. Además esta ficción solo esta admitida en interés del futuro heredero, las estipulaciones que los esclavos lo hubiesen hecho estando la sucesión yacente no producen ningún efecto.” (García Garrido Manuel “Derecho privado Romano” Ed. Dykinson. Madrid 1998.)

### **2.2.3 Fundamentación jurídica del Código Civil**

Código Civil, artículo 1263: “Si dentro de quince días de abrirse la sucesión no se hubiere aceptado la herencia o una cuota de ella, ni hubiere albacea a quien el testador haya conferido la tenencia de los bienes y que haya aceptado su encargo, el juez, a instancia del cónyuge sobreviviente, o de cualquiera de los parientes o dependientes del difunto, o de otra persona interesada en ello, o de oficio, declarará yacente la herencia; se insertará esta declaración en un periódico del cantón, si lo hubiere, y en carteles que se fijarán en tres de los parajes más frecuentados del mismo; y se procederá al nombramiento del curador de la herencia yacente.

Si hubiere dos o más herederos y aceptare uno de ellos, tendrá la administración de todos los bienes hereditarios proindiviso, previo inventario solemne; y aceptando sucesivamente sus coherederos, y suscribiendo el inventario, tomarán parte en la administración. Si discordaren entre ellos, el juez nombrará un administrador.

Mientras no hayan aceptado todos, las facultades del heredero o herederos que administren serán las mismas de los curadores de la herencia yacente; pero no estarán obligados a prestar caución, salvo que haya motivo de temer que bajo su administración peligran los bienes”.

Nuestro código civil en el párrafo segundo de las reglas relativas a la herencia en su art. 1263, en cuanto a la herencia yacente. El inciso primero habla sobre el nacimiento de la herencia yacente y describe que, si dentro de

15 días, cabe aclarar que no señala si es término o plazo, pero si en este tiempo de abrirse la sucesión, ninguno de los herederos se pronuncie para aceptar o repudiar la herencia, la ley le faculta al juez para que de oficio o a petición de parte (hijos, cónyuge sobreviviente, parientes o dependientes del difunto) declare a la herencia como yacente.

Esta declaración debe ser publicada en un periódico del cantón si hubiere, o en carteles de los tres parajes más frecuentados del mismo cantón, esto para comunicar a los herederos o personas interesadas en la herencia. Y esta declaración culmina con el nombramiento de un curador, el mismo que administrará la herencia yacente, hasta que algunos de los herederos decidan aceptar o repudiar dicha herencia.

En cuanto al inciso segundo establece que, en caso de haber dos o más herederos y uno de ellos acepta la herencia o una cuota de ella tendrán el derecho de administrar todos los bienes hereditarios que se encuentran proindiviso, es decir aquella herencia que se encuentra aún no dividida entre sus herederos, previo a un inventario solemne y la aceptación de los coherederos.

En caso de haber discordia entre los herederos para la administración del bien por parte de uno de ellos, el juez está en la facultad de nombrar a un administrador. Finalmente el inciso tercero nos dice que: mientras no haya aceptación de todos los herederos y si el administrador es uno de ellos, éste está en la obligación de cumplir las facultades de los curadores de la herencia yacente, excepto el de prestar caución, a menos que haya algún motivo para temer que en su administración peligren los bienes.

El Dr. Juan Larrea Holguín en su libro "Manual elemental de derecho civil del Ecuador, derechos de sucesiones, 3vol.6" nos explica claramente acerca de éste artículo. Tomamos todo lo expresado por el Dr. Juan Larrea Holguín, en su letra textual. Los herederos están llamados a ejercitar la administración de los bienes de la sucesión, desde el momento que aceptan la herencia; también realiza actos administrativos el albacea con tenencia de bienes, si lo hay. Pero a falta de uno y de otros, la herencia quedaría desguarnecida de protección, y para evitarlo, existe la institución de la herencia yacente y su correspondiente curaduría.

Código Civil, artículo 1263: “ si dentro de quince días de abrirse la sucesión no se hubiera aceptado la herencia o una cuota de ella, ni hubiera albacea a quien el testador haya conferido la tenencia de bienes y que haya aceptado su cargo, el Juez, a instancia del cónyuge sobreviviente, o de cualquiera de los parientes o dependientes del difunto, o de otra persona interesada en ello, o de oficio, declarará yacente la herencia; se insertará esta declaración en un periódico del cantón, si lo hubiere, y en carteles que se fijaran en tres de los parajes más frecuentados del mismo; y se procederá al nombramiento del curador de la herencia yacente”.

En este primer inciso del artículo, se señala, la condición o circunstancia en la que puede declararse yacente a la herencia; la necesidad de declaración judicial; quienes pueden pedirla y la publicidad que se ha de dar a la resolución judicial. Respecto a las personas que están habilitadas para solicitar la declaración judicial, se aprecia que es un grupo muy amplio, que abarca incluso a “los dependientes” del causante.

Entendemos que la ley se refiere a las personas que vivían a su cargo, así como a sus servidores o empleados y, probablemente, quienes recibían alimentos. “Esta explicación del primer inciso, nos deja muy en claro el nacimiento de la herencia yacente, su procedimiento, administración y quien la debe pedir”.

La petición se puede dirigir al juez, pasado quince días, siempre que no haya quien administre la herencia, sea como heredero aceptante o como albacea con tenencia de bienes. La solicitud puede hacerse pasado un tiempo mayor y solamente caduca la facultad de demandar en el momento en que algún heredero acepta la herencia. Mientras está yacente la herencia, los llamados a ella pueden aprovechar el plazo de cuarenta días, prorrogable por el juez hasta un año, para deliberar y decidir si acepta o no.

Al aceptar, termina el estado de herencia yacente; en cambio, aun después del plazo para deliberar, continuara esta institución, hasta la liquidación de la herencia o hasta la eventual aceptación por parte de algún heredero.

Algunos han pensado que la herencia yacente es una persona jurídica por ciertas expresiones del derecho y para explicar mejor la presencia y actuación

del curador; pero, propiamente se trata de una situación especial, en la que el conjunto de herederos está representado por el curador y más directamente el guardador cuida de los bienes en beneficio de los posibles herederos y en resguardo de los intereses de los acreedores.

#### **2.2.4 condiciones para que la herencia sea declarada yacente**

Debemos partir desde que es una herencia yacente el derecho romano la define como:

“La herencia yacente es la situación transitoria en la que se encuentran los bienes de la persona fallecida, desde el momento de su muerte y hasta que la herencia es aceptada por los herederos; se dice que la herencia yace, porque no ha sido aceptada formalmente. El objeto de esta situación es ofrecer continuidad a la herencia, mientras que se determina quién es el titular de la misma; la yacencia de la herencia requiere la administración de dichos bienes hasta que sean aceptados por el heredero.”(Derecho Privado Romano, Antonio Ortega Carrillo de Albornoz. Páginas 320-321)

Cuando existe la herencia yacente obligatoriamente nos encontramos con el problema que la herencia queda desamparada sin control por lo tanto necesitamos de un administrador que en este caso se llama: “albacea o ejecutores testamentarios son aquellas personas que se encargan de cumplir las disposiciones hechas por el testador. Entonces el albacea es la persona encomendada de cumplir cabalmente la voluntad del testador plasmada en el testamento. Cuando el testador no designa albacea o este faltare por alguna circunstancia, les corresponde a los herederos ejecutar las disposiciones del testador.” (Derecho civil colombiano, Ángela María Zambrano Mutis. Abogada de la Corporación Universitaria de la Costa)

De igual manera debemos aclarar que es la herencia yacente como bien nos dice la herencia yacente es la que todavía no se reparte, por lo tanto el papel del administrador de esa parte de la herencia, puede jugar una contradicción con los herederos ya que ellos pueden querer tomar posesión de eso, pero aquí juega un papel determinante la justicia ya que el juez designa quien la persona encargada de ser el administrador, entonces el juez es el encargado a petición de un interesado o de los interesados en el trámite de sucesión de señalar el límite en el cual debe presentarse el albacea, si este incurre en mora, caducara su nombramiento, pero el albacea nombrado puede rechazar

su nombramiento, pero debe probar el inconveniente que le asiste para ejercer el encargo, sino lo prueba se hará indigno para suceder al testador., la cual tiene que ser una persona imparcial a la familia para evitar todo tipo de inconvenientes

“Es posible que entre el momento de la llamada y la aceptación transcurra un espacio de tiempo más o menos largo. En este período de tiempo entre la delación y la aceptación se produce un vacío en la titularidad de las relaciones hereditarias, la cual no puede atribuirse ya al causante puesto que ha muerto, ni al heredero porque aún no ha aceptado: en este período de tiempo se dice que la herencia está yacente.” (Derecho romano, Antonio Ortega Carrillo de Albornoz)

Al hablar de una herencia yacente debemos identificar que significa la misma en el presente trabajo la definimos como aquella que espera ser aceptada por los llamados a suceder la misma que se dará desde el fallecimiento de la persona hasta cuando exista una persona titular del patrimonio. Si bien es cierto el tiempo en el que los herederos o el heredero aceptara o no la herencia no es indefinido, sin embargo cuando no se obtendría respuesta alguna sobre la aceptación de la herencia habría que nombrar a una persona quien se encargue de la administración de los bienes hasta que la misma sea aceptado por el heredero, de igual manera se puede dar el caso que quien es llamado a heredar es un supuesto como en el caso de los niños que vienen en camino en tal ejemplo podemos ver que se daría la inexistencia del heredero y de igual manera se nombrara a un administrador quien vele y cuide la herencia, hasta cuando se dé el parto y nazca el heredero esperado.

Cuando mencionamos a la persona que se encargara de administrar los bienes y custodia de los mismos existen dos formas en la que se puede asignar al albacea la primera que es aquella en la que el testador designa la persona que se encargara o a su vez los llamados a heredar nombran uno. Por otro lado cuando no existiese persona alguna que se encargara de custodiar los bienes el juez o persona competente será quien asigne de manera en que los bienes de la herencia no queden en libre albedrío, quedando seguro los bienes del causante hasta que el heredero aceptare la herencia.

Cuando la herencia es yacente existen ciertas dificultades en cuestión de los bienes puesto que la misma no es aceptada formalmente como habíamos explicado en los párrafos anteriores y no se puede disponer de los mismos es

por ello que los herederos están obligados a dar aviso de que aceptan o repudian la herencia. Una vez hecho una introducción breve sobre lo que es una herencia yacente hablaremos sobre las condiciones o requisitos que debe cumplir una herencia para ser herencia yacente.

La misma menciona que una vez que se dé la apertura o se conozca la herencia se esperara quince días plazos en los que los llamados a heredar no aceptaran la herencia o determinada parte de los bienes es ahí cuando la herencia empieza a ser yacente pro no queda ahí dicha herencia debe cumplir con ciertos puntos para ser yacente como el que no debería existir un albacea nombrado por el causante o a su vez que si lo existiera el mismo no se hicieron cargo de mandato encomendado.

Los parientes y el cónyuge del testador también pueden pedir que una herencia sea declarada yacente, de manera que mediante un aviso se publique en el periódico con más apertura del cantón del último domicilio del causante. La herencia yacente es pasajera puesto que al momento en el que aceptare el heredero dejaría de ser yacente.

Otra de las condiciones que la herencia yacente cumple es el inventario de los bienes el mismo del que es encargado el curador nombrado a su vez el deberá averiguar si es que el testador ha dejado otorgado una herencia esta situación siempre y cuando el testador no haya nombrado a su curador de herencia.

Dentro de dichas condiciones se da que al no existir hijos legítimos ascendientes conyugue sobreviviente o hermanos y sobrinos el estado será quien herede puesto que la herencia yacente es solo momentánea debido que su condición se da solo cuando no se ha aceptado la herencia sea por desconocimiento de la misma o por la inexistencia de hijos legítimos.

Al realizar el inventario se debe tomar en cuenta tanto los bienes muebles como los bienes inmuebles del causante de manera que se detalle el color el tamaño y número de bienes y también la liquidez es decir los activos y a su vez las deudas y cuentas por pagar que el causante tenía.

De igual manera el curador del causante es la persona encargada de la obligación tributaria del testador, ya que se está hablando de bienes y el mismo está sujeto a obligaciones tributarias tal es el caso como el impuesto a la renta en la que se debe pagar al estado, o en el caso de tiendas o negocios comerciales existe el pago de patentes el mismo que se realiza en el municipio, además se explica que existe a necesidad de una declaración la misma que determinara los ingresos y gastos que se realizara con el dinero del causante .

En el caso del naciturus una vez que se su alumbramiento será el heredero legitimo el mismo deberá ser representado por su representante legal o curador que de preferencia seria su madre, si bien es cierto el heredero no administrara su bienes hasta que cumplierse la mayoría de edad, en tal ejemplo vemos claramente que la herencia yacente es solo momentánea que nunca será declarado indeterminado el tiempo en que deje de ser yacente.

Al hablar de la herencia yacente decimos que no es aceptada de manera pura y simple no obstante podrá solicitarse la declaración en concurso por parte de la albacea o de sus herederos, al suceder esto el heredero que haya solicitado la declaración dará a entender que aceptada la herencia y se terminaría con la condición y dejaría de ser yacente dicha herencia.

Otra de las condiciones para que la herencia sea una herencia yacente podemos ver en el caso en el que se cumple una condición suspensiva la misma que deberá cumplirse con certeza y de igual manera hasta que se cumpla con la condición mandada por el testador los bienes estará custodiados por el curador de la herencia.

Podemos hablar de que el testador deja una casa color amarillo en las calles Pichincha y Luz Eliza Borja de la ciudad de Riobamba, a su heredero y que el mismo será titular de la herencia cuando el mismo se gradué de abogado esta es una condición suspensiva se da el caso que el llamado a heredar se gradúa en tres años una vez que conste con el título de abogado el mismo aceptara la herencia y se cumplirá con la condición suspensiva, durante los tres años el curados estuvo custodiando y administrando la herencia en este caso legado ya que hablamos de una cosa singular y determinada, una vez cumplida la condición deja de ser una herencia yacente ya que se extingue la condición. Este es otro caso en la que la herencia pasa a ser una herencia yacente.



Podemos concluir que la herencia yacente es aquella que no es de larga duración que existen diversos requisitos o condiciones para que la herencia se convierta en una herencia yacente, que tal es el caso de una condición suspensiva o de la espera de un niño o a su vez de que los llamados a heredar a no han aceptado la herencia y que la misma no puede quedar sin cuidado y que si existe un curador nombrado por el testador será quien lo cuide pero si no lo hay los representantes del causantes es decir los llamados a heredar serán quienes nombren a la persona encargada de custodiar la herencia no obstante por los diversos conflictos que suelen darse en la vida cotidiana entre herederos o a su vez cuando no haya la existencia de los mismo y sea el estado quien herede un funcionario judicial competente o el juez será quien nombre al curador quien administrara la herencia y el mismo que estará obligado a cumplir con las obligaciones tributarias que la ley le exija.

“La obligación de cumplir las disposiciones hechas por el testador, es una obligación genérica, en específico es obligación del albacea:

- Velar por la seguridad de los bienes.
- Hacer que se guarde el dinero bajo llave y sello.
- Hacer que se guarde los muebles y papeles.
- Velar para que se haga el inventario de los bienes, citando a los herederos y a las demás personas que puedan estar interesadas en la sucesión.

Las obligaciones mencionadas anteriormente le corresponden al albacea mientras el inventario solemne de los bienes no se haya realizado, con la procura de que se haga el inventario el albacea cumple con sus funciones de custodia y conservación de los bienes.” (Derecho civil colombiano, Ángela María Zambrano Mutis. Abogada de la Corporación Universitaria de la Costa)

### **2.2.5 Seguridades**

La herencia yacente necesita un administrador, incluso cuando el causante no lo previó en su testamento, y es indispensable en todos los supuestos que pueden identificarse como herencia yacente y concretamente en los siguientes:

Si el heredero fue instituido bajo condición suspensiva, se pondrán los bienes de la herencia en administración, hasta que la condición se realice.- es decir que si el causante puso una condición suspensiva para el cumplimiento de su

última voluntad, se necesitara de que haya un representante o administrador quien se encargara de velar por el buen manejo de los mismos.

Se proveerá seguridad y administración de los bienes en la forma que se establece para el juicio testamentario.- es decir que la ley provee de lo necesario en caso de que el causante no haya nombrado el albacea quien será que administrara los bienes que constituyen la herencia, el juez será quien nombrara un curador de bienes quien estará a cargo por el tiempo y condiciones que la ley mismo establecen.

El juez podrá proveer, a instancia de la parte interesada, durante el inventario y hasta la aceptación de la herencia, de la administración y custodia de la herencia.- es decir que el juez realizara todo lo necesario o conveniente de acuerdo a lo que la parte interesada haga con respecto al mismo hasta que la herencia haya sido aceptada por sus herederos.

Para que sede de correcta forma o manera la herencia yacente se debe cumplir con ciertas seguridades que dispondrán en el mismo testamento o lo determinara el juez competente a la materia

Como lo dispone la ley el testador puede poner todas sus decisiones y condiciones sobre el legado o herencia que va dejar para sus legatarios, en muchos de los casos esta persona al momento de realizar su testamento, llega a tomar todas las precaución del caso misma que pueden llegar a suceder después de su muerte, es así pues que en el caso de que sus herederos no acepten la herencia o no se ponen de acuerdo entre todos los herederos, el causante deja nombrando al albacea que se hará cargo de la herencia yacente en caso de que esta llegara a producirse.

Tomando en cuenta que el albacea será quien administre la totalidad de los bienes por un determinado tiempo o hasta que los herederos reclamen la misma y hagan efectivo su derecho de herederos.

Esta persona encargada de la administración de bienes deberá llevar un inventario claro y preciso sobre los bienes que están a su cargo, ya que al final de terminas su administración deberá rendir cuentas claras sobre el mismo. Es

el encargado de velar por las seguridades de todos los bienes a él encomendadas, así también este tiene que velar o asegurarse que se haya agotado todos los recursos necesarios para dar a conocer la apertura de la herencia en caso de que los herederos desconozcan de la misma. Así también es el encargado de cubrir o pagar todas las deudas que el causante podría haber dejado.

Si hubiera dos o más Herederos y aceptara uno de ellos, tendrá la administración de todos los bienes hereditarios pro indiviso, pero inventario solemne; y aceptando sucesivamente a su heredero o herederos y suscribiendo el inventario, tomaran parte en la administración. Si discordaren entre ellos, el juez nombrara un administrador; mientras no hayan aceptado todos, la facultades de heredero o herederos que administren serán las mismas de los curadores de la herencia yacente, pero no estarán obligados a prestar caución salvo que haya peligro de temer que bajo su administración peligren sus bienes.

En caso de que se haya asignado la herencia varias personas y uno de ellos acepta la misma será quien administre o maneje todos los bienes de la misma, pero tomando en cuenta un aspecto de mucha importancia o relevancia para que se dé conforme lo determina la ley.

Una de las seguridades principalmente es la administración de la herencia yacente, si la misma está a cargo de uno de los herederos realice el correspondiente inventario de todos los bienes que recibe a su cargo para que al momento de que se determinó la herencia yacente se entre la misma acorde al inventario que se realizó al inicio de su administración, así como todo lo las ganancias o pérdidas que se ha generado con el transcurso del tiempo. En el caso de que no lleguen a un acuerdo exista controversias sobre la administración de los bienes correspondientes a la herencia el juez competente tendrá la facultad de nombrar un administrador; pero tomando en cuenta también que si el causante no dejo nombrado una albacea en caso de existir la herencia yacente.

Declaratoria judicial.- en el caso de que no haya designación anticipada del curador de bienes y ninguno de los herederos acepte la herencia y se produce la famosa herencia yacente y declarada por este, el mismo procederá a nombrar un curador de bienes el cual tomara la administración de los mismos.

El juez será quien determine todas las funciones a realizar el curador sobre estos bienes es decir es quien dictaminara sobre la manera en que el curador llevara la administración de los bienes, si existe deudas este pondrá en conocimiento del curador y le informara la manera o medios de pago los cuales tendrá que realizar conforme se lo indica.

El curador de bienes se sujetara a las reglas que se han determinado para la administración de bienes

Para Sánchez Román, ésta es: "...una administración transitoria, que habrá de cesar cuando pase el período para el que se halla establecida y se la sustituirá, según los casos, por el heredero que aceptó después pura y simplemente, o a beneficio de inventario". (SÁNCHEZ ROMÁN, F. Estudios de Derecho Civil, tomo VI, vol. 3º, 2ª ed., pág. 1799)

Este tipo de seguridad que se toma sobre la herencia yacente se lo hará por un determinado tiempo que durara la misma, ya sea porque uno de los herederos ha optado por aceptar la misma, lo cual puede hacer por la totalidad de la misma si se tratare de un solo heredero o de su parte en caso de ser varios beneficiarios.

Así también dispone que el heredero recibirá la herencia pura esto quiere decir tal y como el causante le había asignado al momento de elaborar su testamento, o también lo puede hacer en base al inventario que llevara el administrador mismo que fue elaborado en el momento de declarar la herencia yacente.

La herencia yacente se da por un lapso determinado lo cual dispone el juez al momento de declarar la misma, por regla general esta será de 4 años trascurrido este tiempo en caso de que ninguno de los herederos haya reclamado la herencia el juez podrá disponer de la misma, se le autoriza al curador encargado de los bienes la venta de los mismos, acorde al inventario que se realizó en el momento de su constitución.

## **2.2.6 inventario**

Es un acto jurídico que consiste en enlistar todos los bienes de la persona ya sea bienes raíces o muebles, de la cual se ha pedido inventariar, especificándolas uno por uno, señalándolos, su cantidad, la calidad el peso o medida y su valor, en estas también están comprendidas los títulos de propiedad, las escrituras públicas, privadas, los créditos activos y los pasivos, en general todos los objetos presentes, también se considera que una vez realizado el inventario puede encontrarse títulos acrecientes se deberá realiza un inventario solemne de ellos y se agregara al otro inventario tomándose en cuenta en el lugar que se realizó.

Estas pueden ser: Solemne, Es el que se realiza ante el Secretario del Juzgado en que se tramita el juicio de inventario, y con la concurrencia de testigos, cumpliendo con las solemnidades prescritas en los artículos 406 y 407 del Código Civil cuando hay una lista de todos los objetos y cosas, pero por ser solemne también contiene las obligaciones, deudas y cargas que contenga dicha sucesión, el inventario sirve para para inspeccionar el estado de las cosas, hacer una valoración económica de los bienes del cuius, mediante la cual, si se halle o se encuentre alguna desaparición, pérdida o mal estado de las cosas, pueda haber responsables.

O Simple Es que bastará que estén presentes en el momento del inventario en presencia del perito o peritos y de dos testigos, este tipo de inventario solo existe cuando todas las personas son capaces, cuando se trate de curadores y tutores, en el mismo tendrá que tener el listado con relaciona todos los bienes raíces y muebles de su patrimonio, detallándolas específicamente en su valor, medida, cantidad, calidad y todas las que sean necesaria para el conocimiento del guardador quien será el responsable de entregar todas las cosas con bien. Del juicio de inventario. En el juicio de inventario se formará a petición que sea de oficio por la persona que tenga o se presuma tener derecho a los bienes que se pide el inventario, por ejemplo, cuando aparece un hijo fuera del matrimonio que fue desconocido, cuando la persona que fallecida no haya dejado herederos o también cuando las mismas puedan caer en incapacidad o no tenga quien los represente.

Si alguien llegara a reclamar lo deberá hacer ante el juez, si la herencia es yacente, se hará con presencia del juez, el secretario y los testigos y las terceras que pueden ser personas las personas citadas como ,teniendo derecho de asistir al inventario, el albacea, el curador de la herencia yacente, los herederos presuntos testamentarios o abintestato, el

cónyuge sobreviviente, los legatarios, los socios de comercio, los fideicomisarios y todo acreedor hereditario que presente el título de su crédito, cuando se trate de entregar los bienes a un depositario, las mismas que puede reclamar o apelar si creyeren que existe algún inexacto.

“En algunos casos, bastará que los interesados formen el inventario en presencia del perito o peritos y de dos testigos. En los casos que se aprueben los bienes hereditarios de un menor son demasiado exiguos, el juez podrá remitir la obligación de inventarlos solemnemente; y, en tal caso, exigirá sólo un apunte privado con las firmas del representante legal y de tres de los más cercanos parientes, mayores de edad, o de tres personas respetables a falta de éstos, con el fin de garantizar al menor que ha recibido dentro de la herencia una porción insuficiente a lo que debería tener.

Requisitos:

- Se deberá a realizar un inventario con los bienes muebles e inmuebles de la persona fallecida, especificándolos y detallándolos uno por uno.
- Si se señala de forma colectiva deberá constar en número, a medida, con expresión de valor y calidad, y demás las explicaciones necesarias.
- Se señalarán los títulos de propiedad escrituras públicas y en general todos los objetos presentes.
- Se exceptúan todos los objetos que fueren de conocido interés o que deban ser destruidos por algún fin moral.

## **UNIDAD III**

### **EFFECTOS QUE PRODUCE LA FIGURA DEL ALBACEA FRENTE A LA HERENCIA YACENTE**

#### **2.3 Efectos que produce la figura del albacea frente a la herencia yacente**

Una vez expuesto el albacea y la herencia yacente se pasará a revisar la implicación que posee en el campo práctico.

##### **2.3.1 La custodia de los bienes por parte del albacea**

Se nombra un albacea para que sea esta persona quien administre y custodie cuyos bienes tengan una condición suspensiva. Como parte de sus funciones el albacea debe custodiar los bienes, es decir tiene que cuidarlo, no puede venderlos a menos que el causante así lo indique en alguna cláusula de su testamento.

El albacea es la persona encomendada por el testador para que cumpla con la función de hacer cumplir sus instrucciones, es decir, es el encargado por quien elabora su testamento para que cumpla las disposiciones establecidas en él, esta es en general la función del albacea. (Sitio web: <http://www.gerencie.com/obligaciones-del-albacea.html>)

La obligación de cumplir las disposiciones hechas por el testador, es una obligación genérica, en específico es obligación del albacea:

- Velar por la seguridad de los bienes.
- Custodiar el dinero bajo llave y sello
- Custodiar los muebles y papeles

- Velar para que se haga el inventario de los bienes, citando a los herederos y a las demás personas que puedan estar interesadas en la sucesión.

Las obligaciones mencionadas anteriormente le corresponden al albacea mientras el inventario solemne de los bienes no se haya realizado, con la procura de que se haga el inventario el albacea cumple con sus funciones de custodia y conservación de los bienes.

Es obligación del albacea dar aviso de la apertura de la sucesión, esto con el fin de que los herederos y las personas interesadas en la sucesión se hagan parte en el proceso, por la misma razón es también obligación del executor testamentario o albacea velar que se citen a la sucesión los acreedores del testador.

El albacea debe demandar o ejercer todas las acciones que pertenezcan a la sucesión.

Son obligaciones del albacea general:

1. La presentación del testamento dentro de los ocho días siguientes a la muerte del testador.
2. El aseguramiento de los bienes de la herencia.
3. La formación de inventarios; si no lo hiciere eficaz y eficientemente, será removido del encargo.
4. La administración de los bienes y la rendición de cuentas con arreglo al cargo de albacea. Deberá rendir cuenta de su encargo cada año, y para confirmarlo como albacea deberá aprobarse su cuenta anual. Al final del mismo deberá igualmente rendir una cuenta general. Cuando fuere heredera la beneficencia pública o los herederos fueran incapaces, se dará vista al Ministerio Público en la aprobación de la cuentas.
5. El pago de las deudas mortuorias, hereditarias y testamentarias.
6. La partición y adjudicación de los bienes a los herederos y legatarios.
7. La defensa, en juicio y fuera de él, así de la herencia como de la validez del testamento.
8. La de representar a la sucesión en todos los juicios que deban promoverse en su nombre o que se promovieren contra ella. (Larrea, Juan, Derecho Sucesorio 3vol6, C.E.P., 2008, Ecuador, Pág 412)



Al leer un poco la doctrina del Monseñor Juan Larrea Holguín podemos darnos cuenta que como responsabilidades del albacea esta vela por los intereses de los llamados a heredar, haciendo uso de sus obligaciones podrá disponer se lleve a cabo el inventario dentro del tiempo establecido en la ley, que servirá como referencia de una cuantía que deja el causante para sus herederos.

“El albacea tendrá como deber primordial realizar las veces de administrador de los bienes materiales del causante, y a su vez si existieren deudas este tendrá la obligación de liquidarlas para así realizar un inventario mucho más claro de los activos que recibirán los herederos. El albacea no tiene facultades para gravar o hipotecar los bienes de la herencia por decisión suya, para hacerlo debe contar con el consentimiento de los herederos o legatarios. Tampoco puede, sin el consentimiento de los herederos, transigir o comprometer en árbitros los negocios de la herencia.” (Ramírez Romero, Carlos, Derecho Sucesorio, Loja, Ecuador: Industria Gráfica Amazonas, 2013)

En el caso del arrendamiento, el albacea podrá decidir por cuenta propia, darlos por este concepto hasta por un año. Para hacerlo por más tiempo, requerirá del consentimiento de los herederos o legatarios. Los gastos hechos por el albacea en el cumplimiento de su encargo, incluyendo los honorarios del abogado que haya ocupado, se pagarán de la masa hereditaria. Los albaceas tendrán todas las facultades que expresamente les haya conferido el testador, y no sean contrarias a las leyes.

No habiendo el testador determinado especialmente las facultades de los albaceas, tendrán las siguientes:

1. Disponer y pagar los sufragios y el funeral del testador con arreglo a lo dispuesto por él en el testamento; y, en su defecto, según la costumbre del pueblo.
2. Satisfacer los legados que consistan en metálico, con el conocimiento y beneplácito del heredero.
3. Vigilar sobre la ejecución de todo lo demás ordenado en el testamento, y sostener, siendo justo, su validez en juicio y fuera de él.
4. Tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes, con intervención de los herederos presentes.

“Si no hubiere en la herencia dinero bastante para el pago de funerales y legados, y los herederos no lo aportaren de lo suyo, promoverán los albaceas la venta de los bienes muebles; y, no alcanzando éstos, la de los inmuebles, con intervención de los herederos.” (Rodríguez Grez, Pablo, Instituciones de derecho sucesorio perdida, defensa y pago de las asignaciones, ejecutores testamentarios, partición, Santiago: Jurídica de Chile (1994)

Si estuviere interesado en la herencia algún menor, ausente, corporación o establecimiento público, la venta de los bienes se hará con las formalidades prevenidas por las leyes para tales casos.

### **2.3.2 Custodio de los bienes**

Se puede decir también que el albacea es un mandatario del testador, que recibe poder para ejercerlo después de la muerte del causante. Algunos artículos del código civil dan pie para aceptar esta teoría y la jurisprudencia de la corte suprema no ha sido ajena a ella. Nuestro código civil nos dice que los ejecutores testamentarios o albaceas son aquellos a quienes el testador da el encargo de hacer ejecutar sus disposiciones.

En las normas que siguen, precisa las facultades del albacea y sus limitaciones, que terminan de configurar exactamente lo que realmente es. Indudablemente no solo ejecuta la voluntad del testador, sino que resguarda e, cumplimiento del derecho y protege los intereses aun de terceras personas, como son los acreedores

Para el ejercicio de sus atribuciones el albacea puede y debe intervenir en las medidas de seguridad iniciales y en la formación del inventario, después, administrara los bienes, con el objeto de liquidar el patrimonio, pagando las deudas, cumpliendo los legados y demás cargas, y finalmente entregara los bienes a los herederos. Esto último, generalmente cuando ya se haya verificado la participación, si son varios.

“El albacea recibe los bienes que debe administrar, a medida que se hagas el inventario, y de este modo, se tiene la base para las cuentas y para establecer su responsabilidad.” (Dr. Juan Larrea Holguín. (2008). manual elemental de derecho civil del ecuador. Quito: cep, edición segunda, tiraje mil- pag.513)

“Si dentro de quince días de abierta una sucesión no se hubiese aceptado la Herencia o una cuota de ella, y si tampoco hay albacea a quien el testador haya conferido la tenencia de los bienes, se declara yacente la herencia , y se procede al nombramiento de curador; luego si el albacea, con tenencia de bienes , acepta el cargo, no está yacente la herencia ni se nombra curador, aunque no acepte ninguno de los herederos. Para declarar yacente la herencia ha de faltar siempre la aceptación de los herederos; pero esto solo no basta; pues también debe faltar albacea con tenencia de bienes.” (Dr. Carlos Casares. (1873). instituciones del derecho civil ecuatoriano. Quito : Leonardo j. Muñoz.)

El Artículo 1305 dispone “toca el albacea velar sobre la seguridad de los bienes; hacer que se guarden bajo llave y sello el dinero, muebles y papeles, mientras no haya inventario solemne, y cuidar de que se proceda a este inventario, con citación de los herederos y de los demás interesados en la sucesión, salvo que, siendo todos los herederos capaces de administrar sus bienes, determinen unánime mente que no se haga inventario solemne” (Corporación de estudios y corporaciones. (2 de marzo de 1999). Código civil. pag.388 Quito: talleres de la corporación de estudios y corporaciones-)

“Se entiende también con la salvedad de que los herederos estén conformes en no hacerlo o hayan confiado la tenencia de los dineros, papeles, etc. Al mismo albacea o a uno de los herederos. Ya hemos considerando el artículo 1245 que exonera de esta guarda bajo llave y sello a los muebles domésticos de uso cotidiano, pero ordena que se haga una lista de ellos”. (Dr. Juan Larrea Holguín. (2008). manual elemental de derecho civil del ecuador. Quito: cep, edición segunda, tiraje mil- pag.520)

De tal forma, se asegura cuáles son los bienes que forman parte de la sucesión y de los cuales tendrá que responder el albacea, si quedan bajo su tenencia.

Respecto de los legados hay que distinguir los que gravan todo haber hereditario y los que hayan impuesto directa y particularmente a un heredero. Aquellos que no deben ser satisfechos por uno de los sucesores en concreto, serán pagados por el albacea , sacando las cosas o dinero necesario del caudal hereditario en su conjunto , tal como ordena el art. 1311 “pagara los legados que no hayan impuesto a determinado heredero o legatario, para lo cual exigirá a los herederos ,o al curador de la herencia yacente, el dinero que sea menester y las especies muebles e inmuebles en que consistan los

legados, si el testador no le hubiere dejado la tenencia del dinero o de las especies”

Los herederos, sin embargo, podrán hacer el pago de dichos legados por sí mismos y satisfacer al albacea con las respectivas cartas de pago, a menos que el legado consista en una obra o un hecho particularmente encomendado al albacea y sometido a su juicio. El albacea debe velar por que se dispongan las cosas de modo que los acreedores o legatarios sean cubiertos en sus créditos.

Según el artículo 1307 dice “que el testador haya encomendado o no al albacea el pago de deudas, estará este obligado a exigir que en la participación de los bienes se señale un lote o hojuela suficiente para pagar las conocidas”

“La venta de bienes hereditarios es la necesidad de pagar las deudas u otras obligaciones testamentarias, puede conducir a la venta de bienes, como está previsto en los artículos 1314 y 1315. La venta se realizara “con la anuencia de los herederos presentes” como dice el art 1314. Los herederos pueden oponerse a la enajenación de los bienes, pero solamente entregando el dinero necesario para cancelar las deudas. Cabría también la oposición, si no hay deudas que pagar o si el albacea no cumpliere los requisitos formales – venta en público subasta. También se debe guardarse un orden razonable: vender primero los muebles, y si no es suficiente, se pasa a la enajenación de los inmuebles.” (Dr. Juan Larrea Holguín. (2008). manual elemental de derecho civil del Ecuador. Quito : cep, edición segunda, tiraje mil- pag.526)

Basándonos en esto y en relación al artículo 1314 podemos decir que con la anuencia de los herederos presentes se podrá proceder a la venta de los muebles y subsidiariamente de los inmuebles y si no hubiere dinero suficiente para el pago de las deudas o de los legados, podrán los herederos oponerse a la venta, entregando al albacea el dinero que necesite para el efecto.

### **2.3.3 Administración de los bienes**

Como es de conocimiento se entiende por suceder a ocupar, reemplazar algo etc. Por ejemplo, si una persona traslada un derecho de una persona (sujeto) a otra. La sucesión por excelencia es la es sucesión por causa de muerte es en la cual una persona llamado causante realiza una transmisión de

todo su patrimonio como puede ser: Una casa, un automóvil etc. A otra persona en la cual podemos señalar que el requisito sine qua non es decir indispensable, necesaria para que se efectúe el paso de su patrimonio es la muerte del causante; esta transmisión genera derechos y obligaciones.

El albaceazgo *“es la institución destinada a asegurar el cumplimiento de lo ordenado en la última voluntad del causante”* (Dr. Juan Larrea Olguin, Quito 2008, Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador Volumen VI - Derechos de Sucesiones, , Corporacion de Estudios y Publicaciones pag. 511)

El testamento constituye ley para los herederos puede darse el caso que dentro de la voluntad del testador, exista una persona a la cual se le asignó una tarea el testador; esta persona deberá velar el cumplimiento de lo manifestado en el testamento. Este albaceazgo nace en el Derecho del Occidente.

El derecho inglés establece la responsabilidad del albacea en los bienes de una herencia es de suma importancia ya que va hacer la persona encargada de administrar los bienes sucesorios, este albacea tendrá esta responsabilidad hasta la liquidación de cargas y deudas; hablando de deudas son las que tenía el causante (testador) en vida se las conoce también como cargas testamentarias y estas emanan del testamento estas deberán ser pagadas del acervo o masa de bienes de la herencia, el pago de los legados y la entrega que a cada uno de los herederos le corresponde. Es decir, ya singularizada la herencia.

En el derecho Francés, Español e Italiano el albacea es el encargado de garantizar la conservación de los bienes, es decir es la persona encargada de que los bienes que el causante haya dejado se mantengan en perfectas condiciones por ejemplo una casa el albacea debe velar por la conservación de este bien.

Según nuestra normativa el albacea es considerado como un albacea fiduciario pero esto da en casos especiales cuando el albacea no es común y corriente, y se considera que existe una aproximación con la curaduría de los bienes.

En nuestro Código Civil en el Art. 1293, menciona que son aquellos a quienes el testador de encarga para que se cumpla lo estipulado en el testamento, es decir que se cumpla su voluntad. Este albacea tiene la

responsabilidad de ejecutar, cumplir con la voluntad del testador, además deberá resguardar el cumplimiento del derecho y proteger los intereses de terceras personas por ejemplo por los acreedores que exigirán el pago de las deudas hereditarias que en vida adquirió el testador.

En las tareas encomendadas por el testador al albacea que son en los actos de apertura, conservación de la herencia, el pago que se debe realizar por las deudas del causante, la entrega de los bienes a quien corresponda el albacea da solemnidad a estos actos ya que al albaceazgo se lo puede considerar como una especie de fiscal.

El artículo 1294 del Código Civil hace referencia a la sucesión intestada en el caso de no haber albacea, que por ejemplo se puede dar el caso de que el albacea haya fallecido, el testador está en la facultad de nombra uno o más personas que sustituyan a este ya que la importancia en los bienes de la herencia es fundamental.

Según el Dr. autor Juan Larrea Holguín la responsabilidad en los bienes de la herencia del albacea de mucha importancia este albacea debe intervenir con mediad de seguridad y en cuanto al inventario; en la administración de los bienes el albacea deberá liquidar el patrimonio pagando todas las deudas hereditarias y testamentarias, pagando los legados y la entrega de cada bien que le corresponde a cada heredero. En el caso en que haya conflicto en las cuotas correspondientes a cada heredero, el albacea no está obligado a satisfacer su petición, esta se hará mediante una sentencia ejecutoriada.

La obligatoriedad de este cargo: *“el albacea nombrado puede rechazar libremente el cargo”* (Dr. Juan Larrea Olguin, Quito 2008, Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador Volumen VI - Derechos de Sucesiones, , Corporacion de Estudios y Publicaciones pag. 515)

No podrá excusarse de este cargo sin alguna excusa que verdaderamente le imposibilite de ejercer este cargo además deberá probar que verdaderamente no puede ejercer el cargo de albacea, ya que el caso de que lo hiciere: *“serán nombrados indignos de suceder el tutor o curador que, nombrados por el testador, se excusare sin causa legitima.”* (Dr. Juan Larrea Olguin, Quito 2008,

Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador Volumen VI - Derechos de Sucesiones, , Corporacion de Estudios y Publicaciones pag. 515)

Si sucediere este caso el juez señalará un plazo en el cual el nombrado albacea podrá excusarse porque no podrá ejercer este acto.

La responsabilidad que tiene el albacea *“no es transmisible ni delegable.”* (Dr. Juan Larrea Olguin, Quito 2008, Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador Volumen VI - Derechos de Sucesiones, , Corporacion de Estudios y Publicaciones pag. 517)

El artículo 1301 del Código Civil, es decir que no se puede delegar a excepción que el testador le haya conferido la facultad de hacerlo, en este caso podrá nombrar mandatarios, que no le reemplazan al albacea solo actuarán por él, pero los actos que realicen estos constarán como si los realizara el albacea nombrado en el testamento.

Cuando exista más de un albacea todos serán solidariamente responsables, en la cual el Juez o el testador preverán las atribuciones y obligaciones de cada uno de ellos. Estas disposiciones legales se encuentran normadas en los artículos 1302, 1303 y 1304 del código civil en las cuales tratan en el caso de haber muchos albaceas de la responsabilidad solidaria, las atribuciones, responsabilidades de cada uno de estos sobre los bienes de la herencia. Puede tratarse en el caso de muchos albaceas una administración conjunta o separada en la cual cada albacea responderá por sus actos y en los demás casos serán solidariamente responsables.

Al inicio del trabajo mencionaba que de las responsabilidades del albacea en cuanto a la herencia son: la conservación de los bienes, pagar las deudas y los legados, si es en el caso que se necesite realizar ventas el albacea tiene dicha responsabilidad, intervenir en los juicios y la entrega correspondiente de los bienes. Será de gran ayuda para el albacea que se le confiera la tenencia de los bienes, esta tenencia de los bienes el testador debería manifestarla, en todo caso solo estamos hablando de una mera tenencia en el cual se le reconoce la propiedad de alguien más sobre el bien, lo cuida o disfruta de él, un ejemplo claro es el derecho de usufructo en el cual el mero tenedor es el usufructuario y no se habla de una posesión que según el código civil la

persona ejerce el ánimo de señor y dueño sobre un bien que no es de su propiedad.

Una de las algunas responsabilidades que tiene el albacea en cuanto a la conservación y seguridad es que los bienes que estén bajo su administración se “*guarden bajo llave y sello el dinero, muebles y papeles, mientras no hay un inventario solemne*” (Dr. Juan Larrea Olguin, Quito 2008, Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador Volumen VI - Derechos de Sucesiones, , Corporacion de Estudios y Publicaciones pag. 519)

Esto con la finalidad de conservar los bienes del testador para que cuando sea la entrega a cada heredero no hay problemas posteriores. Como es de su responsabilidad cada uno de los bienes que están a su cuidado el albacea tiene derecho a asistir al inventario de bienes.

No solamente está en su responsabilidad la conservación de los bienes sino además el pago de las deudas este pago se puede realizar antes de la partición de bienes o después de esta, antes de la partición el albacea deberá realizarla mediante el concurso de los herederos porque con el pago de las deudas claramente esta que la masa hereditaria disminuirá y deberá haber un consentimiento expreso de los herederos. Art. 1309 Código Civil: “*la acción debe dirigirse primera y principalmente a los herederos, que son los obligados, pero también puede ser demandado el albacea*” (Dr. Juan Larrea Olguin, Quito 2008, Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador Volumen VI - Derechos de Sucesiones, , Corporacion de Estudios y Publicaciones pag. 524)

Los herederos tienen un plazo de cuarenta días a un año para aceptar o repudiar la herencia, también se le podrá exigir el pago al albacea. El albacea es responsable hasta de la culpa leve en el desempeño de su cargo.

Este cargo es temporal y transitorio; el objetivo es que todas las disposiciones del testador lleguen a cumplirse ya cuando estas disposiciones se hayan ejecutado las atribuciones y la responsabilidad del albacea termina. Además se puede terminar el albaceazgo por la muerte de la persona a quien se le haya designado este cargo, cumplimiento del plazo, que todas las voluntades del testador se hayan cumplido, incapacidad, por renuncia pero esta renuncia deberá ser aceptada y la remoción de su cargo.



El albacea tiene la obligación de rendir cuentas cuando “*cesa en el ejercicio de su cargo.*” (Dr. Juan Larrea Holguin, Quito 2008, Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador Volumen VI - Derechos de Sucesiones, , Corporacion de Estudios y Publicaciones pag. 535)

Esta rendición de cuentas también podrá ir las realizando de acuerdo a los actos que vaya ejecutando por ejemplo si se pagó una cierta cantidad de dinero a un acreedor puede ir las presentando periódicamente pero está obligado a una rendición de cuentas final para que pueda demostrar el albacea que tuvo un buen desempeño del cargo encomendado por el testador. En albacea tendrá derecho a un reembolso en el caso de que haya gastado dinero suyo. Estas cuentas debe realizarlas ante el Juez y estas serán examinadas por las partes interesadas por ejemplo los herederos, legatarios y acreedores.

La remuneración del albacea según nuestra normativa deja a decisión del testador pero siempre y cuando no exceda la cuarta parte de libre disposición. Este pago se deduce al acervo total de los bienes Art. 1323 Código Civil: “La remuneración del albacea, si el testador no hubiere señalado ninguna, será el cuatro por ciento de los bienes que administre; y si fueren dos o más, la remuneración se dividirá entre ellos en partes iguales. En ningún caso, tales derechos excederán de la cuarta de libre disposición y se deducirán del acervo total de bienes.”

#### **2.3.4 Ejecutor de las asignaciones testamentarias**

Código Civil, artículo 1963: “Ejecutores testamentarios o albaceas son aquellos a quienes el testador da el encargo de hacer ejecutar sus disposiciones” Como primer punto se evidencia que el código civil hace una relación muy íntima o casi parecida entre un “

Ejecutor testamentario” y un “albacea”; y frente a aquel planteamiento debemos señalar que así como el código civil hace esta relación existen varios estudiosos del derecho (refiriéndonos a doctrina) que hacen el mismo planteamiento en aquella disyuntiva; consideramos que si lo vemos desde una perspectiva muy ligera y sin profundizar, en cierto punto casi serian lo mismo, pero si ya procedemos a analizar dicha disyuntiva refiriéndonos tanto a los ejecutores testamentarios y a un albacea desde una perspectiva más profunda

consideramos que no es lo mismo haciendo referencia a aquel adagio que manifiesta “parece lo mismo pero no lo es” pues el albacea vendría hacer aquella persona designada por el testador para que custodie, cuide, preserve los bienes dispuestos en el testamento y hasta cierto punto administre, y cumpla con las disposiciones que el testador plasmo en su testamento, de aquello concluimos que por ende el albacea viene hacer una designación (general); mientras que el executor testamentario vendría hacer una designación (especifica) aquella persona que el testador dispone en su testamento sea el encargado de hacer cumplir todas y cada una de las disposiciones que plasmo en su testamento el testador al momento de elaborarlo.

“Los albaceas o ejecutores testamentarios podrían ser definidos como aquellas personas designadas por el testador, encargadas de asegurar los bienes de la sucesión, pagar las deudas hereditarias, y hacer cumplir las disposiciones legales y testamentarias relativas a la distribución de los bienes, sustituyendo en estas funciones a los herederos del causante” (Rodríguez Grez, Pablo, “Instituciones de Derecho Sucesorio, Perdida, defensa y pago de las asignaciones, Ejecutores testamentarios. Partición”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1994, Volumen 2, pág. 218.)

Esta disposición que plantea Rodríguez Grez Pablo, en su obra de Derecho Sucesorio, evidencia a simple vista que es más extensa que la que reposa o consta en el código civil, pero no es menos cierto, que en su esencia comparte la misma idea o fundamento del código civil, que tanto los albaceas como los ejecutores testamentarios “son la misma persona” pues al iniciar su definición empareja dichos términos dando a entender que la explicación detallada que procede a dar concierne a los dos términos antes señalados.

Al proceder a analizar dicha definición y enfocándonos únicamente en los vocablos “ejecutores testamentarios” creemos que el autor hace una especificación más detallada de las funciones que cumple o que debe cumplir la mencionada persona, pues señala que a más de ejecutar o más bien hacer cumplir las disposiciones legales y testamentarias, debe o está facultado para cumplir otras acciones o actividades como es el pago de deudas, distribuir los bienes, y ante aquel pronunciamiento, nosotras más bien consideramos que las acciones como es el pago de deudas, la distribución de los bienes como lo haya dispuesto el causante o testador al elaborar el testamento, encajan en un sola y global actividad como es la de “ejecutar las asignaciones testamentarias”

actividades que el testador quiso que se cumplan posterior a su deceso, fallecimiento o muerte.

Además que en esta definición en su parte final manifiesta o añade que el “ejecutor testamentario” sustituirá las funciones que los herederos del causante tendrían en primera instancia, con relación a lo manifestado y posterior a nuestro análisis del tema consideramos que en ciertos casos el testador deslinda la realización de dichas actividades por su naturaleza hasta cierto punto inherentes a los herederos del causante, por que al momento de elaborar el testamento no está cien por ciento seguro que los mismos herederos, vayan a cumplir con lo dispuesto por su persona por diversas razones y obedeciendo a la naturaleza de la definición de “testamento” que es aquel documento en el que se plasma la voluntad del causante, dicho testador desea que otra persona que no sea necesariamente un heredero actúe como “ejecutor de las asignaciones testamentarias” que su persona realiza y anhela, desea, o espera se cumplan posterior a su muerte, obedeciendo a su última voluntad.

El Doctor Juan Larrea Holguín manifiesta “se considera más bien como ejecutor testamentario que ante todo ha de garantizar la conservación de los bienes, aunque puede en ciertos casos asumir otras facultades administrativas y aun de disposición” (Larrea Holguín, Juan I, Manual Elemental del Derecho Civil del Ecuador, vol. VI, Derecho de Sucesiones, Segunda Edición, Quito-Ecuador)

Esta tercera definición que más bien obedece a la Doctrina, apreciamos o consideramos que es un tanto contraria a la tesis que sostenemos en cuanto a lo que es un “ejecutor de las asignaciones testamentarias” pues dicha definición menciona que los ejecutores testamentarios garantizaran la conservación de los bienes e incluso pueden en ciertos casos asumir otras facultades de ámbito administrativo y como lo expusimos en páginas anteriores dichas actividades más bien obedecen a la definición de “albacea” antes que a la de “ejecutor testamentario”.

Y como otro punto de análisis de la definición, en su parte concluyente señala que el ejecutor testamentario “puede asumir facultades aun de disposición” a nuestra percepción dejando a esta actividad o facultad del ejecutor testamentario como última, de menor importancia o relevancia, y obedeciendo a nuestro planteamiento es todo lo contrario pues la primordial y más importante actividad de dicha persona es ejecutar las asignaciones

testamentarias, que las planteo el testador en su testamento para que sean ejecutadas o cumplidas al cien por ciento por su ejecutor testamentario.

Ahora bien, luego de haber analizado conceptos que responden tanto a la normativa legal vigente, como a la doctrina, y haber dado nuestra crítica o apreciación de cada uno de ellos, de los cuales hemos desprendido nuestro propio concepto, tesis o definición de lo que es un “ejecutor testamentario

El ejecutor de las asignaciones testamentarias, es la persona que el cuius, causante o testador ha querido, como última voluntad sea el encargado de hacer cumplir todas las disposiciones testamentarias que el testador en vida quiso que se tramiten o se ejecuten posteriores a su muerte.

Las asignaciones testamentarias, no son más que las disposiciones o voluntades que tuvo o plasmó el causante en su testamento; cabe señalar que son muchas y diversas dichas “asignaciones testamentarias” por que como ya lo manifestamos, las asignaciones están supeditadas a la voluntad del causante; como ejemplos entre ellas tenemos: (que el ejecutor testamentario: pague alguna deuda, entregue un bien o algunos bienes sean estos muebles o inmuebles a una o varias personas, verifique el cumplimiento de una condición suspensiva y posterior a dicho cumplimiento entregue el bien o bienes destinados a aquella persona, en caso de que el causante haya dejado dinero con el objetivo de que se compre algún bien y se le entregue a determinada persona) dichas disposiciones meramente planteadas como ejemplos de disposiciones testamentarias porque pueden y de echo existen incontables disposiciones ya que como lo mencionamos en reiteradas ocasiones las mismas obedecen o nacen de la voluntad del testador.

Consideramos que la ley ha previsto a esta institución jurídica refiriéndonos a los “ejecutores testamentarios” por dos motivos, el primero porque tal vez existe una desconfianza o duda por parte del testador, en que se vaya a ejecutar en su totalidad todas sus disposiciones o voluntades por parte de los herederos por diversos motivos, y es por ello que el testador para asegurarse que se cumpla su última voluntad, deja sentado en su testamento que otra persona fuera de los herederos sea el encargado de cumplir con sus disposiciones o también puede ser un mismo heredero tal vez al que el causante le tenía más confianza o tenía la certeza de que aquella persona si va a cumplir con lo que el haya dispuesto; y la segunda razón por la que creemos se ha creado esta figura jurídica inherente al testamento es porque el causante se quiere

asegurar que después de su muerte, en el caso de que exista deudas, estas deudas sean pagadas en su totalidad protegiendo de esta manera derechos de terceros, en este caso de los acreedores.

Además consideramos o creemos que esta figura jurídica de “ejecutores testamentarios” más se aplica cuando el testador en su testamento dispone de sus bienes a título singular, ósea en este caso cuando los legatarios, van a suceder en una o más especies ciertas o cuerpos ciertos, y por eso existe esa necesidad de nombrar a un executor testamentario para que él sea el encargado de dar o entregar esa casa, ese vehículo, ese cuadro, etc. a la persona que haya dispuesto el testador en su testamento.

Y como último punto señalamos, que la diferencia que radica entre un “albacea” y un “executor testamentario” es que el primero es el custodio de los bienes del causante mientras que el segundo es un mandatario del causante, el que debe cumplir a hacer cumplir las disposiciones del testador posterior a su muerte.

### **2.3.5 Cuidar de la realización del inventario**

La ejecución y el pleno cumplimiento de la voluntad del testador, dentro de las exigencias legales se encarga naturalmente a los propios herederos, pero puede haber uno de ellos u otra persona que, sin ser heredero, reciba la especial misión de velar por la ejecución de lo dispuesto en el testamento; el albaceazgo es la institución destinada a asegurar el cumplimiento de lo ordenado en la última voluntad del causante.

En el artículo 1034 define. “Ejecutores testamentarias o albaceas son aquellos a quienes el testador da el encargo de hacer ejecutar sus disposiciones”. La norma que siguen, la facultad del albacea y sus limitaciones, que terminan de configurar exactamente lo que realmente es. Indudablemente, no solo ejecuta la voluntad del testador, sino que resguarda el cumplimiento del derecho de proteger los intereses aun de terceras personas como son los acreedores.

Menos cercano a nuestro derecho son los conceptos de quienes ven en el albacea una especie de fiscal o de funcionario judicial que da solemnidades a los actos de apertura y conservación de la herencia, pago de las deudas y entregas de los bienes a los destinatarios.

En el artículo 1294 completa el concepto del anterior, indicador: “No habiendo el testador nombrado albacea, o faltando el nombrado, el encargado de hacer ejecutar las disposiciones del testador pertenece a los herederos “. Como es obvio, en la sucesión intestada no hay albacea y se aplica lo dicho en este Artículo. Igualmente, cuando el nombramiento ha sido anulado, o bien el albacea a muerto, se ha incapacitado o renunciado a ejercer sus funciones.

Para el ejercicio de sus atribuciones, el albacea puede y debe intervenir en las medidas de seguridad iniciales y en la formación del inventario después, administra los bienes, como el objetivo de liquidar el patrimonio, pagando las deudas, cumpliendo los legados y demás cargas, y finalmente entregara los bienes a los herederos. Esto último, generalmente, cuando ya se haya verificado la partición si son varios.

El albacea recibe los bienes que debe administra, a medida que se haga el inventario, y de este modo, se tiene la base para las cuentas y para establecer su responsabilidad.

La actuación del albacea, de cualquier manera, resulta transitoria y sus poderes quedan limitados por la actuación de los herederos. Si estos litigan entre si sobre la cuota que les corresponde, el albacea no está obligado a entregar esa cuota litigiosa, sino una vez que se ejecutorié la sentencie que resuelva la controversia.

“El albacea nombrado puede rechazar libremente el cargo” (Dr. Juan Larra Holguín, Quito 1977-2002, Manual Elemental de derecho civil del Ecuador volumen VI Sucesión, capítulo XIII Pgs.515)

Comienza diciendo el artículo el artículo 1298, pero da una falsa impresión de absoluta libertad, ya que agrega en el siguiente inciso mencionan,

Como indica el artículo 1013 del Código Civil: “Si lo rechazare sin probar inconvenientes graves, se hará indigno de suceder al testador, con arreglo al artículo 1013, inciso segundo”.

De suerte que existe una severa sanción civil para el que se excusa sin conveniente grave, el cual debe ser probado por el mismo. Por tanto, podemos decir más bien que el ejercicio del albaceazgo resulta obligatorio, en principio, y que solo por excepción se permite excusarse

El artículo 1013 y al manifestar en su obra dan a conocer como; “son indignos de suceder el tutor o curador que nombrados por el testador se excusaren sin causa legítima; y, el albacea que, nombrado por el testador, se excusaren sin probar inconvenientes graves”. (Dr. Guillermo Bossano, Quito 1973 Manual de Derecho Sucesorio, Universidad Central Págs.294

Hay cierta diferencia: los guardadores solo pueden excusarse por las causas señaladas en la ley; mientras que el albacea, debe probar inconvenientes graves, que no se precisa o enumera en qué casos sea admisibles y queda al criterio del juez el aceptarlo o no aceptarlo. Los mandatarios del albacea, no lo reemplazan, sino que actúan como instrumentos o ministerios suyos; el albacea puede valerse de ellos para ejecutar su cargo y no para desvincularse de él, por esto la ley dice que conserva toda la responsabilidad.

Una de las reglas generales sobre la responsabilidad de la albacea podemos ver en el código civil del Ecuador en el art. 1320 en adelante. “Manifiesta que el albacea es responsable hasta las culpas leves cumpliendo sus cargos, y también tiene la opción de reparar la culpa leve” (Juan Larrea Holguín, libro Manual elemental de derecho civil del Ecuador, volumen VI capítulo XIII, ALBACEA, Quito 30 de oct. 2008. Pág. 530, 531).

Esta norma no puede ser alterada por la voluntad del testador, y no puede exonerarse de su obligación tal y cual está escrita en este título. Basándonos el art. 1302 c.c. si existen varios albaceas, la ley define que son solidariamente responsables y solamente el testador puede exonerarles de la solidaridad, también puede el juez dividir las administraciones y cada uno pueda responder por la suya.

Una es la responsabilidad solidaria, ya pueden demandar sobre la rendición de cuentas ya sea a uno o más de los acreedores a uno o más de los albaceas siendo esta obligación de hacer e indivisibles.

Uno de las responsabilidades del albacea es de respetar la ley. Es una norma primordial para todos los ciudadanos deben respétala, y también se presume que todos conocen las leyes, más el código civil da a conocer esta responsabilidad del albacea que se encuentra determinado en el art. 1322 c.c. menciona que se prohíbe al albacea cumplir las disposiciones del testador en lo que fuere contrario a la ley, “Como nulidad, o considerarlo como culpable de dolo” (Juan Larrea, libro Manual elemental de derecho civil del Ecuador, volumen VI capítulo XIII, 30 de oct. 2008. Ecuador, Pág.531).

Esta regla no aumenta la obligación de obedecer la ley, pero si señala el doble efecto de la violación de ella por parte del albacea, como la nulidad de los actos y tendrá responsabilidad.

Podemos decir que el albacea es esencialmente temporal y transitoria; esto consiste que en las disposiciones que deja el testador se ejecute lo más temprano y luego de haber ejecutado, no perduran las atribuciones del albacea y cesan en su cargo,

También se extingue el albacea por muerte, cumplimiento del plazo, cumplimiento de todos los encargos contenido en el testamento, si muere el albacea también termina su cargo, también puede asumir los cargos de elemental prudencia sus parientes más cercanos o la cónyuge, como de dar la noticia de muerte a los herederos, y la de actuar en los asuntos urgentes o que ocasionaría perjuicios algunos si no interviniera, lo herederos tendrán que recurrir al juez para que haga esa designación de administrador común que es el albacea, debe cumplir con el plazo que el testador lo fijo, de acuerdo al art. 1324 c.c. debe ser un tiempo cierto y determinado, “Puede ser hasta que cumpla cincuenta años de albacea.” El código nos pones e límites muy facultativos del testador en el momento de dar el albaceazgo.

La renuncia también puede producir una de las causas legales como podemos darnos cuenta el art. 1299 de c.c. donde autoriza excusarse al que acepto el cargo, “Causa legítima de privar solo una parte proporcional de la asignación que se le haya hecho en su recompensa del servicio prestado “. La justicia de la causa debe ser aprendida por el juez o el albacea renuncie sin causa justa por tal caso esta falta a su obligación.



## **CAPÍTULO III**

### **MARCO METODOLÓGICO**

#### **3 Hipótesis general**

¿Es relevante determinar a través de un análisis jurídico como el albacea garante del cumplimiento de las disposiciones testamentarias incide en la herencia yacente, en las sentencias en la Unidad Judicial Civil del cantón Riobamba, en el año 2015?

#### **3.1 Variables**

##### **3.1.1 Variable Independiente**

El albacea garante del cumplimiento de las disposiciones testamentarias.

##### **3.1.2 Variable dependiente**

La herencia yacente

### 3.1.3 OPERACIONALIZACION DE LAS VARIABLES

**Variable independiente:** El albacea garante del cumplimiento de las disposiciones testamentarias.

**CUADRO N° 1**

<b>VARIABLE INDEPENDIENTE</b>	<b>CONCEPTO</b>	<b>CATEGORÍA</b>	<b>INDICADOR</b>	<b>TÉCNICA E INSTRUMENTO DE INVESTIGACION</b>
-------------------------------	-----------------	------------------	------------------	---

<p>El albacea garante del cumplimiento de las disposiciones testamentarias.</p>	<p>Código Civil, Artículo 1293: "Ejecutores testamentarios o albaceas son aquellos a quienes el testador da el encargo de hacer ejecutar sus disposiciones."</p>	<p>Derecho Civil Sucesiones</p>	<p>Custodia y administración</p>	<p>Entrevista Encuesta</p>
---	--	-------------------------------------	----------------------------------	--------------------------------

**Fuente:** Operacionalización de las variables

**Elaborado por:** Joel Francisco Santander Contreras

**Variable Dependiente:** La herencia yacente

**CUADRO N° 2**

VARIABLE DEPENDIENTE	CONCEPTO	CATEGORÍA	INDICADOR	TÉCNICA E INSTRUMENTO DE INVESTIGACION
La herencia yacente	Código Civil, Art. 1263: “Si dentro de quince días de abrirse la sucesión no se hubiere aceptado la herencia o una cuota de ella, ni hubiere albacea...el juez, a instancia del cónyuge sobreviviente, o de cualquiera de los parientes o dependientes del difunto, o ...declarará yacente la herencia; se insertará...”	Derecho civil Sucesiones	Bienes que permanecen en la indivisión	Entrevista Encuesta

**Fuente:** Operacionalización de las variables

**Elaborado por:** Joel Francisco Santander Contreras

### 3.2 Definición de términos básicos

Herederero: “...la designación que se hace por el testador de las personas que deben sucederlo”, o dicho de otro modo, es la “disposición testamentaria por la cual el causante llama a una persona para sucederlo en la universalidad de sus bienes, o en una parte alícuota de ellos, con vocación eventual al todo...” (MAFFÍA, Jorge O., “Tratado de las sucesiones” actualizado por Lidia Beatriz Hernandez y Luis Alejandro Ugarte Edit. Abeledo Perrot Bs. As., 2010, t. II, p. 1082)

Asignación a título universal: “Asignaciones a título universal son aquellas en que se deja al asignatario la totalidad de los bienes del difunto o una cuota de ellos. La asignación recibe el nombre de herencia y el asignatario de heredero.” (Somarriva Undurraga, Manuel, “Derecho Sucesorio”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2009, séptima edición actualizada, pp. 297 a 300)

Condición suspensiva positiva: Según Luís Claro Solar: "Una modalidad que hace eventual el derecho del asignarla subordinándolo al acontecimiento ulterior que debe realizarse si es positivo o no realizarse si es negativo" (Claro Solar, Luis, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado, Santiago 1944. P. 124).

Testamento: Código Civil, artículo 1037: “El testamento 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.”

Albacea: Código Civil Artículo 1293: “Ejecutores testamentarios o albaceas son aquellos a quienes el testador da el encargo de hacer ejecutar sus disposiciones.” Artículo 1309: “El albacea encargado de pagar las deudas hereditarias, lo hará precisamente con intervención de los herederos presentes, o del curador de la herencia yacente, en su caso.”

Herencia yacente: Código Civil, artículo 1263: “Si dentro de quince días de abrirse la sucesión no se hubiere aceptado la herencia o una cuota de ella, ni hubiere albacea a quien el testador haya conferido la tenencia de los bienes y que haya aceptado su encargo, el juez, a instancia del cónyuge sobreviviente, o de cualquiera de los parientes o dependientes del difunto, o de otra persona interesada en ello, o de oficio, declarará yacente la herencia; se insertará esta declaración en un periódico del cantón, si lo hubiere, y en carteles que se fijarán en tres de los parajes más frecuentados del mismo; y se procederá al nombramiento del curador de la herencia yacente.”

### **3.3 Enfoque de la Investigación**

#### **Modalidad básica de la investigación**

El enfoque de la presente investigación es cualitativo y cuantitativo. Cualitativo porque en primer término interpreta el rol del albacea y su desempeño frente a las disposiciones testamentarias, frente a los bienes de la herencia yacente. Y cuantitativo porque se aplicara procesos estadísticos que permitan verificar la hipótesis planteada en relación a la figura jurídica.

### **3.4 Tipo de Investigación**

**Documental bibliográfica.-** La investigación se realizara apoyándose en fuentes bibliográfica, hemerográfica y archivística; la primera se basa en la consulta de libros de primera instancia y segunda, estrictamente pegados a la ley, la segunda en artículos o ensayos de revistas y periódicos, y la tercera en documentos que se encuentran en los archivos, como cartas, oficios, circulares, expedientes y direcciones electrónicas.

**De Campo.-** Se investigó en el lugar de los hechos, es decir el contacto directo del investigador con la realidad de la Unidad Judicial Civil de la ciudad de Riobamba, donde se aplicó la entrevista. Al mismo tiempo se contactó a 10 Abogados especialistas en Derecho Civil, a quienes se aplicó las encuestas.

### **3.5 Métodos De Investigación**

**Deductivo.-** Porque detallaremos toda la estructura determinada en la Constitución.

**Analítico - Sintético.-** Porque este método hizo posible la comprensión de todo hecho, fenómeno, idea, caso.

**Histórico – Lógico.-** Porque analicé científicamente los hechos, ideas del pasado comparándolo con hechos actuales.

**Descriptivo- Sistémico.-** Porque fue una observación actual de los fenómenos y casos, procurando la interpretación racional.

**Método Dialectico.-** Que permite la confirmación de ideas en base a una hipótesis.

**Fenomenológico.-** Realiza el estudio de hechos como han sucedido sin tintes subjetivos ni prejuizgamientos.

### **3.6 POBLACIÓN Y MUESTRA**

#### **3.6.1 POBLACION**

La población implicada en la presente investigación está constituida por los siguientes involucrados: 5 Jueces de la Unidad Judicial Civil de la ciudad de Riobamba y 10 Abogados expertos en derecho civil.

<b>POBLACIÓN:</b>	<b>N.-</b>
Jueces la Unidad Judicial Civil de la ciudad de Riobamba	5
Abogados expertos en derecho civil	10
<b>Total</b>	<b>15</b>

#### **3.6.2 Muestra**

La población y la muestra no tienen otro fin que ayudarnos a identificar las personas o los actores reales que serán parte de la investigación o los que aportaran con sus conocimientos en la elaboración de la misma, conocimientos que los encontraremos luego de determinar la cantidad de persona y cuales va a ser los entrevistados o encuestados, para poder extraer sus conocimientos.

Como la población no es cuantiosa, no existe la necesidad de tomar una muestra, por cuanto la investigación de campo abarcará el universo.

### **3.7 Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos**

#### **La Entrevista**

La entrevista se dirigirá a conocer la opinión de los Jueces de la Unidad Judicial Civil de la ciudad de Riobamba.

#### **Las Encuesta**

Las encuestas serán aplicadas a 10 Abogados que se especializan en derecho civil.

### **3.8 Instrumentos**

Cuestionario de entrevistas.

Cuestionario de encuestas.

### **3.9 Técnicas de procedimiento, análisis y discusión de resultados**

Para el procesamiento, análisis y discusión de resultados se utilizarán técnicas estadísticas y lógicas. La interpretación de los datos se lo realizará a través de la inducción, el análisis y la síntesis, para lo cual se tomará en cuenta la información recabada.

#### **ENTREVISTA DIRIGIDA A: 5 Jueces la Unidad Judicial Civil de la ciudad de Riobamba**

1. ¿Qué es el albacea?



**Juez 1: Es la persona encargada de cumplir la voluntad del causante.**

Juez 2: Es la persona encargada por el testador o un juez, para cumplir la voluntad del causante y custodiar sus bienes.

Juez 3: Es quién ayuda a garantizar el cumplimiento de lo estipulado por el testador.

Juez 4: Es una persona encargada de la custodia de los bienes de herencia, que se determina por orden judicial o mandato.

Juez 5: Es la persona encargada de cumplir la última voluntad del de cujus.

2. ¿Qué asignaciones testamentarias garantiza el albacea?

**Juez 1: El albacea garantiza que el testador cumpla la voluntad en sus bienes**

Juez 2: El testador cumple su voluntad de disponer de sus bienes, después de su muerte

Juez 3: El cuidado de los bienes que se le ha designado.

Juez 4: Custodia, protección e inventario de los bienes.

Juez 5: Garantiza la voluntad del testador en lo referente a todos sus bienes.

3. ¿Qué es la herencia yacente?

**Juez 1: Es dar continuidad al patrimonio del testador**

Juez 2: Es dar continuidad al patrimonio hereditario mientras se determina quien es heredero

Juez 3: Es una continuación del patrimonio del causante.

Juez 4: Es aquella que se eleva de una herencia que ya ha sido determinada con anterioridad.

Juez 5: Es dar continuidad al patrimonio del testador.

4. ¿Cree que el albacea es un garante del cumplimiento de las asignaciones testamentarias?

**Juez 1: Sí porque es la voluntad del testador.**

Juez 2: Claro que sí lo dispone la voluntad del testador para su fiel cumplimiento.

Juez 3: Sí, ya que el hecho de ser designado como albacea, va a hacer que cumpla lo estipulado.

Juez 4: Sí.

Juez 5: Sí, porque es la persona asignada para que se cumpla con la voluntad del testador.

5. Cree que la figura del albacea incide en la herencia yacente.

**Juez 1: No porque ya está manifestado por la voluntad del testador**

Juez 2: El albacea está destinado a cumplir la voluntad del causante. La herencia yacente se entregará al titular.

Juez 3: Por supuesto ya que para eso fue designado y tiene que garantizar el cumplimiento del mismo.

Juez 4: Sí porque opera como un vigilante y custodio de los bienes, que por el momento está en litigio.

Juez 5: Sí afecta porque es el encargado de hacer cumplir la voluntad del testador.

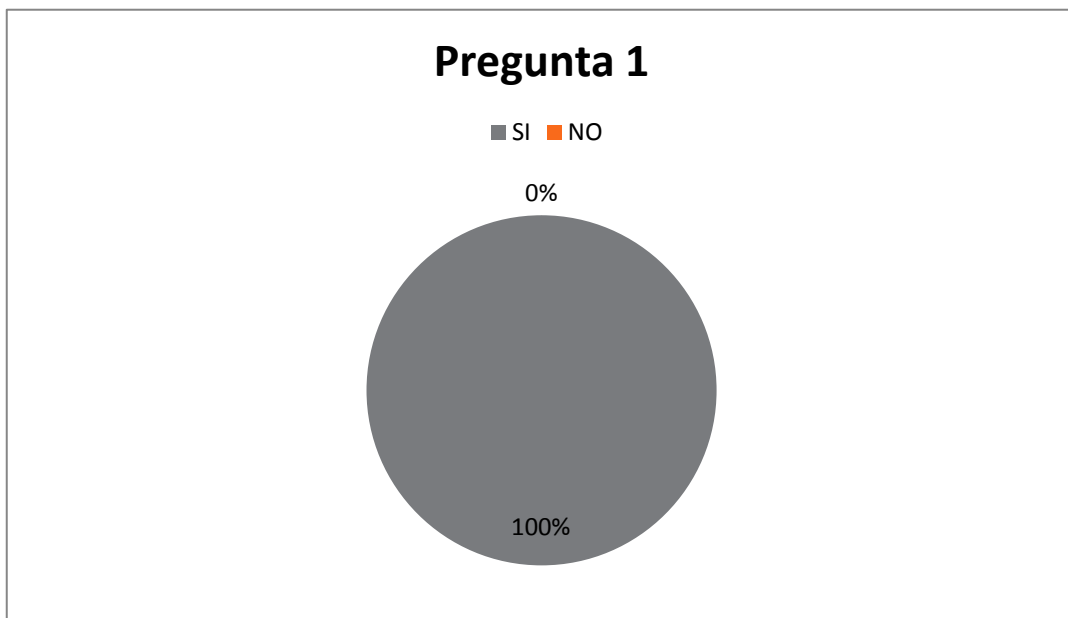
**ENCUESTA DIRIGIDA A: 10 Abogados expertos en derecho civil.**

**1. ¿Conoce Ud. lo que es el albacea?**

No.	ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	Si	10	100
2	No	0	0
	<b>TOTAL</b>	<b>10</b>	<b>100,00</b>

**Interpretación de resultados:** El 100% de los Abogados en el libre ejercicio expertos en derecho sucesorio, indican que conocen lo que es el albacea.

**Tabulación:**



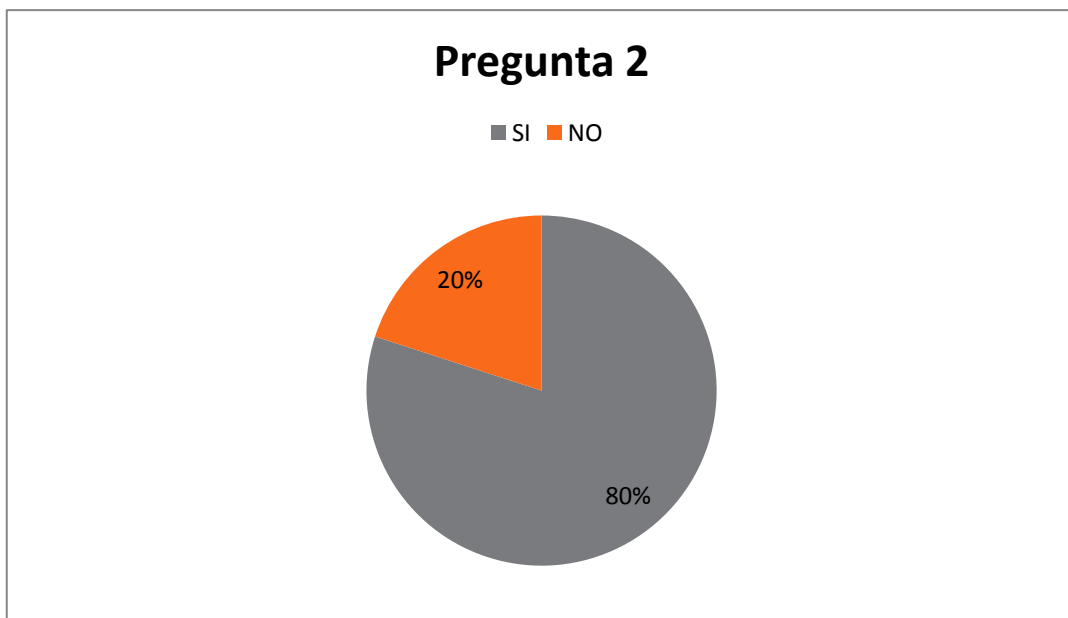
**Elaborado por:** Joel Francisco Santander Contreras

**2. ¿Conoce Ud. que asignaciones testamentarias garantiza al albacea?**

No.	ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	Si	8	80
2	No	2	20
	<b>TOTAL</b>	<b>10</b>	<b>100,00</b>

**Interpretación de resultados:** El 80% de los Abogados en el libre ejercicio expertos en derecho sucesorio, indican que conocen lo que son las asignaciones testamentarias que garantiza al albacea.

**Tabulación:**



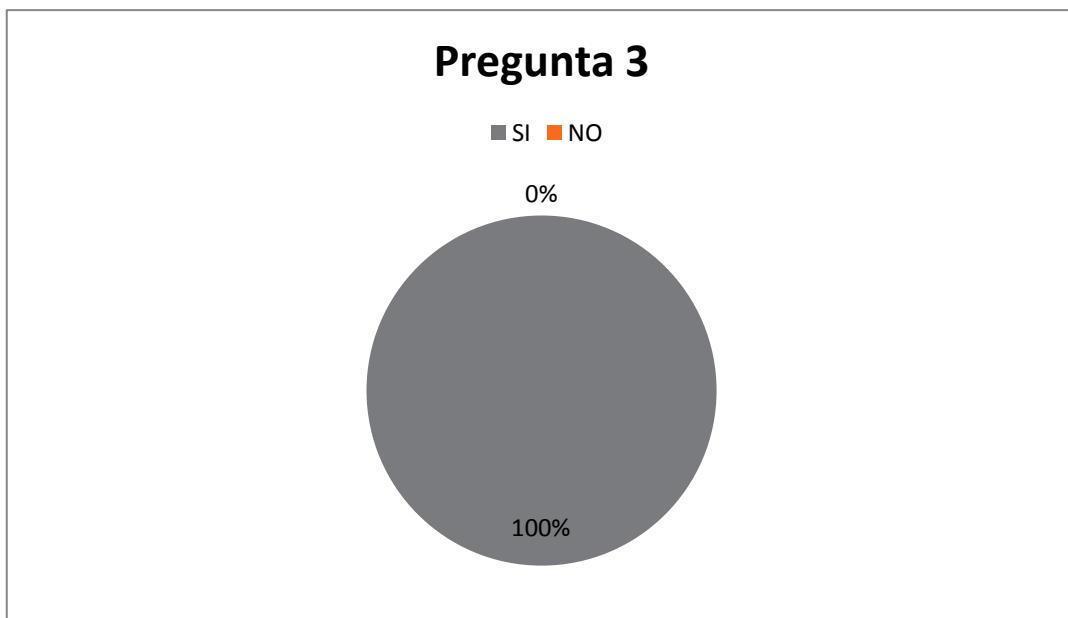
**Elaborado por:** Joel Francisco Santander Contreras

**3.- ¿Conoce Ud. lo que es la herencia yacente?**

No.	ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	Si	10	100
2	No	0	0
	<b>TOTAL</b>	<b>10</b>	<b>100,00</b>

**Interpretación de resultados:** El 100% de los Abogados en el libre ejercicio expertos en derecho sucesorio, indican que conocen lo que es la herencia yacente.

**Tabulación:**



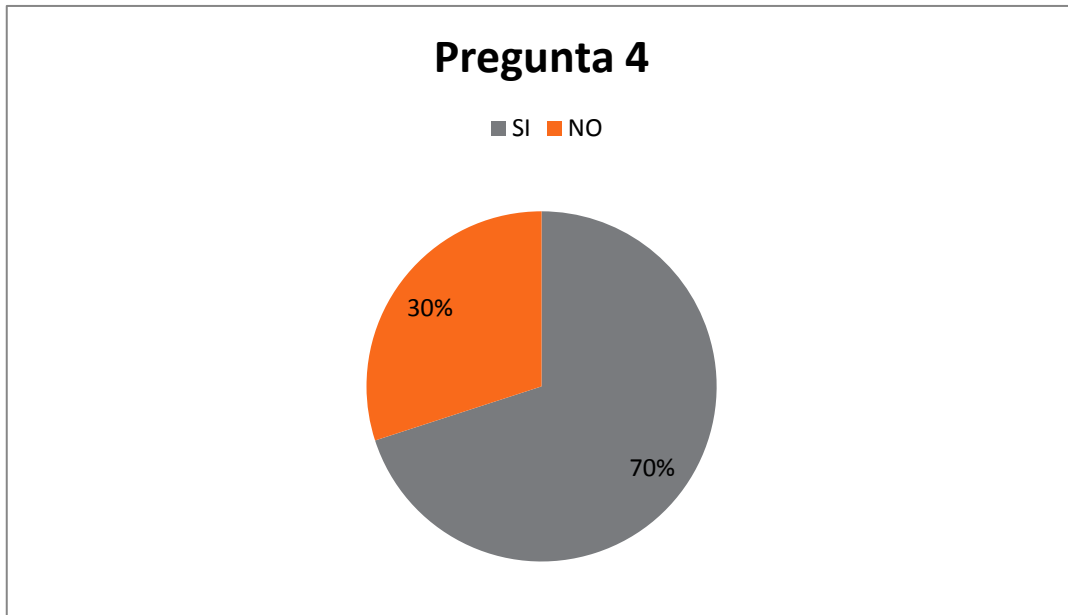
**Elaborado por:** Joel Francisco Santander Contreras

**4.- Cree que el albacea es un garante del cumplimiento de las asignaciones testamentarias.**

No.	ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	Si	7	70
2	No	3	30
	<b>TOTAL</b>	<b>10</b>	<b>100,00</b>

**Interpretación de resultados:** El 70% de los Abogados en el libre ejercicio expertos en derecho sucesorio, creen que el albacea es un garante del cumplimiento de las asignaciones testamentarias.

**Tabulación:**



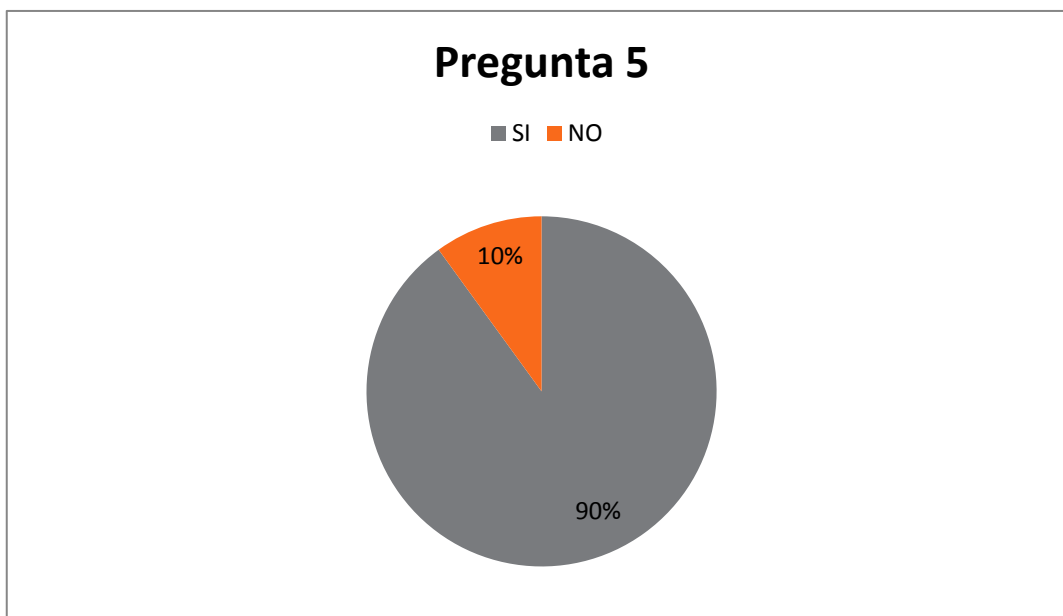
**Elaborado por:** Joel Francisco Santander Contreras

**5.- Cree que la figura del albacea incidenta la herencia yacente.**

No.	ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	Si	9	90
2	No	1	10
	<b>TOTAL</b>	<b>10</b>	<b>100,00</b>

**Interpretación de resultados:** El 90% de los Abogados en el libre ejercicio expertos en derecho sucesorio, creen que la figura del albacea incidenta la herencia yacente.

**Tabulación:**



**Elaborado por:** Joel Francisco Santander Contreras

### 3.12 Comprobación de la pregunta hipótesis.-

¿Es relevante determinar a través de un análisis jurídico como el albacea garante del cumplimiento de las disposiciones testamentarias incide en la herencia yacente, en las sentencias en la Unidad Judicial Civil del cantón Riobamba, en el año 2015?

Respuesta: Después de haber realizado la investigación se puede concluir que si fue relevante determinar a través de un análisis jurídico como el albacea garante del cumplimiento de las disposiciones testamentarias incide en la herencia yacente, en las sentencias en la Unidad Judicial Civil del cantón Riobamba, en el año 2015.

Debido a que de la investigación se conoce la importante tarea que posee el albacea, frente a la herencia yacente, entre lo principal se puede indicar que custodia los bienes, los administra y eventualmente participa de diligencias judiciales tales como el inventario. Todo esto mientras la herencia permanece yacente.

Lo cual redundaría en su importancia ya que las disposiciones del testador, pueden contener una condición suspensiva para el perfeccionamiento de la herencia, en cuyo caso es necesario que el albacea realice una custodia de los bienes del testador, a fin de que estos no se distraigan o se pierdan.

Es necesario que el albacea verifique el cumplimiento de las disposiciones testamentarias, a fin de otorgar los bienes hereditarios, solamente cuando estas se hayan cumplido, de este modo se puede concluir que incide en la herencia yacente.

## **CAPITULO IV**



## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### Conclusiones:

- El albacea es el que tiene el papel de cuidar y administrar los bienes en este caso, el albacea es el que tiene el papel en la repartición en la herencia yacente, dando así un cumplimiento estricto y correcto para que se produzca la entrega de los bienes adquiridos, el albacea debe ser reconocido por el juez de esta manera no podrá haber actos de corrupción, además tiene que ser ajeno a los de la familia que va a requerir su servicio.
- Entonces podemos concluir que este albacea es algo fundamental e importantísimo para dar cumplimiento a una acción del testamento.
- Según lo analizado y consultado se podría también decir que la Herencia Yacente es aquella que ha sido declarada por el juez competente cuando se hayan cumplido algunos requisitos, sea pedido de parte o por otras personas interesadas sea esta familiar o que le convenga como también de oficio y cuando un heredero acepta.

### Recomendaciones:

- El albacea es la persona encomendada de cumplir cabalmente la voluntad del testador plasmada en el testamento. Cuando el testador no designa albacea o este faltare por alguna circunstancia, les corresponde a los herederos ejecutar las disposiciones del testador.
- El juez debe ser el encargado a petición de un interesado en el proceso de sucesión de señalar el plazo en el cual debe comparecer el albacea, si este incurre en mora caducara su nombramiento, pero el albacea nombrado puede rechazar su nombramiento, pero debe probar el inconveniente que le asiste para ejercer el encargo, sino lo prueba se hará indigno para suceder al testador.
- Finalmente podemos manifestar que el Albacea desempeña un papel muy importante en la sucesión testamentaria puesto que el albacea será la persona o personas que hagan respetar la última voluntad del difunto

que en términos jurídicos se lo conoce como Causante. Además de ello cabe mencionar que el Albacea será una persona de estricta confianza del causante por lo que deberá cuidar de sus bienes hasta el momento de la apertura de la sucesión.

## **BIBLIOGRAFIA**

- Código Civil del Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones.

- Bossano Guillermo: Manual de Derecho Civil, Editorial Voluntad, Quita edición, 1983, Pág. 112.
- Boneo Villegas, Eduardo J. y Barreira Delfino, Eduardo A. (1984). Contratos bancarios modernos. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Carregal, Mario Alberto. (2008). Fideicomiso: teoría y aplicación a los negocios. (1ra. ed.). Buenos Aires: Heliasta.
- Claro Solar, Luis, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado, Santiago 1944.
- González Torre, Roberto. (2009). Manual de fideicomiso en Ecuador y América Latina. Guayaquil: Edino.
- Hinostraza Minguez, Alberto; "Derecho de Sucesiones" - 3era Edición Actualizada; Editorial Moreno S.A.; Lima-Perú; 1999
- Larrea Holguín, Juan, Manual elemental de derecho civil del Ecuador, Vol. VI, Corporación de estudios y publicaciones, Quito, 2008
- Leal Pérez, Hildebrando. (1990). Contratos Bancarios. Bogotá: Librería del profesional.
- Lohmann Luca de Tena, Guillermo, Derecho de Sucesiones, Fondo Editorial de la Pontifica Universidad Católica del Perú, 1995.
- Maffía, Jorge O., "Tratado de las sucesiones" actualizado por Lidia Beatriz Hernández y Luis Alejandro Ugarte Edit. Abeledo Perrot Bs. As., 2010, t. II.
- Peña Nossa, Lisandro. (2010). Contratos mercantiles, nacionales e internacionales. (3ra. ed.). Bogotá: Editorial Temis.
- Rodríguez Azuero Sergio, Negocios Fiduciarios. Legis Editores, 2005
- Rojina Villegas, Rafael. "Derecho Civil Mexicano", Tomo IV, Editorial Porrúa, 2010
- Somarriva Undurraga, Manuel, "Derecho Sucesorio", Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2009, séptima edición actualizada.

# **ANEXO**



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO  
 FACULTAD DE CIENCIAS POLITICAS Y ADMINISTRATIVAS  
 Escuela de Derecho

Tesis:

**“EL ALBACEA COMO GARANTE DEL CUMPLIMIENTO DE LAS  
 DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS Y SU INCIDENCIA EN LA HERENCIA  
 YACENTE, EN LAS SENTENCIAS EN LA UNIDAD JUDICIAL CIVIL DEL  
 CANTÓN RIOBAMBA, EN EL AÑO 2015.”**

**JOEL FRANCISCO SANTANDER CONTRERAS**

**ENTREVISTA DIRIGIDA A:** 5 Jueces la Unidad Judicial Civil de la ciudad de  
 Riobamba

**1. ¿Qué es el albacea?**

.....  
 .....

**2. ¿Qué asignaciones testamentarias garantiza el albacea?**

.....  
 .....

**3. ¿Qué es la herencia yacente?**

.....  
 .....

**4. ¿Cree que el albacea es un garante del cumplimiento de las asignaciones  
 testamentarias?**

.....  
 .....

**5. Cree que la figura del albacea incide en la herencia yacente.**

.....  
 .....



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO  
FACULTAD DE CIENCIAS POLITICAS Y ADMINISTRATIVAS  
Escuela de Derecho

Tesis:

**“EL ALBACEA COMO GARANTE DEL CUMPLIMIENTO DE LAS  
DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS Y SU INCIDENCIA EN LA HERENCIA  
YACENTE, EN LAS SENTENCIAS EN LA UNIDAD JUDICIAL CIVIL DEL  
CANTÓN RIOBAMBA, EN EL AÑO 2015.”**

**JOEL FRANCISCO SANTANDER CONTRERAS**

**ENCUESTA DIRIGIDA A: 10 Abogados expertos en derecho civil.**

**1. ¿Conoce Ud. lo que es el albacea?**

Sí ( )

No ( )

**2. ¿Conoce Ud. que asignaciones testamentarias garantiza al albacea?**

Sí ( )

No ( )

**3.- ¿Conoce Ud. lo que es la herencia yacente?**

Si ( )

No ( )

**4.- Cree que el albacea es un garante del cumplimiento de las asignaciones testamentarias.**

Si ( )

No ( )

**5.- Cree que la figura del albacea incidenta la herencia yacente.**

Si ( )

No ( )