



**UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA
INDOAMÉRICA**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y
ECONÓMICAS**

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

ANÁLISIS JURÍDICO DEL JUICIO DE NULIDAD DE TESTAMENTO
Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales
y Juzgados de la República del Ecuador

Autor

Intriago Párraga Galo Bairo

Tutor

Abg. Mg. María Victoria Molina Torres

Ambato- Ecuador

2018

AUTORIZACIÓN POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TRABAJO DE TÍTULACIÓN

Yo, Isabel Calderón, declaro ser autor del Trabajo de Titulación con el nombre “ANÁLISIS JURÍDICO DEL JUICIO DE NULIDAD DE TESTAMENTO”, como requisito para optar al grado de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador y autorizo al Sistema de Bibliotecas de la Universidad Tecnológica Indoamérica, para que con fines netamente académicos divulgue esta obra a través del Repositorio Digital Institucional (RDI-UTI).

Los usuarios del RDI-UTI podrán consultar el contenido de este trabajo en las redes de información del país y del exterior, con las cuales la Universidad tenga convenios. La Universidad Tecnológica Indoamérica no se hace responsable por el plagio o copia del contenido parcial o total de este trabajo.

Del mismo modo, acepto que los Derechos de Autor, Morales y Patrimoniales, sobre esta obra, serán compartidos entre mi persona y la Universidad Tecnológica Indoamérica, y que no tramitaré la publicación de esta obra en ningún otro medio, sin autorización expresa de la misma. En caso de que exista el potencial de generación de beneficios económicos o patentes, producto de este trabajo, acepto que se deberán firmar convenios específicos adicionales, donde se acuerden los términos de adjudicación de dichos beneficios.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Ambato, a los 22 días del mes de Noviembre de 2017, firmo conforme:

Autor: Intriago Párraga Galo Bairo

Firma:

Número de Cédula: 1705013656

Dirección: Provincia, ciudad, Parroquia, Barrio.

Correo Electrónico: monintriago@yahoo.es

Teléfono: 0997238925

APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi calidad de Tutor del Trabajo de Titulación “ANÁLISIS JURÍDICO DEL JUICIO DE NULIDAD DE TESTAMENTO” presentado por Intriago Párraga Galo Bairo, para optar por el Título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador,

CERTIFICO

Que dicho trabajo de investigación ha sido revisado en todas sus partes y considero que reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la presentación pública y evaluación por parte del Tribunal Examinador que se designe.

Ambato, 5 de Diciembre del 2017.

.....

Abg. Mg. María Victoria Molina Torres

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

Quien suscribe, declaro que los contenidos y los resultados obtenidos en el presente trabajo de investigación, como requerimiento previo para la obtención del Título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, son absolutamente originales, auténticos y personales y de exclusiva responsabilidad legal y académica del autor

Ambato, 05 de Diciembre 2017

.....

Intriago Párraga Galo Bairo
CC. 1705013656

APROBACIÓN PAR EVALUADOR

El trabajo de Titulación, ha sido revisado, aprobado y autorizada su impresión y empastado, sobre el Tema: “ANÁLISIS JURÍDICO DEL JUICIO DE NULIDAD DE TESTAMENTO”, previo a la obtención del Título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, reúne los requisitos de fondo y forma para que el estudiante pueda presentarse a la sustentación del trabajo de titulación.

Ambato, 05 de Diciembre de 2017

.....

Dr. Darwin Xavier Freire Álvarez
EXAMINADOR UNO

.....

Dr. Galo Edmundo Molina Villacis
EXAMINADOR DOS

DEDICATORIA.

Con afecto para mi esposa y mis hijos quienes guían mis pasos y me han enseñado que el esfuerzo y la superación son los únicos atributos que conducen a la realización personal.

Galo

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento a la Universidad Indoamérica, a la Facultad de Jurisprudencia, a sus catedráticos que con sabia experiencia y conocimientos supieron inculcarme el deseo de superación

Galo.

INDICE DE CONTENIDOS

PORTADA	i
AUTORIZACIÓN POR PARTE DEL AUTOR	ii
APROBACIÓN DEL TUTOR	iii
DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD	iv
APROBACIÓN PAR EVALUADOR.....	v
DEDICATORIA.....	vi
AGRADECIMIENTO	vii
TABLA DE CONTENIDO	viii
RESUMEN EJECUTIVO.....	x
ABSTRACT	xi
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I.....	3
DESARROLLO TEÓRICO	3
SUCESIONES	4
EL TESTAMENTO.....	4
CONCEPTO	4
CARACTERÍSTICAS DEL TESTAMENTO	5
REQUISITOS DE TESTAMENTO.....	6
REQUISITOS DE FONDO.....	7
CLASES DE TESTAMENTO	9
NULIDAD DEL TESTAMENTO.....	11
CAPITULO II.....	15
DESARROLLO LEGAL.....	15
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR 2008.....	15
CÓDIGO CIVIL	17
QUIENES NO PUEDEN OTORGAR TESTAMENTO.....	19
NULIDAD DEL TESTAMENTO.....	28
CAPÍTULO III	30
DESARROLLO CASUÍSTICO	30
CASO No. 105 2007.....	30
1.- Factor de análisis de los hechos. -	30

2.- Factor de Análisis Legal.....	31
3. Factor de análisis Probatorio	32
4. Factor de análisis de Sentencia.....	33
CONCLUSIONES:.....	44
BIBLIOGRAFÍA.....	46
LEGISGRAFÍA.....	46
ANEXOS	47

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

CARRERA DE DERECHO

TEMA: “ANÁLISIS JURÍDICO DEL JUICIO DE NULIDAD DE TESTAMENTO”

AUTOR: Galo Bairo Intriago Párraga

TUTORA: Abg. Mg. María Victoria Molina

RESUMEN EJECUTIVO

El presente trabajo se titula “ANÁLISIS JURÍDICO DEL JUICIO DE NULIDAD DE TESTAMENTO” y tiene como objeto el analizar desde la perspectiva del derecho sucesorio y de su tramitación, el juicio de nulidad de testamento. Para esto se debe considerar que el acto de suceder a una persona es un modo de adquirir el dominio de las cosas que anteriormente pertenecieron a otra denominada causante y que por el hecho de su muerte las mismas pasan a sus sucesores en derecho. Entre esas formas de suceder se encuentra la testamentaria, en la cual, la última voluntad del de cujus queda expresada o plasmada en un testamento, ya sea este abierto o cerrado, el cual para su completa validez debe reunir los requisitos que la ley prevé para su efectividad. Pero sin embargo, existen casos en los que, a pesar de que en el testamento se halla la voluntad del causante, el mismo es nulo, por contravenir expresas disposiciones de la ley, en lo que a su celebración se refiere. Hay que tener presente que la nulidad testamentaria no procede en todos los casos, ya que existen otras figuras legales con las que se puede atacar la validez y vigencia de un testamento, como lo sería por ejemplo, la reforma del mismo, que se produce cuando en la repartición de los bienes no se han observado las disposiciones legales que limitan el poder de decisión del causante en torno a quienes o quienes beneficia con el reparto de su patrimonio. La metodología utilizada para este trabajo de monografía es la bibliográfica ya que se apoya en la opinión de varios tratadistas sobre el tema, así como en la legislación sucesional vigente y en el análisis de procesos obtenidos en la Corte Nacional de Justicia, llegando a obtener como resultado que esta clase de juicio no es común, debido a su complejidad, siendo la mayor parte de ellos abandonados o siendo muy dificultosa su obtención.

DESCRIPTORES: Juicio, nulidad, requisitos para suceder, testamento, sucesión testamentaria

TECHNOLOGICAL UNIVERSITY INDOAMÉRICA

FACULTY OF JURISPRUDENCE

LAW CAREER

TOPIC: "ARBITRAL AWARDS AS A MEANS OF RESOLVING CONFLICTS AND THEIR RES JUDICATA CHARACTER."

AUTHOR: Intriago Párraga Galo Bairo

TUTOR: Abg. Mg. María Victoria Molina

ABSTRACT

The present work is entitled "LEGAL ANALYSIS OF THE NULLITY OF TESTAMENT JUDGMENT" and aims to analyze from the perspective of inheritance law and its processing, the nullity of testament. For this, it must be considered that the act of succeeding a person is a way of acquiring control of things that previously belonged to another named cause and that by the fact of his death they pass to his successors in law. Among these ways of succeeding is the testamentary, in which, the last will of the *cuyus* is expressed or embodied in a will, whether it is open or closed, which for its full validity must meet the requirements that the law provides for its effectiveness. But nevertheless, there are cases in which, although the will of the deceased is found in the will, it is null, because it contravenes express provisions of the law, as far as its celebration is concerned. It must be borne in mind that the testamentary nullity does not apply in all cases, since there are other legal figures with which to attack the validity and validity of a will, as it would be for example, the reform thereof, which occurs when in the distribution of the assets, the legal provisions that limit the power of decision of the deceased around who or those who benefit from the distribution of their patrimony have not been observed. The methodology used for this monograph work is the bibliography since it is based on the opinion of several writers on the subject, as well as on the successional legislation in force and on the analysis of processes obtained in the National Court of Justice, obtaining as result that this kind of judgment is not common, due to its complexity, being most of them abandoned or very difficult to obtain

DESCRIPTORS: Trial, Nullity, Requirements, Succession, Will.

INTRODUCCIÓN

Para entrar a tratar el tema de la nulidad testamentaria, se debe partir primeramente de conocer lo que es la sucesión por causa de muerte, entendida ésta como una de las formas de adquirir el dominio, contempladas en la legislación civil ecuatoriana.

La sucesión por causa de muerte o mortis causa, parte de un hecho que genera consecuencias jurídicas, como lo es la muerte de una persona natural, estado del cual dependen varias situaciones que son tratadas por el derecho. Se dice que solo nace de la muerte de una persona natural, debido a que la persona jurídica no muere, sino se liquida, extingue, se da por terminada, etc, y es solo con aquel acontecimiento mortuorio del que depende que los bienes que anteriormente le pertenecían o que estaba en posesión del difunto, pasen o se incorporen al patrimonio de sus sucesores en derecho.

A este difunto la ley lo conoce de varias maneras, entre las que cabe mencionar, causante, de cuius, de cujus, pero para el tema materia de esta monografía, se lo conoce como testador, ya que es la persona, que en vida y en uso de sus facultades volitivas o voluntarias va a disponer de sus bienes entre aquellos que tengan derecho de sucesión.

La ley ha impuesto, que en materia de sucesión testamentaria, se tengan que cumplir ciertos requisitos, tanto para la validez de las asignaciones testamentarias, como para la validez del testamento, que es el instrumento en el cual se contienen dichas asignaciones.

Se debe considerar que no por el hecho de que una persona haya dispuesto de su patrimonio de una manera distinta a la que contempla la ley, ello no deviene inmediatamente en la nulidad de un testamento, ya que en este caso caben otras acciones legales como la reforma de dicho instrumento; de ahí que para que exista nulidad testamentaria se debe haber llevado a cabo el acto testamentario sin las solemnidades que establece la ley para su total validez.

Este tema, de la nulidad testamentaria no es frecuente encontrarlo en la práctica civil sucesional, debido principalmente a que en el Ecuador no existe una verdadera cultura testamentaria, de ahí que la mayor parte de sucesiones son intestadas, entendidas por aquellas en las que una persona fallece y sus bienes pasan a sus herederos por el Ministerio de la ley, es decir, sin la necesidad de testamento alguno.

Sin embargo, existen casos, aunque pocos y muy difíciles de ubicar, pero que en todo caso demuestra lo antes manifestado sobre la preminencia de la sucesión intentada o en otros casos, se llega a confundir la nulidad de un testamento, que proviene del no acatamiento de las solemnidades, con la forma arbitraria de disposición de los bienes por parte del testador.

Estas son las razones para haber escogido este tema, que sin duda alguna es de gran interés, pese al poco conocimiento que de él existe.

Este trabajo de monografía se compone de tres capítulos que se detallan a continuación:

Capítulo I: En este capítulo se trata sobre la sucesión, sus clases, haciendo énfasis en la sucesión testamentaria y en el testamento.

Capítulo II.- Contiene el desarrollo legal, partiendo del análisis constitucional y del estudio de la legislación sucesoria vigente en la legislación ecuatoriana.

Capítulo III.- Refiere al desarrollo casuístico y en él se analiza un caso obtenido en la Corte Nacional de Justicia, para posteriormente aplicar lo aprendido en la redacción de una demanda aplicando la normativa del Código Orgánico General de Procesos.

CAPITULO I

DESARROLLO TEÓRICO

Para dar inicio al presente trabajo monográfico, es necesario precisar varios aspectos que van a ser de mucha ayuda durante el desarrollo del mismo, dentro de todo lo que pueda decirse de la misma norma, es en el derecho sucesorio por sí mismo una garantía para los herederos de un causante, puesto que busca que se mantenga un orden de asignaciones, que evite una anarquía y constantes e interminables demandas mutuas entre los herederos, lo cual se traduce en un ahorro si nos referimos al principio de economía procesal, y preponderantemente se hace alusión a la seguridad jurídica que garantiza la Constitución ecuatoriana por sí misma.

Para Valletta el Derecho Sucesorio comprende: *“La transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta a la persona que sobrevive a la cual la ley o el testador llama para recibirla. El llamado a recibir la sucesión se llama heredero”*¹(Valletta, 2001, pág. 637)

Es así que el derecho sucesorio no solo se convierte en una normativa o la positivación, sino que se torna en el representante y protector de derechos de los sucesores, tanto cuando existe un testamento es decir la sucesión testamentaria y también en la sucesión abintestada en la cual por la imperancia de la ley se llega a repartir los bienes que conforman el patrimonio del causante.

El Derecho Sucesorio en los momentos actuales del Estado y la sociedad ecuatoriana juega un papel muy representativo, puesto que la economía de la familia siendo el núcleo de la sociedad se basa en su patrimonio, y en su

¹ Valleta, M. (2001) Diccionario Jurídico. Buenos Aires, Argentina. Editorial Valleta.

mayor parte de casos dicho patrimonio se ve fortalecido con el aporte de un causante, lo que acarrea el desarrollo económico de dicho núcleo beneficiado, para lo cual esta ramificación del Derecho fue creado.

Sucesiones

Las sucesiones en una concepción escueta y global se constituyen en la tradición de bienes derechos y obligaciones a la muerte de una persona.

La sucesión por tanto y obligadamente necesita de la tradición de las acciones o derechos de la cosa, es decir que la titularidad debe cambiarse inapelablemente para que pueda considerarse una sucesión como tal, tomando en cuenta que tanto el causante como el adquirente están en pleno goce de sus derechos para suceder.

El Testamento

Concepto

Para el Doctor Cortés E. según el tratadista Larrea J. manifiesta, que se entiende por testamento a: *“todo acto de voluntad destinado a producir efectos patrimoniales después de la muerte del otorgante”*² (Cortés, 2011, pág. 117).

De lo citado de indica que la sucesión testamentaria es aquella en la que el título de adquisición del derecho de herencia es el testamento, en la que en forma solemne personalísimo y revocable, por el que una persona dicta disposiciones patrimoniales, para después de la muerte.

En igual sentido Doctor Cortés según Bossano G. indica en relación al testamento dice que: *“es un acto jurídico solemne por el cual una persona dispone de su patrimonio para que tenga pleno efecto después de sus días, reservándose la facultad de revocar sus disposiciones.”*³ (Cortés, 2011, pág. 117).

² Cortes, E. (2011) Apuntes del Derecho Sucesorio, Ambato, Tungurahua, Ediciones INDIGRAF.

³ Cortes, E. (2011) Apuntes del Derecho Sucesorio, Ambato, Tungurahua, Ediciones INDIGRAF.

Se indica que, el testamento es una consecuencia del derecho de propiedad; en la que el testador dispone de sus bienes a libre arbitrio, considerada como una institución jurídica cuyo ente regulador es el Estado en la distribución de bienes que deja el cojus a sus herederos.

Características del testamento

Dentro de las características, del testamento el tratadista Ramírez C. las enlista en la siguiente forma:

- a. **Acto jurídico.**- Considerado así, debido a que interviene la voluntad de una persona.
- b. **Acto solemne.**- Por cuanto debe cumplir las exigencias de la ley para determinar su validez.
- c. **Acto unilateral.**- Toda vez que, para la validez y eficacia del testamento basta la voluntad del testador.
- d. **Acto de una sola persona.**- Esta característica esta concatenada al acto unilateral, toda vez proviene de la voluntad de una sola persona.
- e. **Acto personal e indelegable.**- Se debe indicar que por regla general todo acto puede ser celebrado por sí o a través de mandatario general o especial; sin embargo, el testamento debe ser otorgado personalmente.
- f. **Acto realizado por causa de muerte. Efecto.**- Únicamente tras la muerte del cujus el testamento surte efecto, caso no produce ningún efecto en referencia a la disposición de bienes, a excepción de las declaraciones, como el reconocimiento de hijo.

- g. **Acto dispositivo.**- De manera general, el testamento contiene la disposición de los bienes del causante, en la cual puede el testador disponer de sus bienes conforme su voluntad.

- h. **Acto esencialmente revocable.**- Como se ha indicado la voluntad del testador prima dentro de las características enunciadas por lo que las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, incluso cuando el testador haya expresado dentro del testamento la determinación de no revocarlas, se debe indicar que son revocables las disposiciones patrimoniales; más no las declaraciones, como el reconocimiento de un hijo.

Requisitos de Testamento

En relación a los requisitos para la validez del testamento para lo cual el autor Vodanovic A. indica que es preciso distinguir que en todo testamento existe:

- “a. requisitos externos o solemnes que la ley exige para la validez del testamento y para su prueba;*
- b. requisitos internos, que dicen relación con la capacidad y la libre y espontánea voluntad de testador; y,*
- c. disposiciones, ósea, las manifestaciones de voluntad en que el testador deja herencia o legados.”⁴(Vodanovic, 1998, pág. 245)*

Como indica el autor, existen tres aspectos específicos en los testamentos, para que estos tengan su validez como tal, sin embargo, dentro de la legislación ecuatoriana tan solo se consideran dos elementos, según Ramírez C. indica que estos elementos son de índole objetivo y subjetivos así:

⁴ Vodanovic A. (1998) Tratado de Derecho Civil. Partes preliminares y General. Santiago de Chile, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Recuperado de: <https://books.google.com.ec/books?id=CCiY2mxu7EEC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>

“a. Elemento subjetivo (personal), que corresponde al testador; y, b. El elemento objetivo (real), que se refiere al acto de disposición del patrimonio del causante, a través de las asignaciones que hace el testador”⁵ (Ramírez, 2013, pág. 150)

De los dos autores citados, se colige que concuerdan entre sí, toda vez que coinciden que para la validez del testamento deben existir elementos específicos y particulares de la norma expresamente disponga, por lo cual es necesario que como elementos exista la voluntad del testador y la libre disposición de sus bienes.

Cabe indicar que, a más de los elementos objetivos y subjetivo, deben en igual sentido existir los requisitos de fondo y de forma los mismo que son derivados de los elementos anteriormente citado.

Requisitos de fondo

Se indica que los requisitos de fondo son las condiciones consideradas como indispensables para la válida celebración del testamento, siendo este la esencia propia de la celebración del acto jurídico, por tal el tratadista Ramírez C. indica que estos requisitos son:

1. **Capacidad.**- Para dilucidar acerca de la capacidad es necesario indicar que para Valleta M. es: “*la aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones, o en la facultad más o menos amplia de realizar actos válidos y eficaces en derecho.*”⁶ (Valleta, 2001, pág. 112).

De lo citado, se indica que la capacidad conlleva al suficiente ejercicio de derechos, obligaciones y responsabilidades de las personas, en tal sentido se excluye a los menores de edad, ebrios consuetudinarios, toxicómanos, disipadores y las demás personas incapaces establecidas por la ley.

⁵ Ramírez, C. (2013) Derecho Sucesorio. Instituciones y Acciones. Tomo I. Loja, Ecuador.

⁶ Valleta, M. (2001) Diccionario Jurídico. Buenos Aires, Argentina. Editorial Valleta.

2. **Consentimiento exento de vicios.**- Para la definición correspondiente del consentimiento Cabanellas G. dice: “*Es la manifestación de la voluntad, conforme entre la oferta y la aceptación, y uno de los requisitos esenciales exigidos por los códigos para los contratos.*”⁷ (Cabanellas, 2006, pág. 87)

Como indica el autor el consentimiento es el elemento fundamental para los contratos, si ben el testamento es un acto jurídico, dentro la doctrina europea es considerada como un contrato, no obstante, se indica que es fundamental el consentimiento para todos los actos que la ley provea.

3. **Objeto lícito.**- Es necesario indicar que en referencia al objeto lícito según Cabanellas G. es “*Todo lo que puede ser materia de conocimiento o sensibilidad de parte del sujeto, incluso este mismo, de la calidad mentada*”⁸

Como se ha citado, el objeto lícito es uno de los elementos fundamentales de todos los actos humanos, pues el hombre no actúa sino persiguiendo algo, alguna cosa, que aún la investigación es la disposición de los bienes del testador.

4. **Causa lícita.**- Para lo cual Valleta M. dice: “*aquella que no se opone en la ley.*”⁹ (Valleta, 2001, pág. 2001) por lo citado, se indica que la causa lícita está ajustada a las leyes y al orden público.

Requisitos de forma

Los requisitos de forma se comprende al conjunto de las prescripciones de ley respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto.

Se indica que el único requisito de forma del testamento es la solemnidad.

⁷ Cabanellas, G. (2006) Diccionario Jurídico Elemental. Bogotá, Colombia. Editorial Heliasta S.R.L.

⁸ Cabanellas, G. (2006) Diccionario Jurídico Elemental. Bogotá, Colombia. Editorial Heliasta S.R.L.

⁹ Valleta, M. (2001) Diccionario Jurídico. Buenos Aires, Argentina. Editorial Valleta.

Solemnidad.- Para Cabanellas G. al hablar de solemnidades indica: “*Requisitos legales para la prueba y eficacia de los contratos, testamento y demás actos jurídicos en que libertad de las personas no es completa.*”¹⁰ (Cabanellas, 2006, pág. 351.)

Se indica que en referencia a las solemnidades es el cumplimiento de los requisitos conforme a la ley, es decir es netamente el contenido íntegro del testamento.

El autor Ramírez C. indica que: “*el testamento debe cumplir dos solemnidades: a. debe otorgarse por escrito; b) debe perfeccionarse ante testigos*”¹¹ (Ramírez, 2013, pág. 154).

Por lo citado se debe recalcar que la solemnidad dentro del instrumento del testamento recae en el cumplimiento de mandato de ley y en igual sentido la notoriedad del acto dentro de la colectividad la misma que se perfecciona con la presencia de testigos, los mismo que pueden variar en cantidad según el instrumento público que se pretenda resolver.

Clases de Testamento

Para León R. indica que, en relación a las clases de testamento, existen dos tipos: “*a. solemnes, a los que algunos comentaristas llaman también comunes u ordinarios y, b. Menos solemnes o privilegiados.*”¹² (León, 2012, pág. 924).

1. **Testamento solemne.**- Como se ha indicado en líneas anteriores, una de las clases de testamento corresponde a los solemnes, siendo estos el testamento abierto o cerrado.

¹⁰ Cabanellas, G. (2006) Diccionario Jurídico Elemental. Bogotá, Colombia. Editorial Heliasta S.R.L.

¹¹ Ramírez, C. (2013) Derecho Sucesorio. Instituciones y Acciones. Tomo I. Loja, Ecuador.

¹² León, R. (2012) Procedimiento Notarial. Quito, Ecuador. Editorial Jurídica EL FORUM.

- a. **Testamento Abierto.**- También denominado como público, este tipo de testamento comprende en que el testador hace conocer sobre las disposición de sus bienes a través de testigos.
 - b. **Testamento Cerrado.**- También denominado secreto, este tipo de testamento es aquel en el que no es necesario que los testigos tengan conocimiento.
2. **Testamento menos solemne o Privilegiado.**- Otra clase de testamento, consiste en que pueden omitirse algunas solemnidades sustanciales, este tipo de testamentos son otorgados por personas que se encuentra sometidas a circunstancias determinadas por la ley.

El autor Ramírez C. en relación a los testamentos privilegiados indica que estos deben cumplir con las solemnidades comunes a los testamentos especiales siendo estos:

*“a. El testador declarará expresamente que su intención es testar; b. Las personas cuya presencia serán las mismas desde el principio hasta el final; c. El acto será continuo, o solo interrumpido en los breves intervalos que algún accidente lo exigiere; d. Debe otorgarse por escrito; e. Con la presencia de testigos que deben saber leer y escribir; f. Ante el empleado o funcionario que determine la ley.”*¹³
(Ramírez, 2013, pág. 176)

Como se ha citado, pese que en este tipo de testamento tiene menores exigencias de forma, debe cumplir por lo neos con las solemnidades comunes a todos los testamentos, como particularidad se indica que este tipo de testamento se puede otorgarlo en forma abierta o cerrada, toda vez que son instrumentos públicos que son otorgados ante personas facultades por la ley a más del fedatario público.

¹³ Ramírez, C. (2013) Derecho Sucesorio. Instituciones y Acciones. Tomo I. Loja, Ecuador.

Se indica que en este tipo de testamentos el Código Civil reconoce en dos clases:

- a. Testamento Militar.- Este tipo de testamento es suscrito por personal militar, otorgado ante Capital u oficial de grado superior, en tiempos de combate.
- b. Testamento Marítimo.- Este tipo de estamento es suscrito por personal de la marina, otorgado por individuos de la oficialidad a bordo de buque marino en tiempos de combate.

Nulidad del Testamento

El testamento conforme se ha estudiado es un acto jurídico unilateral y solemne, y por ello las nulidades testamentarias están comprendidas en las nulidades establecidas por el Código Civil para los actos y contratos, en la tal sentido el autor Ramírez C. indica que conlleva a la nulidad del testamento: “1) *la falta de capacidad legal*, 2) *de un consentimiento viciado*, 3) *o por fundarse en objeto o causa ilícitos*, 4) *o por la omisión de algún requisito que la ley prescribe para el valor del acto.*”¹⁴ (Ramírez, 2013, pág. 171)

De lo citado se colige que, el testamento debe cumplir con los requisitos tanto de fondo y de forma, caso contrario la falta de uno de estos, impide el perfeccionamiento de la voluntad de la libre disposición de los bienes del testador y por tal el instrumento público, por tal.

Según el tratadista O'Callaghan X. al referirse a la nulidad indica que: “*la nulidad implica un defecto o vicio concurrente en el otorgamiento del testamento,*

¹⁴ Ramírez, C. (2013) Derecho Sucesorio. Instituciones y Acciones. Tomo I. Loja, Ecuador.

*que determina su invalidez y, por ende, su carencia de efectos jurídicos.”*¹⁵
(O'Callaghan, 2012, s/p)

Como ha indicado el autor, a la falta de cumplimiento estricto de solemnidades sustanciales el instrumento público carece de validez y consecuentemente lo expresado dentro del mismo no tiene validez alguna.

En conclusión, las nulidades testamentarias pueden tener su origen en los vicios o falta de cumplimiento de los requisitos de fondo o internos, como son la capacidad, consentimiento, objeto lícito y causa lícita, o en la omisión de requisitos de forma o externos.

Es una sanción genérica de ineficacia o falta de valor legal, para los actos jurídicos celebrados con violación o defectos de las normas y solemnidades por la ley, o con la finalidad reprobada, o con causa ilícita.

Nulidad absoluta del testamento

Se dará en los casos en que hay que considerar el testamento inexistente por falta de alguno de sus requisitos esenciales.

Son causas de nulidad total:

Falta de capacidad para testar.- Son nulos los testamentos otorgados por personas incapaces para testar.

- Los menores de catorce años de uno y otro sexo.
- El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.
- Testamento otorgado con infracción de prohibiciones legales:

¹⁵ O'Callaghan, X. (2012) Compendio de Derecho Civil Tomo V. Madris, España. Editorial Centro de Estudios Ramon Areces S.A. Recuperado de: <https://books.google.com.ec/books?id=4KzEDAAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>

Testamento mancomunado.- No podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero.

Testamento por comisario.- El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario. Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente.

Falta de solemnidades establecidas por la ley son:

Anulabilidad o Nulidad relativa del testamento.- En este caso, y aun cuando le falten requisitos, el testamento sigue siendo válido, mientras no se declare su nulidad en este caso puede ser si el testamento se otorgó con violencia, dolo o fraude.

La acción de nulidad de un testamento y efectos.- Se trata de una acción que se ejercita (demanda que se interpone) por un abogado ante los Tribunales a instancias de cualquier perjudicado por un testamento en el que concurran las causas de nulidad o anulabilidad anteriormente citadas.

La acción (demanda) puede dirigirse contra otros herederos o legatarios (depende de los casos).

Si la nulidad llega a declararse, sus efectos serán:

- La cesación de efectos del testamento, o de las cláusulas del mismo objeto de anulación.

Esto implicará, o bien la validez del testamento anterior válido, o la apertura de la sucesión intestada.

- La declaración de nulidad surtirá efectos incluso contra terceros, aunque éstos no hubieren litigado.
- El causante de la amenaza, dolo o fraude incurre en indignidad para suceder y el Notario que lo otorgó será responsable de los daños y perjuicios que sobrevenga, si obró con malicia, ignorancia o negligencia inexcusables.
- El testamento cerrado nulo por falta de formalidades establecidas en su otorgamiento, será sin embargo válido como testamento ológrafo, si todo él estuviere escrito y firmado por el testador y tuviere las demás condiciones propias de éste testamento.

CAPITULO II

DESARROLLO LEGAL

Para abordar este capítulo es de referencia obligada el hacer mención a la Constitución de la República del Ecuador, ya que en ella se encuentran contenidos los derechos de protección y de libertad de las personas y naturalmente dentro de ellos los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

Estos derechos consagrados en la Constitución de la República del Ecuador referentes al acceso a la administración de justicia, son la piedra angular que garantiza que toda persona pueda acudir al órgano de justicia con el objeto de hacer valer, respetar, garantizar o tutelar el ejercicio de sus derechos, entre los que se encuentran los derechos sucesorios.

Constitución de la República del Ecuador 2008

Según el artículo 11.3 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) prevé: *“El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: ... Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte...”*¹⁶

En este caso, el derecho de las personas a la sucesión por causa de muerte debe estar debidamente garantizado por todo funcionario público y con mayor razón por los funcionarios que administran justicia, quienes deben velar por la directa e inmediata aplicación y reconocimiento de los derechos.

¹⁶ Constitución de la República del Ecuador. Art. 11.3. Registro Oficial 449, Quito, 20 de octubre de 2008.

El artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) determina que: *“Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión...”*¹⁷, el cual va de la mano con lo indicado anteriormente, es decir, el acceso constitucional a la justicia con el fin de solicitar por medio del ente administrador respectivo, que sus derechos sucesorios no se vean conculcados al transgredirse las disposiciones legales en la redacción de un testamento.

Por su parte, el artículo subsiguiente de la Constitución de la República del Ecuador (2008) manifiesta:

*“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: ... c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. (...) h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra. m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”*¹⁸

Este articulado trae a referencia varias situaciones que enmarcan el reconocimiento de los derechos sucesorios, como lo serían el derecho a ser escuchado y presentar en su debida oportunidad los argumentos de los que una persona se halle o considere asistida para hacer valer sus derechos de herencia y que en caso de que la administración de justicia, en su instancia pertinente no satisfaga los mismos, se garantiza el derecho de recurrir del fallo para ante el

¹⁷ Constitución de la República del Ecuador. Art. 75. Registro Oficial 449, Quito, 20 de octubre de 2008.

¹⁸ Constitución de la República del Ecuador. Art. 76. Registro Oficial 449, Quito, 20 de octubre de 2008.

inmediato superior, donde de igual forma se debe garantizar el reconocimiento y tutela judicial.

Pero para que se de este acceso a la justicia sea efectivo y eficaz deben existir los parámetros legales para que el mismo tenga el éxito deseado y ello se consigue cuando existe seguridad jurídica que se refleja en lo que la Constitución de la República del Ecuador (2008) prevé manifiesta al disponer que: *“El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”*¹⁹, lo que implica que este acceso a la justicia debe estar enmarcado en leyes, normas o disposiciones legales y reglamentarias anteriores a los hechos.

Finalmente, en el artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) establece que: *“El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.”*²⁰

Este articulado establece que el sistema procesal es el medio idóneo para la realización de la justicia, en el mismo que debe primar la eficacia, celeridad y sobretodo garantizarse el debido proceso, que no es otra cosa que el conjunto de actuaciones procesales que garantizan el derecho a la defensa de las partes en conflicto.

Código Civil

Este cuerpo legal reúne en su libro tercero todo lo relacionado a la sucesión por causa de muerte y constituye el pilar fundamental en el cual se debe sustentar toda

¹⁹ Constitución de la República del Ecuador. Art. 82. Registro Oficial 449, Quito, 20 de octubre de 2008.

²⁰ Constitución de la República del Ecuador. Art. 169. Registro Oficial 449, Quito, 20 de octubre de 2008.

reclamación, contradicción o derecho que una persona alegue respecto de los bienes dejados por su predecesor.

Si bien este libro del Código Civil, es extenso, para el tema de esta monografía se analizan los artículos pertinentes referentes a la nulidad testamentaria, de tal suerte que no exista confusión entre otras muchas instituciones que son regladas por aquel.

Clases de Sucesiones

De acuerdo con el artículo 994 Código Civil (2005), *“Si se sucede en virtud de un testamento, la sucesión se llama testamentaria; y si en virtud de la ley, intestada o abintestato. La sucesión en los bienes de una persona puede ser, parte testamentaria, y parte intestada.”*²¹

De esta disposición se establece que existen tres formas de sucesiones, a saber: 1).- la sucesión testada, que es aquella que proviene de un testamento, es decir, de la última voluntad del testador; 2).- la intestada, que es aquella en la que no existe testamento y que sus disposiciones se basan en la ley; y, 3) la mixta, que es aquella que en parte testada y en parte intestada.

Testamento: Concepto.-

El artículo 1037 Código Civil (2005) manifiesta: *“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.”*²²

De este concepto se pueden extraer varios elementos de lo que es un testamento y que son:

²¹ Código Civil. Art. 994. Registro Oficial Suplemento 46, Quito, 24 de junio de 2005.

²² Código Civil. Art. 1037. Registro Oficial Suplemento 46, Quito, 24 de junio de 2005.

- **Es un acto:** Esto quiere decir, que es obra de una persona con conciencia y voluntad;
- **Más o menos solemne:** Ya que no todos los testamentos requiere de las solemnidades que la ley prescribe y ocurre principalmente en el caso de testamento otorgado solo ante testigos;
- **Una persona dispone de sus bienes:** ya sea en todo o en parte;
- **Efecto:** Este testamento tiene efecto única y exclusivamente después de muerto el testador, no antes, salvo en el caso de reconocimiento de hijos.
- **Facultad:** el testador no obstante realizado el testamento conserva la facultad de poder revocar el mismo, claro está, mientras viva

Quienes no pueden otorgar Testamento.

Según el artículo 1043 del Código Civil (2005) dispone que no puedan otorgar testamento las siguientes personas:

1. *El menor de dieciocho años;*
2. *El que se hallare en interdicción por causa de demencia;*
3. *El que actualmente no estuviere en su sano juicio, por ebriedad u otra causa; y,*
4. *El que de palabra o por escrito no pudiere expresar su voluntad claramente.”²³*

Esto quiere decir, que fuera de éstas personas, todas las demás son hábiles para otorgar testamento. En el caso del menor de edad y de los interdictos obviamente ya que no tiene la libre administración de sus bienes, pero la ley dispone además que no son hábiles los que no se hallan en sano juicio, cosa diferente a la demencia, ya que de la lectura de la disposición, se trataría de personas que por otra causa se hallan fuera del uso de la razón; y, finalmente los que no pueden expresar su voluntad claramente, lo que quiere decir, que si la persona es sorda, ciega o se comunica por señas si puede otorgarlo siempre y cuando sepa expresar su voluntad por rescrito o verbalmente.

²³ Código Civil. Art. 1043. Registro Oficial Suplemento 46, Quito, 24 de junio de 2005.

Pero si la persona se encuentra en dichos estados antes o después del testamento, la ley dispone que el mismo sea válido si se lo redactó estando el testador en pleno juicio o uso de su razón aunque la haya perdido posteriormente lo que nos indica que la validez o nulidad de un testamento depende de cuando fue otorgado.

Clases de Testamentos

La ley establece varias clases de testamentos que son:

Testamento Solemne.-

El artículo 1046 del Código Civil (2005) “*Testamento solemne es aquel en que se han observado todas las solemnidades que la ley ordinariamente requiere*”.²⁴

Este tipo de testamentos a su vez pueden ser abiertos o nuncupativos o cerrados y son: “*Testamento abierto, nuncupativo o público es aquel en que el testador hace sabedores de sus disposiciones a los testigos; y testamento cerrado o secreto es aquel en que no es necesario que los testigos tengan conocimiento de ellas.*”²⁵, de esto se determina que en el primero sus disposiciones son conocidas y públicas; en tanto que en el segundo sus disposiciones son ocultas al conocimiento inclusive del Notario.

Requisitos del testamento solemne.

De la revisión de la ley se pueden establecer los siguientes requisitos:

- El testamento solemne es siempre escrito, ya sea abierto o cerrado;
- En el testamento abierto, el testador hace sabedores de sus disposiciones al juez, notario, si lo hubiere, y a los testigos.

²⁴ Código Civil. Art. 1046. Registro Oficial Suplemento 46, Quito, 24 de junio de 2005.

²⁵ Código Civil. Art. 1046. Registro Oficial Suplemento 46, Quito, 24 de junio de 2005.

- El testamento **solemne abierto**, según el artículo 1052 del Código Civil (2005) dice: “*En el Ecuador, debe otorgarse ante notario y tres testigos, o ante cinco testigos. Podrá hacer las veces de notario un juez de lo civil, cuya jurisdicción comprenda el lugar del otorgamiento*”;²⁶ esto quiere decir, que dicho testamento se lo puede hacer ante notario o juez, con el mismo valor legal y en caso de no haber dichos funcionarios, ante cinco testigos.
- En el testamento **solemne cerrado** el testador presenta al notario y testigos una escritura cerrada, declarando que en aquella escritura se contiene su testamento. En este caso, el testador trae su propio testamento ya redactado y cerrado y lo que presencian el juez y los testigos es el hecho de que dicha persona indica que allí se halla su testamento.

Testamento Menos Solemne.-

No es frecuente y es casi raro y se lo conoce también como testamento privilegiado según el artículo 1046 del Código Civil (2005) es aquel: “*en que pueden omitirse algunas de estas solemnidades, por consideración a circunstancias particulares, determinadas expresamente por la ley*”²⁷, entre éstos se puede citar a los marítimos y a los militares, que debido a ciertas circunstancias se los hace en campos de batalla, en buques de guerra, etc.

Contenido del Testamento.

Todo testamento debe contener según el artículo 1054 del Código Civil (2005) indica:

- El nombre, apellido y nacionalidad del testador; el lugar de su nacimiento; su domicilio; su edad;
- La circunstancia de hallarse en su entero juicio;

²⁶ Código Civil. Art. 1052. Registro Oficial Suplemento 46, Quito, 24 de junio de 2005.

²⁷ Código Civil. Art. 1046. Registro Oficial Suplemento 46, Quito, 24 de junio de 2005.

- Los nombres de las personas con quienes hubiese contraído matrimonio, de los hijos habidos en cada matrimonio, de los hijos del testador, con distinción de vivos y muertos;
- El nombre, apellido y domicilio de cada uno de los testigos.
- Se expresarán el lugar, día, mes y año del otorgamiento; y,
- El nombre y apellido del notario, si lo hubiere.
- Asignaciones testamentarias.

Procedimiento para el otorgamiento de un Testamento

Para el otorgamiento de un testamento de debe seguir el siguiente procedimiento:

Testamento Abierto.

El artículo 1055 del Código Civil (2005) indica:

- a).- “El testamento abierto podrá haberse escrito anticipadamente.*
- b).- Debe ser todo él leído en alta voz por el notario, si lo hubiere, o a falta de notario, por uno de los testigos, designado por el testador a este efecto.*
- c).- Mientras el testamento se lee, estará el testador a la vista, y las personas cuya presencia es necesaria oirán todo el tenor de sus disposiciones*
- d).- Terminará el acto por las firmas del testador y testigos, y por la del notario, si lo hubiere. Si el testador no supiere o no pudiere firmar, se mencionará en el testamento esta circunstancia, expresando la causa.*
- e).- Si se hallare alguno de los testigos en el mismo caso, otro de ellos firmará por él, y a ruego suyo, expresándolo así.”²⁸*

En éstas disposiciones se encuentra la forma de otorgar un testamento solemne abierto, el cual puede ser escrito de antemano no siendo necesario llegar a redactarlo ante el Notario, ya que lo común es que se lleve la minuta redactada por el abogado

²⁸ Código Civil. Art. 1055. Registro Oficial Suplemento 46, Quito, 24 de junio de 2005.

de confianza del testador para luego solemnizarlo en la Notaría con las solemnidades propias de esta clase de instrumentos.

En el caso de una persona ciega el artículo 1057 del Código Civil dispone que:

*“Su testamento será leído en alta voz dos veces; la primera por el notario o empleado, y la segunda por uno de los testigos, elegido al efecto por el testador. Se hará mención especial de esta solemnidad en el testamento”.*²⁹

Esto con el objeto de dar garantía a la persona ciega de que sus disposiciones testamentarias son la que aquella quiso que consten en el testamento, de ahí que el mismo sea leído en dos ocasiones y en voz alta, para que no exista duda del contenido del mismo.

El artículo 1058 del Código Civil prevé: *“Si el testamento no ha sido otorgado ante notario, o ante un juez de primera instancia, sino ante cinco testigos, será necesario que se proceda a su publicación.”*³⁰

Como se aprecia, en el caso de que el testamento no se lo haya otorgado ante notario o juez y tres testigos, como dispone la ley, es necesario que se proceda a la publicación de dicho testamento de manera previa a la ejecución del mismo, esto con el objeto de que el juez mande a reconocer a los testigos que presenciaron el testamento sus firmas y las del testador, hecho lo cual se envía el documento, una vez firmado por el juez, a un Notario para que lo incorpore en los protocolos de la Notaría.

Testamento Cerrado

En el caso de este testamento, el procedimiento según el artículo 1061 del Código Civil (2005) se enmarca en lo siguiente:

²⁹ Código Civil. Art. 1057. Registro Oficial Suplemento 46, Quito, 24 de junio de 2005.

³⁰ Código Civil. Art. 1058. Registro Oficial Suplemento 46, Quito, 24 de junio de 2005.

- *“El testamento deberá estar escrito o a lo menos firmado por el testador.*
- *La cubierta del testamento estará cerrada o se cerrará exteriormente, de manera que no pueda extraerse el testamento sin romperla.*
- *Queda al arbitrio del testador poner un sello o marca, o emplear cualquier otro medio para la seguridad de la cubierta. (lo que antiguamente se conocía como lacrado)*
- *El notario expresará en la cubierta, bajo el título testamento, la circunstancia de hallarse el testador en su sano juicio; el nombre, apellido y domicilio del testador y de cada uno de los testigos; y el lugar, día, mes y año del otorgamiento.”*
- *Termina el otorgamiento por las firmas del testador y de los testigos, y por la firma y signo del notario, sobre la cubierta.*³¹

Se debe indicar que durante el otorgamiento del testamento cerrado deben estar presentes, el testador, el Notario, y los testigos, y no habrá interrupción alguna, salvo casos excepcionales.

En esta clase de testamentos, al igual que en el testamento otorgado ante cinco testigos se debe proceder, previo a su apertura y ejecución, al reconocimiento de firmas y rubricas, ya que el artículo 1063 del Código Civil indica que:

*“El testamento cerrado, antes de recibir su ejecución, será presentado al juez. No se abrirá el testamento sino después que el notario y testigos reconozcan ante el juez su firma y la del testador, declarando, además, si en su concepto está cerrado, sellado o marcado como en el acto de la entrega.”*³²

Este reconocimiento de sus firmas y rubricas la deben hacer, el Notario y los testigos, quienes además reconocerán que la firma que consta en la pasta era del testador y que dicho documento se encuentra sellado.

³¹ Código Civil. Art. 1061. Registro Oficial Suplemento 46, Quito, 24 de junio de 2005.

³² Código Civil. Art. 1063. Registro Oficial Suplemento 46, Quito, 24 de junio de 2005.

Asignaciones Testamentarias

En el caso de estas sucesiones, se dan dos casos:

- 1) Cuando el testador es soltero y no tiene hijos.
- 2) Cuando el testador tiene cónyuge, hijos o padres.

- En el primer caso, el testador puede disponer del patrimonio en su totalidad a su querer. Esto quiere decir, que el testador al ser soltero no tiene limitación alguna en la forma cómo puede disponer de sus bienes, ya que no existen herederos forzosos a quienes la ley imponga al testador la obligación de entregar su patrimonio.

- En el segundo caso, este querer está limitado a solo la cuarta parte de todos sus bienes, llamada cuarta de libre disposición; en tanto que las otras tres cuartas, servirán para las asignaciones forzosas.

Al hablar de la cuarta de libre disposición, la ley indica que es ese monto de su patrimonio el cual el testador puede disponer libremente a su arbitrio y ser entregado a cualquier persona, la cual puede ser perfectamente un familiar cercano, un amigo y porque no, a sus propios herederos en derecho.

Asignaciones forzosas.-

De acuerdo con el artículo 1194 del Código Civil (2005), las asignaciones forzosas son aquellas que:

“...el testador está obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aún con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas.

Asignaciones forzosas son: 1. La porción conyugal; 2. Las legítimas; y, 3. La cuarta de mejoras, en las sucesiones de los descendientes.”³³

³³ Código Civil. Art. 1194. Registro Oficial Suplemento 46, Quito, 24 de junio de 2005.

Es decir, que la ley indica que el testador en su testamento debe necesariamente realizar este tipo de asignaciones para la completa validez de su testamento, desde el punto de vista de la distribución de sus bienes y que si no las realiza, el mismo puede ser nulificado por falta de las mismas.

1.- La porción conyugal.-

El artículo 1196 del Código Civil (2005) determina que: *“Porción conyugal es la parte del patrimonio de una persona difunta, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente, que carece de lo necesario para su congrua sustentación.”*³⁴

Al referirse a la porción conyugal, se debe entender que la misma es anterior al reparto de los bienes por parte del testador, ya que se trata de una deducción previa que la ley impone en favor del cónyuge que carece de lo necesario para su sustento, es decir, que si el cónyuge sobreviviente si posee bienes, no tendrá derecho a la misma o tan solo a su complemento

Monto.-

Esta porción conyugal equivale a la cuarta parte de los bienes del difunto y se entrega al cónyuge a manera de donación revocable, herencia testamentaria o legado, tratándose de este tipo de sucesiones testamentarias.

Se debe considerar que - Si la donación, herencia o legado excede a la cuarta parte de la porción conyugal: se imputará a la cuarta de libre disposición del testador, para que surta efecto la asignación.

Si ésta donación, herencia o legado excede aún a la libre disposición y compromete a las legítimas y a la cuarta de mejoras, el testamento tendrá que reformarse necesariamente

³⁴ Código Civil. Art. 1196. Registro Oficial Suplemento 46, Quito, 24 de junio de 2005.

2.- Las legítimas.

Es la porción de los bienes que se entrega a los legitimarios, que de acuerdo con el artículo 1295 del Código Civil (2005) son: “*Son legitimarios: 1. Los hijos; y, 2. Los padres.*”³⁵

Monto.-

El artículo 1207 del Código Civil (2005) determina que comprende: “*La mitad de los bienes, previas las deducciones..... las que... se dividirá por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios,...*”³⁶

Esto quiere decir, que la mitad de los bienes del testador será entregada a los legitimarios, excluyendo los hijos a los padres.

Del monto restante indica el artículo 1207 del Código Civil (2005) dice que:

*“Habiendo tales descendientes, la masa de bienes, previas las referidas deducciones y agregaciones, se dividirá en cuatro partes: dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigurosas; una cuarta, para las mejoras con que el difunto haya querido favorecer a uno o más de sus descendientes, sean o no legitimarios; y otra cuarta, de que ha podido disponer a su arbitrio.”*³⁷

Es decir, de aquí nacen la cuarta de mejoras y la cuarta de libre disposición.

3.- Cuarta de mejoras

El artículo 1218 del Código Civil (2005) dispone que: “*De la cuarta de mejoras puede hacer el donante o testador la distribución que quiera entre sus*

³⁵ Código Civil. Art. 1295. Registro Oficial Suplemento 46, Quito, 24 de junio de 2005.

³⁶ Código Civil. Art. 1207. Registro Oficial Suplemento 46, Quito, 24 de junio de 2005.

³⁷ Código Civil. Art. 1207. Registro Oficial Suplemento 46, Quito, 24 de junio de 2005.

*descendientes mencionados en el Art. 1026. Podrá, pues, asignar a uno o más de esos descendientes toda la cuarta, con exclusión de los otros.”*³⁸, es decir, que el testador puede asignar esta parte de sus bienes a uno o más de sus descendientes, excluyendo a los otros, y en caso de no existir descendientes puede disponer libremente de aquella parte.

4.- Cuarta de libre disposición

Es aquella parte de los bienes que el testador puede disponer libremente, sin restricción alguna.

Nulidad del Testamento.

En cuanto a la nulidad de un testamento la ley establece varias causas para la nulidad del mismo, a saber:

1.- El artículo 1064 del Código Civil (2005) dispone que: *“El testamento solemne, abierto o cerrado, en que se omitiere cualquiera de las formalidades a que deba respectivamente sujetarse, según los artículos precedentes, no tendrá valor alguno.”*³⁹

La ley dispone que en caso de omitirse alguna formalidad, el testamento es nulo, pero sin embargo, la misma ley indica posteriormente que, no será nulo si a pesar de que no conste el nombre del testador, Notario o testigos, no hay duda respecto de la identidad del Notario, testador y de los testigos, lo que permite otorgar validez a un acto testamentario en el cual no haya duda de los intervinientes en el mismo.

2.- De igual manera y refiriéndose a quienes pueden otorgar testamento, el artículo 1044 del Código Civil dispone que:

³⁸ Código Civil. Art. 1218. Registro Oficial Suplemento 46, Quito, 24 de junio de 2005.

³⁹ Código Civil. Art. 1064. Registro Oficial Suplemento 46, Quito, 24 de junio de 2005.

*“El testamento otorgado durante la existencia de cualquiera de las causas de inhabilidad expresadas en el artículo precedente es nulo, aunque posteriormente deje de existir la causa. Y por el contrario, el testamento válido no deja de serlo por el hecho de sobrevenir después alguna de estas causas de inhabilidad.”*⁴⁰

De lo antes señalado, se indica que para la validez del testamento depende del estado mental y de la voluntad que tuvo en ese entonces el testador, para lo cual se tomará en cuenta la época en la que fue redactado el testamento para determinar su validez o no.

3.- Finalmente el artículo 1045 del Código Civil (2005) indica que: *“El testamento en que de cualquier modo haya intervenido la fuerza, es nulo en todas sus partes.”*⁴¹, lo cual tiene su razón de ser, ya que al ser un testamento un acto libre y voluntario, el mismo debe ser nulo, si en su redacción ha intervenido la fuerza.

⁴⁰ Código Civil. Art. 1044. Registro Oficial Suplemento 46, Quito, 24 de junio de 2005.

⁴¹ Código Civil. Art. 1045. Registro Oficial Suplemento 46, Quito, 24 de junio de 2005.

CAPÍTULO III

DESARROLLO CASUÍSTICO

CASO No. 105 2007

UNIDAD JUDICIAL DE LO CIVIL DEL DISTRITO DE QUITO

ACTORA: LAURA RAQUEL HERDOÍZA MERA Y MAGALENA ELISA HERDOÍZA MERA

DEMANDADO: NELSON HERDOÍZA MERA, WILSON HERDOÍZA MERA Y ARNOLDO HERDOÍZA MERA

1.- Factor de análisis de los hechos. -

Laura Raquel Herdoíza demanda al señor Nelson Marcelo Herdoíza Mera, Wilson Fernando Herdoíza Mera y Rubén Arnoldo Herdoíza Mera, quienes manifiestan que con las partidas de nacimiento que acompañan se acreditan que sus mandatarias son legítimas hijas de quien en vida fue Laura Enriqueta Mera Reyes, viuda de Herdoíza, quien falleció en la ciudad de Quito conforme la partida de defunción que adjunta.

Según el testamento abierto que la señora Laura Enriqueta Mera Reyes había realizado en una de las notorias del cantón Quito y protocolizado el día 5 de julio del 2002, se desprende que las mandatarias son hijas de Laura Mera Reyes quien por sus propios derechos y hallándose en cabal juicio, otorgó testamento solemne abierto, por el que la madre dispone “a favor de las hijas mujeres, y de acuerdo con

la voluntad anterior del padre la cuarta de mejoras y de libre disposición, y con la presencia de testigos idóneos que estuvieron en la aceptación, cuyo documento desprende que se nombró como Albacea al Dr. Jorge Mera Vergara reuniendo todos los requisitos de ley, este testamento fue comunicado por parte de la madre de los mandatarios a todos sus hijos quienes expresaron su complacencia en tal virtud que nunca fue impugnado

Resulta que el día 14 de Julio del 2003 Raquel y Magdalena se enteraron que su señora madre había realizado un nuevo testamento a pedido de sus hermanos varones ante una notaría de la ciudad de Quito con fecha 19 de julio de 2002, testamento que del cual tenían total desconocimiento de la voluntad de su padre como su madre en lo referente a los derechos determinados en el primer testamento para sus hijas deduciendo por el tiempo transcurrido que se mantuvo en estricto secreto este nuevo testamento, con claro afán de sorprender mediante evidente pretensión colusoria a tal punto que se nombra como albacea a su propio hermano Nelson Marcelo Herdoíza Mera lo que es algo ilegal a quien se le designa para la tenencia y administración de los bienes en su totalidad. Preocupados y sorprendidos ante tal situación procedieron preguntarles a la señora madre de las mandatarias si había efectuado dicho acto, la que le supo manifestar que no recuerda haber testado, peor firmado algún documento puesto que ya en el testamento anterior se encuentra todas las formalidades contempladas en expreso deseo de consuno de su esposo fallecido, como de ella, y esa era la decisión tomada con el efecto definitivo y por vida.

2.- Factor de Análisis Legal.

El presente caso el análisis legal tiene relación con el Art 1046 del Código Civil indica que el Testamento *abierto, nuncupativo o público es aquel en que el testador hace sabedores de sus disposiciones a los testigos; y testamento cerrado o secreto es aquel en que no es necesario que los testigos tengan conocimiento de ellas.* ” Esto denota que el testamento abierto realizado por segunda ocasión no reúne todos los requisitos como testamento abierto ya que no hubo conocimiento de este acto

desconociendo tal hecho por tal razón no debería ser válido ya que incluso se nombra como Albacea al mismo hermano para que administre y guarde los bienes

Según el Art. 1047 del Código Civil indica que en el testamento abierto - *La apertura y publicación del testamento se harán ante el juez del último domicilio del testador, sin perjuicio de las excepciones que a este respecto establezcan las leyes.*

El Art. 1054 del Código Civil indica que. - *En el testamento se expresarán el nombre, apellido y nacionalidad del testador; el lugar de su nacimiento; su domicilio; su edad; la circunstancia de hallarse en su entero juicio; los nombres de las personas con quienes hubiese contraído matrimonio, de los hijos habidos en cada matrimonio, de los hijos del testador, con distinción de vivos y muertos; y el nombre, apellido y domicilio de cada uno de los testigos.*

Por lo que en esta causa se establece que la madre nunca había emitido un segundo testamento, peor aún haber firmado cualquier documento por lo que no se hallaba en su entero juicio.

En la contestación de la demanda los demandados alegan falta de legitimo contradictor según consta el Art 719 Numeral 2 que indica que *“Para que los fallos de que se trata en el artículo precedente, surtan los efectos que en él se designan, es necesario Que se hayan pronunciado con legítimo contradictor”*

En el presente caso solo se demandó a los hermanos más no a la autoridad ante quien se otorgó por segunda ocasión el testamento abierto.

3. Factor de análisis Probatorio

En esta demanda se presentan las siguientes pruebas:

- Copias de cédulas de los actores y demandados

- Los testamentos abiertos los cuales son motivo de esta consigna
- Declaración tanto de la parte actora y de la demandada
- Testigos
- Certificados de defunción.
- Procuraciones judiciales a favor del Dr. Diego Hernán Pazmiño para que en representación proponga demandas o acciones civiles mercantiles, penales a favor de Laura Herdoíza Mera.

4. Factor de análisis de Sentencia

En este factor de sentencia hay que tomar en cuantos tres aspectos importantes que por el aspecto considerativo, expositivo y resolutivo.

Parte expositiva: El juez enuncia todos los hechos que motivaron la presente demanda que tiene por objeto que se declare la nulidad de testamento abierto dejado por la señora causante, ya que la actora Laura Elizabeth Herdoíza Mena considera que es ilegal ya que ella no tenía conocimiento de éste y que incluso la madre manifestaba que jamás realizó un nuevo testamento.

Parte considerativa: El juez de la causa en varios considerando declara la validez del proceso; se determinan todas las bases legales aplicables a la nulidad del testamento; se hace un análisis de todas las pruebas presentadas, incluyéndose los poderes y procuraciones judiciales que se presentaron dentro del juicio, ya que la parte demanda alega que no son amplios y suficientes, alegando además que existe la falta de legitimo Contradictor.

Parte resolutive: Una vez analizada la prueba presentada por parte de los sujetos procesales y comparándola con los hechos sometidos a decisión judicial, el juez administrando Justicia desestima la demanda por cuanto se ha incurrido en una falta de legitimo contradictor, ya que en el libelo de la demanda, no se ha demandado a todos aquellos a quienes se debía demandar, aceptando con ello la excepción planteada por la parte demandada.

**DEMANDA DE NULIDAD DE TESTAMENTO APLICANDO LAS
NORMAS DE CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.**

**SEÑOR JUEZ DE LA UNIDAD JUDICIAL DE LA FAMILIA, MUJER,
NIÑEZ Y ADOLESCENCIA CON SEDE EN EL CANTÓN RIOBAMBA**

INTRIAGO PÁRRAGA GALO BAIRO, de 45 años de edad, casado, portador de la cedula de ciudadanía 0506987465, de ocupación comerciante, domiciliado en la calle Lizarzaburo No. 23 y Retamas de la ciudad Riobamba, cantón Riobamba, provincia de Chimborazo, sin correo electrónico, con casillero judicial Nro. 66 y correo electrónico viniciovalle@yahoo.es, ante usted comparezco con la siguiente demanda de nulidad de testamento al tenor siguiente:

DEMANDADOS.

Los demandados responden a los nombres de:

ADRIANA INTRIAGO PÁRRAGA, a quienes se les citará con al presente demanda en la calle Río Cutuchi No. 34 de esta ciudad de Riobamba; DR. CARLOS COELLO, Notario Tercero del cantón Riobamba, a quien se le citará con esta demanda en el edificio Brisas situado en la calle Heraldo y El Comercio, de esta ciudad de Riobamba.

Acompaño un croquis de las direcciones que he señalado, debiendo indicar que desconozco sus correos electrónicos.

NARRACION DE LOS HECHOS.

1.- Mi madre que en vida se llamó Carla Párraga a su fallecimiento y sin que haya conocido nada el compareciente, había otorgado el 23 de marzo del año 2017 un testamento solemne abierto, en la Notaría Tercera del cantón Riobamba a cargo del Dr. Carlos Coello, en el cual procedía a repartir los bienes adquiridos por ella a lo

largo de su vida, consistentes básicamente en menaje de hogar, algo de dinero y una casa situada en esta ciudad de Riobamba.

2.- Resulta señor Juez, que en dicho testamento mi madre deja a mi hermana Adriana Intriago, la totalidad de dicha casa, argumentando que ella le ha cuidado y socorrido en su enfermedad, lo cual desde ya indico que es falso.

3.- Lo que llama la atención, señor juez, a más del hecho de desconocerse de la existencia de este testamento, es que mi madre aproximadamente dos años antes del otorgamiento de dicho testamento, es decir, por mediados del año 2015, fue diagnosticada con demencia senil, lo que le impedía realizar todo tipo de actos o contratos y peor aún el otorgar un testamento, lo que motivó a que se le siguiera un juicio de interdicción, en el cual se nombró precisamente a mi hermana Adriana Intriago Párraga como curadora.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.- La demanda la fundamento en el Artículo 1043 del Código Civil vigente.

ANUNCIO DE PRUEBA.

Para acreditar y demostrar los hechos, anuncio los siguientes medios de prueba que se producirán en la audiencia respectiva.

1.- Copia certificada del testamento solemne abierto supuestamente otorgado por mi madre señora Carla Párraga de fecha 23 de marzo del año 2017 en la Notaría Tercera del cantón Riobamba a cargo del Dr. Carlos Coello.

2.- Copias certificadas del juicio de interdicción seguido en contra de mi madre por motivo de demencia senil.

3.- Que se reciba la declaración de parte de mi hermana Adriana Intriago Párraga, la cual responderá mediante el interrogatorio que en forma verbal se hará por intermedio de mi abogado defensor al momento mismo de la audiencia, sobre el hecho del otorgamiento del testamento.

4.- Que se reciba la declaración testimonial del señor Dr. CARLOS Coello, Notario Tercero del cantón Riobamba, el cual responderá mediante el interrogatorio que en

forma verbal se hará por intermedio de mi abogado defensor al momento mismo de la audiencia, sobre el hecho del otorgamiento del testamento.

PRETENCIÓN.

1.- Que se declare la nulidad absoluta del testamento antes referido, volviendo las cosas al estado anterior y disponiendo que mi hermana devuelva aquellos bienes de los que haya ya usufructuado o su correspondiente valor en dinero.

2.- Reclamo además el pago de los daños y perjuicios, así como el pago de costas procesales y honorarios de la defensa.

CUANTÍA

De acuerdo con el Art. 144 numeral 6 del COGEP, la cuantía por su naturaleza es indetermina

PROCEDIMIENTO

La presente demanda se tramitará mediante procedimiento Ordinario conforme los Arts. 289 290 y siguientes del COGEP.

DOCUMENTOS QUE SE ADJUNTA A LA DEMANDA

A la presente demanda se agregan los siguientes documentos:

- 1.- Copia de la Cédula de ciudadanía y papeleta de votación del accionante
- 2.- Copia de la credencial del abogado defensor

Designo como mi abogado defensor al Dr. Vinicio Valle profesional del derecho a la que faculto para que con su sola firma presente todo escrito que fuere necesario en mi defensa, y las notificaciones que me corresponda las recibiré en el casillero Nro. 765 y correo electrónico viniciovalle@yahoo.es.

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE NULIDAD DE TESTAMENTO

SEÑOR JUEZ DE LA UNIDAD JUDICIAL DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA CON SEDE EN EL CANTÓN RIOBAMBA

ADRIANA INTRIAGO PÁRRAGA, portadora de la cedula de ciudadanía N.- 180567465, de estado civil casada de 50 años de edad de profesión Ingeniera Civil, domiciliada en esta ciudad de Riobamba, calle Lizarzaburo No. 23 y Retamas, con correo electrónico adrianaintriago@hotmail.com, refiriéndome relación a la demanda de nulidad de testamento propuesta en mi contra por parte del señor **INTRIAGO PÁRRAGA GALO BAIRO** ante usted comparezco y dando contestación a la misma manifiesto:

PRONUNCIAMIENTO EXPRESO SOBRE LAS PRETENSIONES DEL ACTOR.

- 1.- es falso que mi madre haya dejado el testamento cuando se encontraba en estado de interdicción, ya que el mismo fue posterior a dicho otorgamiento.
- 2.- Además debo manifestar que mi madre al momento de otorgar el testamento se encontraba en pleno uso de sus facultades mentales, como así lo atestiguó en su debido momento el señor Notario Tercero del cantón Riobamba.
- 3.- Además existe otro juicio por la misma causa presentado en la ciudad de Ambato, con lo cual se demuestra que lo único que pretende es causarme daño.

EXCEPCIONES

De conformidad con el Art. 153 del COGEP propongo las siguientes excepciones:

- 1.- Error en la forma proponer la demanda;
- 2.- Litis pendencia.

ANUNCIO DE LA PRUEBA

- 1.- Copias certificadas del juicio de nulidad de testamento presentado en la ciudad de Ambato y tramitado bajo el No. 18202.2017.0076

2.- Que se reciba la declaración testimonial del Dr. Carlos Coello, Notario Tercero del cantón Riobamba, sobre el estado de salud mental de mi madre al momento de otorgar el testamento.

PRETENSIÓN

Que se rechace la demanda por ilegal e improcedente y se condene al actor al pago de gastos, costas y honorarios de mi defensa.

NOTIFICACIONES:

Las notificaciones que me correspondan las recibiré en el casillero judicial N.- 114 y correo electrónico jessicalmeida@hotmail.com de mi Abogada Dra. Jessica Almeida quien se encuentra legalmente autorizado para suscribir cuanto escrito fuere necesario en mi defensa.

EXTRACTO DE AUDIENCIA PARA PROCESOS EN MATERIA NO PENAL

1. Identificación del Proceso:

- a. Proceso No.:** 18202-2017-0189
- b. Lugar y Fecha de realización de la audiencia:** Ambato, 02 de Diciembre de 2017
Hora: 15H00
- c. Acción:** Procedimiento Ordinario, Nulidad de testamento
- d. Juez (Integrantes de la Sala):** Doctor. Xavier Campaña

2. Desarrollo en la Audiencia:

a. Tipo de Audiencia:

- 1. Audiencia de Conciliación:** SI () NO ()

2. **Audiencia de Juzgamiento:** SI (X) NO ()

3. **Otra** (Especifique cuál)

b. Partes Procesales:

1. **Demandante:** Intriago Párraga Galo Bairo

2. **Abogado del demandante:** Dr. Vinicio Valle

3. **Casilla judicial:** Nro. 765

4. **Demandado:** Adriana Intriago Párraga y Dr. Carlos Coello.

5. **Casilla judicial:** 114

6. **Abogado defensor:** Dra. Jessica Almeida

7. **Testigos:** xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

8. **Peritos:** xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

9. **Traductores:** xxxxxxxxxxxxxxxx

10. **Otros**

*Se llenaran los campos de acuerdo al tipo de audiencia.

3. **Solicitudes/Pruebas Planteadas por el Demandante:**

a. **Confesión de parte:** SI (X) NO ()

b. **Instrumentos públicos:** SI (X) NO ()

c. **Instrumentos privados:** SI () NO (X)

d. **Declaración de testigos:** SI () NO (X)

e. **Inspección Judicial:** SI () NO (X)

- **Solicitud:** (Resumen en 200 caracteres)

El demandante solicita que se declare la nulidad del testamento abierto otorgado por la señora Carla Párraga por existir causa de nulidad absoluta debido a la inhabilidad para testar de su señora madre

4. **Solicitudes/Pruebas Planteadas por el Demandado:**

a. **Confesión de parte:** SI () NO (X)

b. **Instrumentos públicos:** SI (X) NO ()

c. Instrumentos privados: SI () NO (X)

d. Declaración de testigos: SI () NO (X)

e. Inspección Judicial: SI () NO (X)

- **Solicitud:** (Resumen en 200 caracteres)

La demandada solicita que se rechace la demanda por improcedente y se condene al actor al pago de gastos, costas y honorarios de la defensa.

Resolución del Juez: (Resumen en 200 caracteres)

Se rechaza la demanda por existir un juicio sobre la misma causa y entre los mismos sujetos procesales en la ciudad de Ambato, aceptando la excepción previa de litis pendencia.

RAZÓN: El contenido de la audiencia reposa en el respectivo archivo de la Judicatura. La presente acta queda debidamente suscrita conforme lo dispone la Ley por el señor Secretario de la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Ambato, el mismo que da fe de su contenido. Las partes quedan notificadas con las decisiones adoptadas en la audiencia sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley respecto a su notificación escrita en las casillas que las partes procesales han señalado para tal efecto.

SECRETARIO

1.- Factor de análisis de los hechos. –

Carla Párraga a su fallecimiento y sin que haya conocido nada el compareciente, había otorgado el 23 de marzo del año 2017 un testamento solemne abierto, en la Notaría Tercera del cantón Riobamba a cargo del Dr. Carlos Coello, en el cual procedía a repartir los bienes adquiridos por ella a lo largo de su vida, consistentes básicamente en menaje de hogar, algo de dinero y una casa situada en esta ciudad de Riobamba. Resulta , que en dicho testamento la madre deja a la hija

Adriana Intriago, la totalidad de dicha casa, argumentando que ella le ha cuidado y socorrido en su enfermedad, lo cual desde ya indico que es falso, por mediados del año 2015, fue diagnosticada con demencia senil, lo que le impedía realizar todo tipo de actos o contratos y peor aún el otorgar un testamento, lo que motivó a que se le siguiera un juicio de interdicción, en el cual se nombró precisamente a la hija Adriana Intriago Párraga como curadora

Laura Raquel Herdoíza demanda al señor Nelson Marcelo Herdoíza Mera, Wilson Fernando Herdoíza Mera y Rubén Arnoldo Herdoíza Mera, quienes manifiestan que con las partidas de nacimiento que acompañan se acreditan que sus mandatarias son legítimas hijas de quien en vida fue Laura Enriqueta Mera Reyes, viuda de Herdoíza, quien falleció en la ciudad de Quito conforme la partida de defunción que adjunta.

2.- Factor de Análisis Legal.

El presente caso el análisis legal tiene relación con el Art 1053 del Código Civil “Lo que constituye esencialmente el testamento abierto, es el acto en que el testador hace sabedores de sus disposiciones al notario, si los hubiere, y a los testigos” por lo que en este caso no reúne los requisitos como testamento abierto por lo que hubo desconocimiento del este

El Art. 1054 del Código Civil indica que. - *En el testamento se expresarán el nombre, apellido y nacionalidad del testador; el lugar de su nacimiento; su domicilio; su edad; la circunstancia de hallarse en su entero juicio; los nombres de las personas con quienes hubiese contraído matrimonio, de los hijos habidos en cada matrimonio, de los hijos del testador, con distinción de vivos y muertos; y el nombre, apellido y domicilio de cada uno de los testigos.*

Por lo que en esta causa se establece que la señora nunca había emitido un segundo testamento ni si quiera había firmado un segundo testamento si no al contrario manifestó que solo existe un solo testamento.

En cuanto a la cuantía se establece De acuerdo con el Art. 144 numeral 6 del Código Orgánico General de Procesos por lo que establece como cuantía indeterminada

En la contestación de la demanda los demandados alegan De conformidad con el Art. 153 del Código Orgánico General de Procesos propone las excepciones de Error en la forma proponer la demanda y Litis pendencia.

3. Factor de análisis Probatorio

En esta demanda se presentan las siguientes pruebas dentro de ella misma como lo establece el COGEP.

- Copias de cédulas de los actores y demandados
- Los testamentos abiertos los cuales son motivo de esta consigna
- Declaración tanto de la parte actora y de la demandada
- Testigos
- Certificados de defunción.
- Procuraciones judiciales a favor del Dr. Diego Hernán Pazmiño para que en representación proponga demandas o acciones civiles mercantiles, penales a favor de Laura Herdoíza Mera.

4. Factor de análisis de Sentencia

La sentencia contendrá la mención del jugador como primer punto y la fecha y lugar de la emisión posteriormente la identificación de las partes.

Una vez cumplido todos estos requisitos dentro de la sentencia se continua con la identificación de las partes en este caso de nulidad de sentencia so el actor Intriago Párraga Galo Bairo y los demandados Adriana Intriago Párraga, y el Dr. Carlos Coello

Posteriormente se realiza la enunciación breve de los hechos y circunstancias objeto de la demanda y defensa de la o del demandado. La cual la demandada propuso excepciones Error en la forma proponer la demanda y Litis pendencia. Lo cual una vez cumplido estos pasos en la sentencia debe contener los hechos que se han probado dentro de la audiencia para que sean relevantes para que el juez pueda juzgar en el cual luego de motivar en base a las normas jurídicas existentes en nuestra legislación y conforme a derecho dictara sentencia en el presente caso Se rechaza la demanda por existir un juicio sobre la misma causa y entre los mismos sujetos procesales en la ciudad de Ambato, aceptando la excepción previa de Litis pendencia

CONCLUSIONES:

Al finalizar este trabajo de monografía se ha podido llegar a establecer las siguientes conclusiones:

1.- La sucesión por causa de muerte es uno de los modos de adquirir el dominio de los bienes que pertenecieron a otra persona llamada causante, de cujus, de cujus o testador, según el caso, contemplada en la legislación civil ecuatoriana. Dentro de esta forma de adquisición de los bienes, se encuentra el testamento, instrumento mediante el cual, el testador da a conocer sobre la asignación de sus bienes a sus sucesores en derecho.

2.- Este testamento para que tenga plena validez y eficacia jurídica y por ende pueda ser objeto de reconocimiento y tutela legal, debe reunir los requisitos que contempla la ley, requisitos éstos tanto de forma, es decir, de la manera de otorgamiento, como de fondo, es decir, referente a las personas que son hábiles para testar y de la manera de establecer las asignaciones. Cuando existe violación de las formalidades para otorgar un testamento, se dice que se está frente a una causa de nulidad del mismo, pero en la práctica civil, existe la confusión de que cuando en un testamento se ha omitido a una persona o no se le asignado determinado bien, el mismo es nulo, lo cual es errado, ya que para ello existe otra figura legal que es la reforma del testamento.

3.- Anteriormente la nulidad de testamento se la tramitaba mediante juicio ordinario, el mismo que en su tramitación defiere del actual, debido principalmente a que era demasiado largo y tortuoso tanto para las partes como para sus defensores, añadiéndose que los términos para la tramitación de estos procesos se los podía ampliar y practicar diligencias sin que exista una medida de tiempo para continuar con las causas.

4.- Esta nulidad de testamento se la demanda por el procedimiento ordinario, ya que no existe un trámite específico para tal cometido; proceso dentro del cual, el juez de la causa va a analizar la procedencia o no de la demanda y determinar si existe

o no causa para la declaratoria de nulidad de un testamento. Este procedimiento es más rápido ya que el mismo se lo va a resolver en una sola audiencia en la cual se van a actuar todas y cada una de las pruebas necesarias para la declaratoria de nulidad solicitada.

BIBLIOGRAFÍA

- Cabanellas, G. (2006) Diccionario Jurídico Elemental. Bogotá, Colombia. Editorial Heliasta S.R.L.
- Cortes, E. (2011) Apuntes del Derecho Sucesorio, Ambato, Tungurahua, Ediciones
- León, R. (2012) Procedimiento Notarial. Quito, Ecuador. Editorial Jurídica EL FORUM.
- O'Callaghan, X. (2012) Compendio de Derecho Civil Tomo V. Madris, España. Editorial Centro de Estudios Ramon Areces S.A. Recuperado de:
<https://books.google.com.ec/books?id=4KzEDAAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>
- Ramírez, C. (2013) Derecho Sucesorio. Instituciones y Acciones. Tomo I. Loja, Ecuador.
- Valleta, M. (2001) Diccionario Jurídico. Buenos Aires, Argentina. Editorial Valleta.
- Vodanovic A. (1998) Tratado de Derecho Civil. Partes preliminares y General. Santiago de Chile, Chile. Editorial Juridica de Chile. Recuperado de:
<https://books.google.com.ec/books?id=CCiY2mxu7EEC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>

LEGISGRAFÍA

- Constitución de la República del Ecuador, Publicada en el Registro Oficial Nro. 444 del 20 de octubre del 2008.
- Código Civil, versión profesional Tomo I actualizado a 2 de enero del 2013, Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito. 2013

ANEXOS

797 Jo MP3

9 cuajo 405-2007

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

C103 ER

TERCERA... SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

RECURSO: AFELACION (A.A.)

JUICIO N° 105-2007 RESOLUCIÓN N° 257-2009

CLASE JUICIO: ORDINARIO ASUNTO: FALTA DE TESTAMENTO ABIEITO

ACTOR: DIEGO PAZMIÑO HOLGUIN Y OTROS

C.J. AB.

DEMANDADO: RUBEN HERRERA MERA Y OTROS

C.J. AB.

INICIADO EL: 21 de OCTUBRE de 2008

EN EL JUZGADO PRESIDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

VIENE DE LA SALA DE LA CORTE SUPERIOR DE:

RECIBIDO EL 23 de ABRIL de 2007

RESUELTO EL 16 de Junio de 2009

DEVUELTO EL 14 de Septiembre de 2009

FR

Una (.)

257

RECURSO DE APELACIÓN
(ORDINARIO)

SAN

En la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el viernes 20 de Abril del 2007, en 772 ✓
fojas, se recibió en la Oficialía Mayor de la Corte Suprema de Justicia, el juicio ORDINARIO que, por
nulidad de testamento abierto, sigue: PAZMIÑO HOLGUIN DIEGO Y OTROS contra: HERDOIZA
MERA RUBEN, NELSON Y WILSON.- Viene por Recurso de Apelación.- PRESIDENCIA DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA .- QUITO.


DR. CESAR VELASCO RUIZ
OFICIAL MAYOR

RAZON: Sorteada esta causa hoy lunes 23 de Abril del 2007, Correspondió a la Tercera Sala de lo
Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia con el Nro. 2007-0105.- Certifico.


DRA. ISABEL GARRIDO CISNEROS
SECRETARIA GENERAL (E)

RECIBO: En esta fecha, la presente causa de conformidad con la
nota de conocimiento que antecede.- Certifico.- Quito, 23 de abril
del 2007.-


DRA. LUCIA TOLEDO PUEBLA
SECRETARIA RELATORA

DIFUNTO

"Wladimiro Villalba Vega e hijos"

Wladimiro Villalba Vega
Wladimir Villalba Paredez
Alfredo Villalba Paredez
Francisco Villalba Paredez
María Villalba Paredez

Tel. 0248 20 224017 - 224044 - 2278203 - 2278274 - 2277674
e-mail: wvillalba@nacion.com.ec Fax: N° 2248804
Casilla postal N° 17-17-177 Casilla judicial N° 9
Edificio Universidad II Torre Empresarial Oficinas Nos. 12-31-03
Avenida Amazonas 27 30110, N.N. U.U. QUITO - ECUADOR

SEÑORES MINISTROS DE LA TERCERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:

Nosotros: Econ. NELSON MARCELO y Arq. WILSON FERNANDO HERDOÍZA MERA, dentro de la apelación N° 105-2007, de la sentencia pronunciada por el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia, en el juicio ordinario propuesto por el Dr. DIEGO HERNÁN PAZMIÑO HOLGUÍN, en nombre de sus poderdantes señoras LAURA RAQUEL HERDOÍZA MERA y Dra. ELISA MAGDALENA HERDOÍZA MERA, con la pretensión de que se declare la nulidad del último testamento abierto otorgado por nuestra señora madre doña LAURA ENRIQUETA MERA REYES VIUDA DE HERDOÍZA, a ustedes, respetuosamente, decimos:

En esta instancia seguiremos siendo notificados en la casilla judicial N° 9 asignada a nuestro defensor Dr. Wladimiro Villalba Vega, a quien reiteramos nuestra autorización para que firme escritos a nuestro nombre -individual o conjuntamente por los dos- y concurra a diligencias.

Respetuosamente,

Econ. Nelson Marcelo Herdoíza Mera
Peticionario

Arq. Wilson Fernando Herdoíza Mera
Peticionario

Wladimiro Villalba Vega
Abogado - Mat. 9 - C.A.P.

C:\HerdoizMera\Suprema\172003Nul\3S-Apel-105-2007\Dom1

30/IV/07
14h 40' Presentado en Quito, hoy treinta de abril del año dos mil siete, a las catorce horas y cuarenta minutos.-
Con dos copias iguales a su original.- Certifico.-

DRA. LUCÍA TOLEDO PUEBLA
SECRETARIA RELATORA



REPUBLICA DEL ECUADOR
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - TERCERA SALA DE LO CIVIL Y
MERCANTIL. Quito, 07 de mayo de 2007, a las 09h50.-.....
(105-2007) Agréguese a los autos el escrito que antecede. Póngase
en conocimiento de las partes la recepción del proceso. Notifíquese.

DR. DANIEL ENCALADA ALVARADO
MINISTRO DE SUSTANCIACIÓN

Certifico.-

DRA. LUCÍA TOLEDO PUEBLA
SECRETARIA RELATORA

En Quito, hoy siete de mayo del año dos mil siete a partir de las dieciséis horas,
notifico con el auto que antecede a DIEGO HERMAN PAZMIÑO HOLGUIN en
calidad de Procurador Judicial de LAURA RAQUEL HERDOIZA MERA Y MAGDALENA
ELISA HERDOIZA MERA, por boleta dejada en el casillero judicial No. 333 del Dr.
Diego Pazmiño; a RUBEN ARNOLDO HERDOIZA MERA, por boleta dejada en el
casillero judicial No. 1910 del Dr. Enrique Sáenz Saltos; y, a NELSON MARCELO
HERDOIZA MERA Y WILSON FERNANDO HERDOIZA MERA, por boleta dejada en el
casillero judicial No. 9 del Dr. Wladimiro Villalba Vega.- Certifico.-

DRA. LUCÍA TOLEDO PUEBLA
SECRETARIA RELATORA

Dr. Enrique Saenz Saltos

ABOGADO

Celular (4)

JUICIO N° 105-2007

SEÑORES MINISTROS DE LA TERCERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

DOCTOR RUBEN ARNOLDO HERDOIZA MERA, REFIRIENDOME AL JUICIO
DE APELACION DE LA SENTENCIA DICTADA EL 20 DE MARZO DEL 2007, LAS
15H00, POR EL SEÑOR PRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ,
EN EL JUICIO ORDINARIO INICIADO POR EL DOCTOR DIEGO HERNAN
PAZMIÑO HOLGUIN, EN SU CALIDAD DE MANDATARIO DE LAS SEÑORAS
LAURA RAQUEL Y ELISA MADGALENA HERDOIZA MERA, SOLICITANDO
LA DECLARATORIA DE NULIDAD DEL TESTAMENTO OTORGADO POR MI
PADRE LA SEÑORA LAURA ENRIQUETA MERA REYES VDA. DE HERDOIZA,
COMEDIDAMENTE ME PERMITO MANIFESTAR LO SIGUIENTE:

NOTIFICACIONES QUE ME CORRESPONDAN EN ESTA INSTANCIA,
SEGUIRE RECIBIENDO EN EL CASILLERO JUDICIAL N° 1910, ASIGNADO A
MI ABOGADO DEFENSOR DR. ENRIQUE SAENZ SALTOS, PROFESIONAL AL
CUAL LE FACULTO SUSCRIBIR TODOS LOS ESCRITOS QUE FUEREN
MENESTER EN DEFENSA DE MIS INTERSES.

SIRVASEN PROVEER CONFORME HE SOLICITADO.



09-05-07

11h30

Presentado en Quito, hoy nueve de mayo del año dos mil siete, a las quince horas y quince minutos.-
Con dos copias iguales a sus originales. - Certifico. -



DRA. LUCIA TOLEDO PUEBLA
SECRETARIA RELATORA



REPUBLICA DEL ECUADOR
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - TERCERA SALA DE LO CIVIL Y
MERCANTIL.- Quito, 21 de junio de 2007, a las 09h26.-.....
(105-2007): Agréguese a los autos el escrito que antecede. En lo
principal, de conformidad con el Art. 408 del Código de
Procedimiento Civil el apelante determine los puntos a los que se
contrae el recurso de apelación, dentro del término de diez días
hábiles. Notifíquese.

DR. DANIEL ENCALADA ALVARADO
MINISTRO DE SUSTANCIACIÓN

Certifico.-

DRA. LUCIA TOLEDO PUEBLA
SECRETARIA RELATORA

En Quito, hoy veinte y uno de junio del año dos mil siete a partir de las dieciséis
horas, notifico con el auto que antecede a DIEGO HERMAN PAZMIÑO HOLGUIN
en calidad de Procurador Judicial de LAURA RAQUEL HERDOIZA MERA Y
MAGDALENA ELISA HERDOIZA MERA, por boleta dejada en el casillero judicial No.
333 del Dr. Diego Pazmiño; a RUBEN ARNOLDO HERDOIZA MERA, por boleta
dejada en el casillero judicial No. 1910 del Dr. Enrique Sáenz Salto; y, a NELSON
MARCELO HERDOIZA MERA Y WILSON FERNANDO HERDOIZA MERA, por boleta
dejada en el casillero judicial No. 9 del Dr. Wladimiro Villalba Vega.- Certifico.-

DRA. LUCIA TOLEDO PUEBLA
SECRETARIA RELATORA

525 (6)

CAUSA No. 105-2007-ORDINARIO (nulidad de testamento)

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

DR. DIEGO PAZMIÑO HOLGUIN, en mi calidad de apoderado especial y procurador judicial de las señoras Laura Raquel Herdoíza Mera y Magdalena Elisa Herdoíza Mera; en el juicio de nulidad de testamento en contra de los demandados Nelson Marcelo Herdoíza Mera, Wilson Fernando Herdoíza Mera, y Rubén Arnoldo Herdoíza Mera; a ustedes respetuosamente digo y expongo:

Encontrándome como me encuentro dentro del término previsto en el Art. 408 del Código de Procedimiento Civil, concuro ante vosotros para determinar o fundamentar el recurso de apelación; al efecto manifiesto lo siguiente:

Señores Magistrados y Ministros; Con providencia de fecha 28 de noviembre de 2003, dictada a las 15h15; la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia, desde su línea cuatro dice: " y asegurada la competencia de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 13 N.4 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, por clara y completa se acepta a su tramitación procesal la demanda de nulidad de testamento, en la vía ordinaria, deducida por el Dr. Diego Hernán Pazmiño Holguín, Procurador Judicial de la señora Laura Raquel Herdoíza Mera y Magdalena Elisa Herdoíza Mera, en contra de Nelson Marcelo Herdoíza Mera, Wilson Fernando Herdoíza Mera, y Rubén Arnoldo Herdoíza Mera, disponiendo se cite a los demandados en la forma que señala la ley"sigue la providencia y termina con.- "Notifíquese y cúmplase".

Señores Magistrados, me permito transcribir lo que dice el tratadista Víctor de Santo de el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía con la dirección de Víctor de Santo, sobre el significado de PODER Y MANDATO: PODER: Es la facultad que una persona da a otra para que obre en su nombre y por su cuenta. Documento en que consta esa autorización o representación. Razón sustentable para mi actuación como mandante de mis poderdantes las señoras Laura Raquel Herdoíza Mera y Magdalena Elisa Herdoíza Mera; y sobre: MANDATO: "en derecho civil; contrato que se configura cuando una parte da a otra el poder, que esta acepta, para representarla al efecto de ejecutar en su nombre y por su cuanta un acto jurídico o una serie de actos de esa naturaleza".

Razón esta para que mis poderdantes hayan venido reclamando al señor Presidente de la Corte Suprema, que el documento que consta en autos es totalmente nulo de nulidad absoluta; entonces porque la Excelentísima Corte Suprema desde el inicio califica la demanda y le dá el trámite pertinente; entonces porque no se rechazo la demanda desde el inicio tal como dice la

525 (6)

siete (7)

resolución de fecha 20 de marzo de 2007, dictada a las 15h00 en su foja ocho vuelta; motivo de mi apelación .

Noten ustedes señores Magistrados que con providencia de 23 de marzo de 2004, dictada a las 9h40 minutos, como la Excelentísima Corte Suprema sigue con el trámite ordinario.

Ellos han tomado en consideración que el documento que se acompaño para fines judiciales esta realizado en escritura pública, razón esta que el poder recae ante un profesional del derecho (PROCURADOR O ABOGADO MATRICULADO). Puede ser un poder general para cualquier acto de ese tipo o también especial.

En mi escrito de fecha 25 de octubre de 2003, presentado a las 10h30 minutos; acompañe una vez más la Procuración Judicial de fecha 16 de octubre de 2003, que la señora Laura Raquel Herdoiza 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 Herdoiza Mera que otorga a favor de la señora Laura Raquel Herdoiza Mera, suscrito el 3 de julio de 2002 ante al Dra. Ximena Moreno de Solines, Notaria Segunda del cantón Quito, quién 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 Notaria Vigésimo Segundo. Según consta de autos.

Tanto es así que en la demanda presentada y que se encuentra en su conocimiento con los fundamentos de hecho y de derecho y mas antecedentes se describe las razones que versadas en pruebas contundentes y que con la demanda presentada se le hace conocer por la competencia que recayo ante al señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia, señalada anteriormente los motivos que en meritos del proceso y pruebas presentadas se sirva declarar la nulidad del testamento abierto supuestamente otorgado por la señora madre de mis representadas, mismo que fuera practicado el 19 de julio del 2002, suscrito ante la Dra. Ximena Moreno de Solines, notaria Segunda de este cantón Quito,

Dejo en esta forma contestado los puntos a los que se contrae dicho recurso.

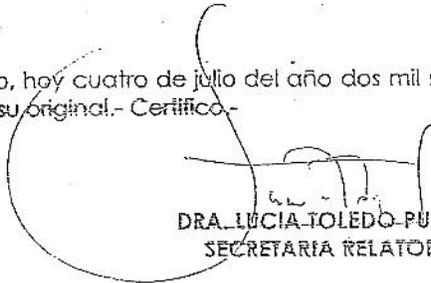
Se servirá proveer conforme lo tengo solicitado.

De los señores Magistrados.


DR. DIEGO PAZMINO HOLGUIN
ABOGADO MAT 1539 CAQ

Pre...

...sentado en Quito, hoy cuatro de julio del año dos mil siete, a las dieciséis horas y diez minutos.- Con tres copias igual a su original.- Certifico.-

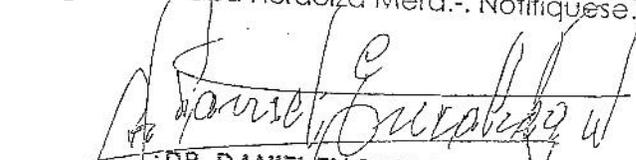


DRA. LUCIA TOLEDO-PUEBLA
SECRETARIA RELATORA



REPUBLICA DEL ECUADOR
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

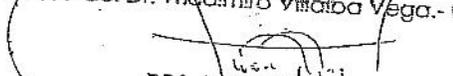
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - TERCERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- Quito, 11 de julio de 2007, a las 09h09.-..... (105-2007): Agréguese a los autos el escrito que antecede. En lo principal, de conformidad con el Art. 409 del Código de Procedimiento Civil, córrase traslado a la contraparte por el término de diez días hábiles, con el escrito de fundamentación del recurso de apelación presentado por el Dr. Diego Pazmiño Holguín, en calidad de apoderado especial y procurador judicial de Laura Raquel Herdoíza Mera y Magdalena Elsa Herdoíza Mera.-. Notifíquese.


DR. DANIEL ENCALADA ALVARADO
MINISTRO DE SUSTANCIACIÓN

Certifico.-


DRA. LUCÍA TOLEDO PUEBLA
SECRETARIA RELATORA

En Quito, hoy once de julio del año dos mil siete a partir de las dieciséis horas, notifico con el auto que antecede a DIEGO HERMAN PAZMIÑO HOLGUIN en calidad de Procurador Judicial de LAURA RAQUEL HERDOIZA MERA Y MAGDALENA ELISA HERDOIZA MERA, por boleta dejada en el casillero judicial No. 333 del Dr. Diego Pazmiño; a RUBEN ARNOLDO HERDOIZA MERA, por boleta dejada en el casillero judicial No. 1910 del Dr. Enrique Sáenz Saitos; y, a NELSON MARCELO HERDOIZA MERA Y WILSON FERNANDO HERDOIZA MERA, por boleta dejada en el casillero judicial No. 9 del Dr. Wladimir Villalba Vega.- Certifico.-


DRA. LUCÍA TOLEDO PUEBLA
SECRETARIA RELATORA

Nueve (9)

Dr. Enrique Sáenz Baltos
ABOGADO

JUICIO ORDINARIO Nº 105-2007

**SEÑORES MINISTROS DE LA TERCERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL
DE LA EXMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.**

DOCTOR RUBEN ARONOLDO HERDOIZA MERA, REFIRIENDOME AL JUICIO ORDINARIO DE APELACION DE LA SENTENCIA DICTADA EL 20 DE MARZO DEL 2007, LAS 15H00, POR EL SEÑOR PRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, COMEDIDAMENTE, MANIFIESTO: _

CON RELACION A LA PROVIDENCIA DE 11 DE JULIO DEL 2007, LAS 09H09, MEDIANTE LA CUAL SE ME CORRE TRASLADO CON LA FUNDAMENTACION DEL RECURSO DE APELACION POR LA PARTE DEMANDANTE, ME PERMITO EXPRESAR LO SIGUIENTE:

1.- Adhiero al recurso de apelación que ha sido interpuesto dentro de este proceso; adhesión que **DE MANERA PARCIAL** la concreto en los siguientes términos:

I
ANTECEDENTES:

- 1.1. Ratifico en toda su extensión los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en la contestación a la demanda oportunamente por mí presentada y agregada al expediente, constituyendo los folios 61 al 69 del mismo y, consecuentemente, me reafirmo en todas y cada una de las excepciones opuestas en dicho escrito, las cuales fueron debidamente admitidas a trámite, por ser consideradas claras y deducidas dentro del término legal.
- 1.2. Ratifico igualmente y de manera sustancial, la RECONVENCION QUE IDENTIFICADA COMO PRIMERA tengo deducida en contra del Dr. Diego Hernán Pazmiño Holguín, por sus propios derechos y como supuesto procurador de las demandantes Laura Raquel y Elisa Magdalena Herdoíza Mera; "CONTRADEMANDA" ésta planteada por causa del DAÑO MORAL que me ha sido irrogado las accionantes y su supuesto procurador judicial, la que se concreta en el punto III de mi

escrito de contestación a la demanda, que parte de la irresponsable imputación hecha en contra mía y de mis hermanos Marcelo y Wilson Herdoíza Mera, del cometimiento de un delito de colusión, al atribuirnos, de forma persistente, la incriminación injuriosa de haber atentado a la libre voluntad de nuestra Madre al otorgar su testamento de 19 de julio del 2002, provocando, según afirman abogado y demandantes, que "... los hechos sucedidos tienen evidente afán de perjudicar los legítimos

Dr. Enrique Sáenz Gallo

ABOGADO

102 (10)

derechos que han sido conculcados a mis poderdantes, pues se establece un claro acto colusorio".

Esta afectación deshonesta como irrespetuosa continúa y se ve acrecentada a lo largo de todo el proceso y, fehacientemente registrada en los escritos y actuaciones incorporados al mismo, en los cuales el patrocinador Dr. Diego Hernán Pazmiño Holguín, cual vulgar insultador, ha proferido en contra mía y de los demás demandados, agravios, juicios de valor peyorativos y aseveraciones en general ofensivas y tendenciosas, en su malévolo cometido de afectar, en mi caso específico, un buen nombre, una posición funcional de altísima jerarquía y un prestigio profesional reconocido en los niveles nacional e internacional.

- 1.3. Me reafirmo, así mismo sustantivamente, en la SEGUNDA RECONVENCION que tengo presentada esta vez en contra de las actoras en este juicio, LAURA RAQUEL y MAGDALENA ELISA HERDOIZA MERA; "CONTRADEMANDA" ésta concretada en el punto IV de mi escrito de contestación a la demanda y, fundamentada en los DAÑOS CAUSADOS A LOS DEMAS HEREDEROS, POR LA RETENCIÓN ILEGITIMA DE LOS BIENES SUCESORIOS.

Conforme se explicita en la página 16 del referido escrito, punto 4.1.2., la señora Laura Raquel Herdoíza Mera se encuentra arbitrariamente apoderada de toda la residencia que fuera de nuestra Madre, importante inmueble compuesto de tres departamentos, ubicado en la calle Francisco de Nates N° 132 y Mariano Echeverría de la ciudad de Quito, Urbanización Quito Tenis y Golf Club, así como de todos los bienes muebles y equipos que componen el ajuar de dicha residencia, joyas y especies de valor dejados por mi Madre Sra. LAURA ENRIQUETA MERA REYES VDA. DE HERDOIZA.

La mencionada actora, conjuntamente con su hermana Magdalena Elisa Herdoíza Mera han cometido además el acto flagrante de indelicadeza respecto de los demás herederos, de manejar conjuntamente y sin autorización alguna de parte de ellos, las cuentas y dineros constituidos en instituciones bancarias nacionales y de los Estados Unidos de Norteamérica.

Los arbitrarios apoderamientos con tenencia y usufructo precisados antes, se retrotraen al 21 de julio del año 2003 en que nuestra Madre, en circunstancias en que se encontraba en la residencia de su propiedad al cuidado en ese mismo momento y precisamente de las demandantes, sufrió el inexplicable y brutal accidente dentro de su propia casa, el que le provocó la muerte de naturaleza violenta conforme consta en el protocolo de autopsia levantado por las respectivas autoridades médico-legales; retenciones arbitrarias referidas, que persisten y se mantienen sin variación alguna hasta la fecha, extendiendo cada vez más los perjuicios a los otros herederos, entre quienes me incluyo y causándonos daño patrimonial que se acrecenta día a día y, agravio al

Dr. Enrique Sáenz Salto

ABOGADO

0102 (11)

que se suma la demora que maliciosamente ha sido conseguida con esta infundada acción judicial, para la realización de los inventarios y la partición de la masa hereditaria.

- 1.4. Para fines de esta apelación parcial del fallo emitido por el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia, me remito además y reconfirmo, la prueba que legal y debidamente actuada tenemos aportada dentro del proceso los demandados, de manera especial, la diligencia de inspección ocular realizada al inmueble referido en el punto anterior, el informe del perito designado en la misma, así como la confesión judicial rendida por el Econ. Marcelo Herdoíza Mera, heredero de la señora Laura Enriqueta Mera Reyes Vda. de Herdoíza.

II

RECURSO DE APELACION

Con base en lo sumariamente expuesto en los puntos anteriores y confirmando in-extenso los respectivos fundamentos de hecho y de derecho explicitados en mi escrito de contestación a la demanda, comparezco ante ustedes Honorables señores Ministros de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Excm. Corte Suprema de Justicia, con el fin de adherir como ya he dicho, **DE MANERA PARCIAL**, a la apelación que ha sido deducida por la parte actora, respecto de la sentencia pronunciada en este juicio por el señor Presidente de ese mismo Alto Órgano Jurisdiccional.

El recurso en mención lo fundamento, en el hecho de que en el aludido fallo, el señor Dr. Jaime Velasco Dávila no emite pronunciamiento respecto de la **RECONVENCION** que tengo legalmente deducida en contra del Dr. Diego Hernán Pazmiño Holguín, por sus propios derechos y como supuesto procurador de las actoras en este juicio y, en contra adicionalmente de

aquéllas, las señoras Laura Raquel Herdoíza Mera y Magdalena Elisa Herdoíza Mera, por causa del daño moral que me ha sido por ellos solidariamente irrogado y, tampoco resuelve por medio de su sentencia el mencionado señor Magistrado, la reconvención que con el carácter también de **CONTRADEMANDA** tengo legalmente planteada en contra de las actoras antes mencionadas, por causa del ilegal apoderamiento que han perpetrado, con tenencia y usufructo por demás indelicados, de la residencia que fuera de mi señora Madre, ubicada en la calle Francisco de Nates 132 y Manuel Echeverría del exclusivo como cotizado barrio "Quito Tenis y Golf Club" de la ciudad de Quito, de todos los bienes muebles y equipos que en dicho inmueble se encontraban hasta el día 21 de julio del 2003 en que falleció trágicamente nuestra señora Madre, así como de las joyas, vajillas y cristalería finas, especies de valor, cuentas bancarias y dineros de propiedad de ella a esa fecha.

La "**CONTRADEMANDA**" que tengo planteada, concretada en las dos reconvenciones precisadas en este recurso reúne, contrariamente a lo ocurrido

Dr. Enrique Bañez Baltos

ABOGADO

doce (12)

con la demanda que ha sido rechazada en sentencia, todos los requisitos y exigencias exigidos por la Ley, a punto tal que esa contrademanda constituida en mi escrito de contestación y en sus excepciones mereció la debida calificación; pronunciamiento procesal que amparó también a las dos reconvenções deducidas, cuyo traslado fue así mismo dispuesto a los actores.

Por otro lado, mis reconvenções han sido sometidas al juicio ordinario correspondiente, en cuyo trámite no se han producido situaciones que afecten su plena y absoluta validez.

Con base en lo antes expuesto recorro ante ustedes Honorables señores Ministros, a fin de que por medio de sentencia de segunda instancia tengan a bien **DECLARAR**:

- 2.1. **RESPECTO DE MI PRIMERA RECONVENCIÓN**, que las imputaciones que se hacen en contra de mi persona en la demanda presentada el 21 de octubre del 2003, debidamente precisadas en mi escrito de contestación a esa demanda, me han causado y causan daño moral y que, como consecuencia de esa declaratoria, se dignen ustedes condenar a las dos demandantes señoras LAURA RAQUEL y MAGDALENA ELISA HERDOIZA MERA y a su supuesto procurador judicial Dr. DIEGO HERNAN PAZMIÑO HOLGUIN, solidariamente, al inmediato pago de lo siguiente, todo de conformidad con lo dispuesto por los artículos 105 y 398 del Código de Procedimiento Civil (Codificado):
 - 2.1.1. De la indemnización pecuniaria por el daño moral que me han ocasionado, conforme lo tengo expresamente solicitado en mi contestación a la demanda; indemnización cuyo monto deberá ser fijado dentro de este juicio, efecto para el cual se dignarán ustedes considerar lo dispuesto por el artículo 279 del Código de Procedimiento Civil (Codificado); y,
 - 2.1.2. De las costas procesales correspondientes a esta primera reconvenção, en las que se incluirá el honorario del Profesional que me patrocina, **correspondientes a esta segunda instancia**, efecto para el cual se dignarán ustedes considerar lo prescrito en los artículos 283 y 284 del Código de Procedimiento Civil (Codificado).
- 2.2. **RESPECTO DE MI SEGUNDA RECONVENCIÓN**, también de conformidad con lo establecido por los artículos 105 y 398 de Código de Procedimiento Civil (Codificado), se dignen ustedes declara en sentencia, que las señoras LAURA RAQUEL HERDOIZA MERA y MAGDALENA ELISA HERDOIZA MERA, como detentadoras ilegales de todos los bienes ya precisados de la sucesión de mi madre, señora Laura Enriqueta Mera Reyes Vda. De Herdoíza, están obligadas al pago solidario e inmediato de los siguientes conceptos:

Dr. Enrique Sáenz Saltos

ABOGADO

13

- 2.2.1. De los daños y perjuicios que me han ocasionado con esa apropiación ilegal como arbitraria;
- 2.2.2. De los frutos civiles que hubieran podido producir esos bienes con una legítima y adecuada administración, durante todo el tiempo que dicho apoderamiento se ha producido, el que a la fecha es de cuatro años, aproximadamente; y,
- 2.2.3. De las costas judiciales correspondientes a esta segunda reconvención, incluido el honorario de mi Defensor.

LA DECLARATORIA QUE MUY RESPETUOSAMENTE PIDO QUE SEA COMPRENDIDA POR EL FALLO, DEBERÁ NECESARIAMENTE INCLUIR LA ENTREGA INMEDIATA DE TODOS LOS BIENES SUCESORIOS ILEGALMENTE RETENIDOS, PARA LA IGUALMENTE INMEDIATA EJECUCIÓN DEL TESTAMENTO ABIERTO OTORGADO POR LA SEÑORA LAURA ENRIQUETA MERA REYES VDA. DE HERDOÍZA, EL 19 DE JULIO DEL 2002.

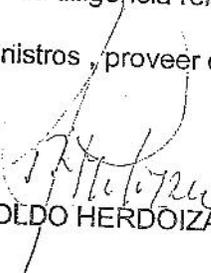
La cuantía es indeterminada, cuyo monto deberá ser establecido dentro de la tramitación del juicio.

III

Dígnense ustedes Honorables señores Ministros calificar esta apelación para los efectos legales correspondientes.

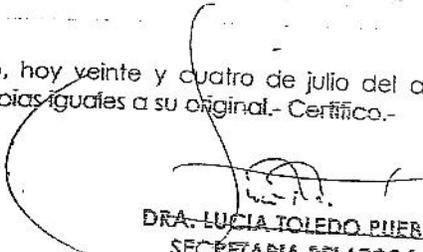
Para fines de las Notificaciones que me corresponden en la sustanciación de esta causa, señalo domicilio en el casillero judicial N° 1910 asignado a mi defensor Dr. Enrique Sáenz Saltos, profesional a quien faculto para suscribir en mi nombre los escritos que fueren menester, así como para concurrir en mi representación a toda diligencia relacionada con la defensa de mis intereses.

Sírvanse señor Ministros, proveer conforme he solicitado.


DR. RUBÉN ARNOLDO HERDOÍZA MERA


DR. ENRIQUE SÁENZ SALTOS
ABOGADO

07-07
1111
Presentado en Quito, hoy veinte y cuatro de julio del año dos mil siete, a las once horas y once minutos.- Con dos copias iguales a su original.- Certifico.-


DRA. LUCÍA TOLEDO PUERLA
SECRETARIA RELATORA

BUFETE**"Wladimiro Villalba Vega e hijos"**

Wladimiro Villalba Vega
 Wladimir Villalba Paredes
 Alberto Villalba Paredes
 Francisco Villalba Paredes
 Navier Villalba Paredes

Tel. 2 253189 - 2253181 - 2256030 - 2276293 - 2276574 - 2277674
 e-mail: bufetewvh@accession.net Fax N° 2256034
 Casilla postal N° 17-17-1973 Casilla Judicial N° 9
 Edificio Unicomio II Torre Empresarial Oficinas Nos. 12-01-05
 Av. Amazonas N° 5911 y NEX.UU. QUITO - ECUADOR

**SEÑORES MINISTROS DE LA TERCERA SALA DE LO CIVIL Y
 MERCANTIL DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:**

Yo, Arq. WILSON FERNANDO HERDOÍZA MERA, dentro de la APELACIÓN N° 105-2007, de la sentencia pronunciada por el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia, en el juicio ordinario propuesto por el Dr. DIEGO HERNÁN PAZMIÑO HOLGUÍN, en nombre de sus poderdantes señoras LAURA RAQUEL HERDOÍZA MERA y Dra. ELISA MAGDALENA HERDOÍZA MERA, con la pretensión de que se declare la nulidad del último testamento abierto otorgado por nuestra señora madre doña LAURA ENRIQUETA MERA REYES VIUDA DE HERDOÍZA, a ustedes, respetuosamente, digo:

- I -

CONTESTACIÓN AL TRASLADO

1.1 Contesto el traslado dispuesto en providencia de 11 del mes en curso que se realice con el escrito presentado por el Dr. Diego Hernán Pazmiño Holguín, invocando en esta vez la calidad de "apoderado especial y procurador judicial de las señoras Laura Raquel Herdoíza Mera y Magdalena Elisa Herdoíza Mera", y al hacerlo, manifiesto, en primer término, que tal escrito no reúne las exigencias que trae el Art. 408 del Código de Procedimiento Civil, puesto que **no determina explícitamente** los puntos a los que se contrae la apelación; no fija los puntos concretos, no los distingue ni discierne en forma expresa y clara.

Según el DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (DRAE), 22ª edic., Edit. Rotapapel, Madrid, 2001, pág. 547, 1ª col., el verbo **determinar**, en sus tres primeras acepciones, significa: "Fijar los términos de algo. || 2. Distinguir, discernir. || 3. Señalar, fijar algo para algún efecto. *Determinar día, hora.*".

De su lado, el adverbio **explícitamente**, según el mismo DRAE, pág. 692, 1ª col., significa "expresa y claramente".

En los considerandos cuarto y quinto del auto de 8 de mayo de 1980, dictado por la entonces Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia, publicado en la Gaceta Judicial serie

XIII, N° 8, págs. 1662 y ss., se resuelve:

“CUARTA.- Es preciso tener en cuenta al expedir la presente resolución que el propósito del Legislador en este punto no ha podido ser más claro y categórico, en orden a que el recurrente, al formalizar la apelación o el recurso de tercera instancia, concrete, precise y determine, los puntos de discrepancia y de disconformidad con el fallo expedido y que se considera lesivo a su interés jurídico, determinación que se ha estimado indispensable para que el Juez ad-quem, (en materia Civil -Corte Superior o Corte Suprema) pueda circunscribir sus facultades jurisdiccionales dentro del ámbito, que fije el razonamiento del impugnante; se trata pues de una reforma básica y fundamental, además, expresa, por la que se ha querido modificar con fundamentación científica, el sistema de impugnación que antes se consideraba satisfecho y cumplido, con sólo consignar ante el Superior que la sentencia apelada no se compagina con los antecedentes de hecho o viola prescripciones expresas de derecho, en forma genérica, vaga e indeterminada; la reforma que se analiza, responde a la necesidad de que la parte que repele un pronunciamiento jurisdiccional, razone en forma pormenorizada, los antecedentes de su divergencia, para que el Juez ad-quem, pueda compenetrarse de los fundamentos jurídicos de su disconformidad; tal es el sentido que en texto legal sustitutivo del Art. 433 (que consta hoy como Art. 408) del Código de Procedimiento Civil, aplicable al recurso de tercera instancia, por expresa disposición de la ley, tiene el adverbio de modo explícitamente que, en sentido literal y obvio, significa ‘expresa, claramente’; QUINTA.- No queda duda, por consecuencia, que el texto mediante el cual los demandantes expresan a la Sala que formalizan su recurso no cumple ni se acomoda a las prescripciones del texto sustitutivo de la Ley Procesal Civil que es preciso aplicar, por lo que, la petición para que se declare desierto el recurso de tercera instancia es legítima e inobjetable; es más, en el mismo sentido esta Sala ha expedido autos de deserción, en base de las reflexiones jurídicas que anteceden, siendo el último de ellos, el que recayó en el juicio ordinario propuesto por Félix Agustín Calvache Villagrán contra Esther y María Álvarez Ronquillo, por pago de mejoras de un inmueble, providencia que tiene fecha 17 de octubre de 1979. Por lo expuesto no habiéndose formalizado de modo explícito el recurso de tercera instancia, por parte de los actores en esta causa, se declara desierta su impugnación...”

1.2 Si se revisa el escrito con el que el Dr. Pazmiño Holguín pretende determinar explícitamente los puntos a los que se contrae su apelación, se encontrará que lamentablemente no cumple con ese objetivo indispensable, pues se limita a transcribir parte del auto de 28 de noviembre del 2003, con el que “acepta a su tramitación procesal la demanda”; hace una disquisición obscura sobre “poder” y “mandato” (a los que me referiré como punto 2.2 de mi adhesión al recurso), para afirmar este dislate:

“Razón sustentable para mi actuación como mandante (sic, !) de mis poderdantes...”

En los puntos (*) primero, segundo y cuarto del ordinal cuarto de la demanda el actor cometió una similar, aunque inversa, confusión, cuando dijo “poderdantes o mandatarias”; confusión que la impugné en el número 1.1.1 del acápite II -EXCEPCIONES de la contestación que di el 21 de enero del 2004 (PRIMERA excepción), cuando manifesté que el actor desconocía lo que preceptúa el Art. 2047 (hoy 2020) del Código Civil.

Luego de una relación ofuscada, en que no se sabe ni siquiera el número de puntos a los que se contrae su recurso, concluye:

“... en méritos (sic) del proceso y pruebas presentados se sirva declarar la nulidad del testamento abierto supuestamente otorgado por la señora madre de mis representadas...”

Termina con esta brillante perla, digna de mejor suerte jurídico procesal:

"Dejo en esta forma contestado (sic) los puntos a los que se contrae dicho recurso".

Lo que el Art. 408 del Código de Procedimiento Civil exige es que el apelante determine explícitamente los puntos a los que se contrae el recurso. No que conteste a algo indeterminado.

"Contestar", según el DRAE, pág. 431, 1ª col., en sus primeras tres acepciones, es "Responder a lo que se pregunta, se habla o se escribe. || 2. Responder a una llamada. || 3. Replicar, impugnar".

La contestación me corresponde hacerla -y la estoy haciendo- a mí como demandado.

1.3 En consecuencia, solicito comedidamente que la Sala se digne declarar desierta la apelación conforme el citado Art. 408 del Código de Procedimiento Civil.

- II -

ADHESIÓN AL RECURSO

2.1 Al amparo de lo que dispone el Art. 409 del Código de Procedimiento Civil, me adhiero al recurso de apelación, para que esta Sala se sirva resolver y ampliar algunos puntos de la sentencia -o los que los debía resolver- dictada por el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia, en el fallo recurrido de 20 de marzo del 2007.

Conforme a la filosofía que informa el Art. 335 *ejusdem*, si se declara desierto el recurso de apelación, como lo solicito, la adhesión debe continuar su trámite, así como deben resolverse mis reconvenções.

2.2 En el considerando tercero, la sentencia de 20 de marzo del 2007 discurre sobre la alegación que hice de que el Dr. Pazmiño Holguín compareció con "poder general", que en los números 1.12 y 1.14 de mi contestación a la demanda, y en mi excepción segunda alegué que "el poder general no es suficiente para comparecer en este juicio, en que se demanda la nulidad 'relativa' de un testamento abierto", por lo que hay falta de *legitimatío ad processum*. Concluye ese considerando que ese poder general es suficiente "y por tanto se encuentra plenamente legitimada su comparecencia de modo que es improcedente la excepción de *legitimatío ad processum*".

Sobre este punto es suficiente considerar que el Art. 2036 inciso 1º del Código Civil señala las facultades del mandatario general, y el inciso 2º imperativamente dispone:

"Para todos los actos que salgan de estos límites, necesitará de poder especial".

Mi defensor, en su obra "FUNDAMENTOS DE PRÁCTICA FORENSE", Edit. Andrés Bello,

W.

Quito, 1987, pág. 451, al respecto señala:

"343.- Terminología

Es necesario precisar los conceptos de otorgamiento de poder, poder y mandato".

Así lo hace. Más adelante, en la pág. 493, al tratar de la clasificación del mandato, sobre el citado Art. 2036, señala:

"Es reiterativo el legislador: el poder general es únicamente de administración, en tanto que para los actos que salen de ese giro, se requiere poder especial. Con poder general no podrá el mandatario vender, hipotecar, transigir o enajenar, ya que para ello necesita facultades específicas".

Tratando de enmendar el error cometido en y con el poder general elaborado con base en la minuta elaborada por el propio actor, en la tercera línea del escrito que contesto, dice:

"... en mi calidad de apoderado especial...".

lo que contrasta con lo que dijo en su demanda: "tal como consta del poder general adjunto".

En consecuencia, solicito que la Sala, además de confirmar la parte resolutive del fallo de primer nivel, declare que el poder general no es suficiente para demandar la nulidad de testamento, ya que se requiere de poder especial conforme el Art. 2036 inciso 2° del Código Civil.

2.3 Como es conocido, la **reconvención** es la demanda del demandado contra el actor, que se tramita conjuntamente con la demanda primitiva, pero demanda y reconvención conservan su independencia. Así, puede aceptarse demanda y reconvención; condenarse al pago de costas por una y otra actuación, y, lo más importante, puede declararse la nulidad de una o de otra, y la validez en igual forma. O, como en la especie, la nulidad de la acción originada en la demanda, y la validez de la reconvención. **Este es el aspecto fundamental de esta adhesión al recurso:** que la Sala resuelva sobre las dos reconvenciones que deduje en la contestación a la demanda de 23 de enero del 2004, y las contestaciones que el actor dio a las mismas en escritos de 5 y extemporáneamente el 14 de abril de ese mismo año.

Nuestro ilustre compatriota Dr. Víctor Manuel Peñaherrera, en su obra "LECCIONES DE DERECHO PRÁCTICO CIVIL Y PENAL", t. III, Edit. Universitaria, Quito, 1960, págs. 566 y 567, señala:

"Reconvención es la demanda que el demandado deduce al tiempo de su contestación, con el fin de obtener, en el mismo litigio, una condenación al actor".

"Con la reconvención, se ventilan simultáneamente dos juicios en el mismo proceso; y pueden resultar condenadas ambas partes en su respectiva calidad de demandadas".

Por su parte, el Dr. Juan Isaac Lovato Vargas, en su obra "PROGRAMA ANALÍTICO DE DERECHO PROCESAL CIVIL ECUATORIANO", t. V, Edit. Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito,

WI

die y seis (16)

1960, págs. 184 y s., enseña:

"Por la reconvención, el demandado aumenta objetivamente el proceso inicial; no aumenta subjetivamente, porque los sujetos que intervienen en él, o sea las partes, siguen siendo los mismos.

Por este aumento objetivo, el proceso comprende dos cuestiones principales, dos asuntos controvertidos: la demanda y la reconvención.

Por esto, según el Art. 107 (hoy 106), las excepciones perentorias y la reconvención se han de discutir al mismo tiempo y en la misma forma que la demanda, y han de ser resueltas en sentencia".

Al no haberse resuelto en la sentencia recurrida, me adhiero al recurso de apelación para que sí lo haga esta Sala.

2.4 En la primera reconvención pedí que se condene al Dr. Diego Hernán Pazmiño Holguín, por sus propios derechos y como procurador de las señoras Laura Raquel y Dra. Magdalena Elisa Herdoíza Mera, a la indemnización por el daño moral que me causaron y causan las imputaciones que se me hicieron en la demanda y contestación a la reconvención; petitum que consta en el acápite III de la contestación a la demanda. El Dr. Pazmiño es el autor de esas afirmaciones calumniosas, ya que aparentemente no tiene poder de mis hermanas para hacerlas.

Esto no ha sido resuelto por el fallo de primera instancia, y pido comedidamente que lo haga esta Sala.

2.5 En la segunda reconvención deducida en el acápite IV de mi contestación a la demanda, pedí que se condene a las señoras Laura Raquel y Dra. Magdalena Elisa Herdoíza Mera, como detentadoras ilegales de los bienes de la sucesión de mi señora madre, me paguen los daños y perjuicios en la forma señalada en los número 4.2 de ese acápite.

Al haber guardado silencio el fallo de primera instancia sobre esta reconvención, pido que esta Sala considere y decida también sobre esta contrademanda específica.

Solicito muy comedidamente de esta Sala que se sirva atender los petitorios constantes en el presente escrito.

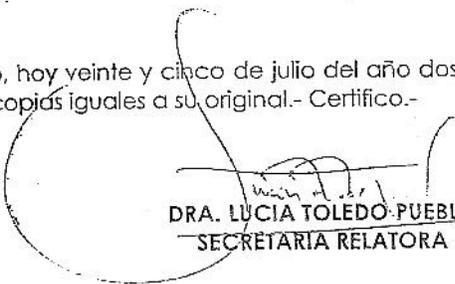
Además, la parte actora no articuló prueba. Si tampoco lo hicieran los otros dos codemandados, solicito comedidamente que esta Sala, conforme el Art. 412 del Código de Procedimiento Civil, pida los autos en relación y pronuncie sentencia.

Respetuosamente,

Wladimiro Villalba Vega
Abogado - Mat. 9 - C.A.P.

Arq. Wilson Fernando Herdoíza Mera
Peticionario

...sentado en Quito, hoy veinte y cinco de julio del año dos mil siete, a las quince horas y treinta y tres minutos.- Con dos copias iguales a su original.- Certifico.-


DRA. LUCIA TOLEDO PUEBLA
SECRETARIA RELATORA

bez y siete (17)

BOFETE

"Madrino Villalba Vega e hijos"

Presidente: Villalba Vega
Vicepresidente: Villalba Paredes
Abogado: Villalba Paredes
Fiscal: Villalba Paredes
Madrino: Villalba Paredes

V.P. 11111111 - 11111111 - 11111111 - 11111111 - 11111111
Calle: Paredes y Paredes
Calle postal: N° 11-11-1111
Calle judicial: N° 9
Calle telefónica: 11111111
Calle correo: N° 11111111

SEÑORES MINISTROS DE LA TERCERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:

Yo, Econ. NELSON MARCELO HERDOÍZA MERA, dentro de la APELACIÓN N° 105-2007, de la sentencia pronunciada por el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia, en el juicio ordinario propuesto por el Dr. DIEGO HERNÁN PAZMIÑO HOLGUÍN, en nombre de sus poderdantes señoras LAURA RAQUEL HERDOÍZA MERA y Dra. ELISA MAGDALENA HERDOÍZA MERA, con la pretensión de que se declare la nulidad del último testamento abierto otorgado por nuestra señora madre doña LAURA ENRIQUETA MERA REYES VIUDA DE HERDOÍZA, a ustedes, respetuosamente, digo:

- I -

CONTESTACIÓN AL TRASLADO

1.1 Contesto el traslado dispuesto en providencia de 11 del mes en curso que se realice con el escrito presentado por el Dr. Diego Hernán Pazmiño Holguín, invocando en esta vez la calidad de "apoderado especial y procurador judicial de las señoras Laura Raquel Herdoíza Mera y Magdalena Elisa Herdoíza Mera", y al hacerlo, manifiesto, en primer término, que tal escrito no reúne las exigencias que trae el Art.408 del Código de Procedimiento Civil, puesto que **no determina explícitamente** los puntos a los que se contrae la apelación; no fija los puntos concretos, no los distingue ni discierne en forma expresa y clara.

Según el DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (DRAE), 22ª edic., Edit. Rotapapel, Madrid, 2001, pág. 547, 1ª col., el verbo **determinar**, en sus tres primeras acepciones, significa: "Fijar los términos de algo. || 2. Distinguir, discernir. || 3. Señalar, fijar algo para algún efecto. *Determinar día, hora.*".

De su lado, el adverbio **explícitamente**, según el mismo DRAE, pág. 692, 1ª col., significa "expresa y claramente".

En los considerandos cuarto y quinto del auto de 8 de mayo de 1980, dictado por la entonces Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia, publicado en la Gaceta Judicial serie

Dr.

XIII, Nº 8, págs. 1662 y ss., se resuelve:

“CUARTA.- Es preciso tener en cuenta al expedir la presente resolución que el propósito del Legislador en este punto no ha podido ser más claro y categórico, en orden a que el recurrente, al formalizar la apelación o el recurso de tercera instancia, concrete, precise y determine, los puntos de discrepancia y de disconformidad con el fallo expedido y que se considera lesivo a su interés jurídico, determinación que se ha estimado indispensable para que el Juez ad-quem, (en materia Civil -Corte Superior o Corte Suprema) pueda circunscribir sus facultades jurisdiccionales dentro del ámbito, que fije el razonamiento del impugnante; se trata pues de una reforma básica y fundamental, además, expresa, por la que se ha querido modificar con fundamentación científica, el sistema de impugnación que antes se consideraba satisfecho y cumplido, con sólo consignar ante el Superior que la sentencia apelada no se compagina con los antecedentes de hecho o viola prescripciones expresas de derecho, en forma genérica, vaga e indeterminada; la reforma que se analiza, responde a la necesidad de que la parte que repele un pronunciamiento jurisdiccional, razone en forma pormenorizada, los antecedentes de su divergencia, para que el Juez ad-quem, pueda compenetrarse de los fundamentos jurídicos de su disconformidad; tal es el sentido que en texto legal sustitutivo del Art. 433 (que consta hoy como Art. 408) del Código de Procedimiento Civil, aplicable al recurso de tercera instancia, por expresa disposición de la ley, tiene el adverbio de modo explícitamente que, en sentido literal y obvio, significa ‘expresa, claramente’; QUINTA.- No queda duda, por consecuencia, que el texto mediante el cual los demandantes expresan a la Sala que formalizan su recurso no cumple ni se acomoda a las prescripciones del texto sustitutivo de la Ley Procesal Civil que es preciso aplicar, por lo que, la petición para que se declare desierto el recurso de tercera instancia es legítima e inobjetable; es más, en el mismo sentido esta Sala ha expedido autos de deserción, en base de las reflexiones jurídicas que anteceden, siendo el último de ellos, el que recayó en el juicio ordinario propuesto por Félix Agustín Calvache Villagrán contra Estier y María Álvarez Ronquillo, por pago de mejoras de un inmueble, providencia que tiene fecha 17 de octubre de 1979. Por lo expuesto no habiéndose formalizado de modo explícito el recurso de tercera instancia, por parte de los actores en esta causa, se declara desierta su impugnación...”

1.2 Si se revisa el escrito con el que el Dr. Pazmiño Holguín pretende determinar explícitamente los puntos a los que se contrae su apelación, se encontrará que lamentablemente no cumple con ese objetivo indispensable, pues se limita a transcribir parte del auto de 28 de noviembre del 2003, con el que “acepta a su tramitación procesal la demanda”; hace una disquisición obscura sobre “poder” y “mandato” (a los que me referiré como punto 2.2 de mi adhesión al recurso), para afirmar este dislate:

“Razón sustentable para mi actuación como mandante (sic, !) de mis poderdantes...”.

En los puntos (•) primero, segundo y cuarto del ordinal cuarto de la demanda el actor cometió una similar, aunque inversa, confusión, cuando dijo “poderdantes o mandatarias”; confusión que la impugné en el número 1.1.1 del acápite II -EXCEPCIONES de la contestación que di el 21 de enero del 2004 (PRIMERA excepción), cuando manifesté que el actor desconocía lo que preceptúa el Art. 2047 (hoy 2020) del Código Civil.

Luego de una relación ofuscada, en que no se sabe ni siquiera el número de puntos a los que se contrae su recurso, concluye:

“... en méritos (sic) del proceso y pruebas presentados se sirva declarar la nulidad del testamento abierto supuestamente otorgado por la señora madre de mis representadas...”.

Termina con esta brillante perla, digna de mejor suerte jurídico procesal:

"Dejo en esta forma contestado (sic) los puntos a los que se contrae dicho recurso".

Lo que el Art. 408 del Código de Procedimiento Civil exige es que el apelante determine explícitamente los puntos a los que se contrae el recurso. No que conteste a algo indeterminado.

"Contestar", según el DRAE, pág. 431, 1ª col., en sus primeras tres acepciones, es "Responder a lo que se pregunta, se habla o se escribe. || 2. Responder a una llamada. || 3. Replicar, impugnar".

La contestación me corresponde hacerla -y la estoy haciendo- a mí como demandado.

1.3 En consecuencia, solicito comedidamente que la Sala se digne declarar desierta la apelación conforme el citado Art. 408 del Código de Procedimiento Civil.

- II -

ADHESIÓN AL RECURSO

2.1 Al amparo de lo que dispone el Art. 409 del Código de Procedimiento Civil, me adhiero al recurso de apelación, para que esta Sala se sirva resolver y ampliar algunos puntos de la sentencia -o los que los debía resolver- dictada por el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia, en el fallo recurrido de 20 de marzo del 2007.

Conforme a la filosofía que informa el Art. 335 *ejusdem*, si se declara desierto el recurso de apelación, como lo solicito, la adhesión debe continuar su trámite, así como deben resolverse mis reconvenções.

2.2 En el considerando tercero, la sentencia de 20 de marzo del 2007 discurre sobre la alegación que hice de que el Dr. Pazmiño Holguín compareció con "poder general", que en los números 1.12 y 1.14 de mi contestación a la demanda, y en mi excepción segunda alegué que "el poder general no es suficiente para comparecer en este juicio, en que se demanda la nulidad 'relativa' de un testamento abierto", por lo que hay falta de *legitimatío ad processum*. Concluye ese considerando que el poder general es suficiente "y por tanto se encuentra plenamente legitimada su comparecencia de modo que es improcedente la excepción de *legitimatío ad processum*".

Sobre este punto es suficiente considerar que el Art. 2036 inciso 1º del Código Civil señala las facultades del mandatario general, y el inciso 2º imperativamente dispone:

"Para todos los actos que salgan de estos límites, necesitará de poder especial".

Mi defensor, en su obra "FUNDAMENTOS DE PRÁCTICA FORENSE", Edit. Andrés Bello,



Quito, 1987, pág. 451, al respecto señala:

"343.- Terminología

Es necesario precisar los conceptos de otorgamiento de poder, poder y mandato".

Así lo hace. Más adelante, en la pág. 493, al tratar de la clasificación del mandato, sobre el citado Art. 2036, señala:

"Es reiterativo el legislador: el poder general es únicamente de administración, en tanto que para los actos que salen de ese giro, se requiere poder especial. Con poder general no podrá el mandatario vender, hipotecar, transigir o enajenar, ya que para ello necesita facultades específicas".

Tratando de enmendar el error cometido en y con el poder general elaborado con base en la minuta elaborada por el propio actor, en la tercera línea del escrito que contesto, dice:

"... en mi calidad de apoderado especial...".

lo que contrasta con lo que dijo en su demanda: "tal como consta del poder general adjunto".

En consecuencia, solicito que la Sala, además de confirmar la parte resolutive del fallo de primer nivel, declare que el poder general no es suficiente para demandar la nulidad de testamento, ya que se requiere de poder especial conforme el Art. 2036 inciso 2° del Código Civil.

2.3 Como es conocido, la **reconvención** es la demanda del demandado contra el actor, que se tramita conjuntamente con la demanda primitiva, pero demanda y reconvención conservan su independencia. Así, puede aceptarse demanda y reconvención; condenarse al pago de costas por una y otra actuación, y, lo más importante, puede declararse la nulidad de una o de otra, y la validez en igual forma. O, como en la especie, la nulidad de la acción originada en la demanda, y la validez de la reconvención. **Este es el aspecto fundamental de esta adhesión al recurso:** que la Sala resuelva sobre las tres reconvenciones que deduje en la contestación a la demanda de 23 de enero del 2004, y las contestaciones que el actor dio a las mismas en escritos de 5 y extemporáneamente el 14 de abril de ese mismo año.

Nuestro ilustre compatriota Dr. Víctor Manuel Peñaherrera, en su obra "LECCIONES DE DERECHO PRÁCTICO CIVIL Y PENAL", t. III, Edit. Universitaria, Quito, 1960, págs. 566 y 567, señala:

"**Reconvención** es la demanda que el demandado deduce al tiempo de su contestación, con el fin de obtener, en el mismo litigio, una condenación al actor".

"Con la reconvención, se ventilan simultáneamente dos juicios en el mismo proceso; y pueden resultar condenadas ambas partes en su respectiva calidad de demandadas".

Por su parte, el Dr. Juan Isaac Lovato Vargas, en su obra "PROGRAMA ANALÍTICO DE DERECHO PROCESAL CIVIL ECUATORIANO", t. V, Edit. Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito,

W.I.

Diego y Daniela (197)

1960, págs. 184 y s., enseña:

"Por la reconvencción, el demandado aumenta objetivamente el proceso inicial; no aumenta subjetivamente, porque los sujetos que intervienen en él, o sea las partes, siguen siendo los mismos.

Por este aumento objetivo, el proceso comprende dos cuestiones principales, dos asuntos controvertidos: la demanda y la reconvencción.

Por esto, según el Art. 107 (hoy 106), las excepciones perentorias y la reconvencción se han de discutir al mismo tiempo y en la misma forma que la demanda, y han de ser resueltas en sentencia".

Al no haberse resuelto en la sentencia recurrida, me adhiero al recurso de apelación para que sí lo haga esta Sala.

2.4 En la primera reconvencción pedí que se condene al Dr. Diego Hernán Pazmiño Holguín, por sus propios derechos y como procurador de las señoras Laura Raquel y Dra. Magdalena Elisa Herdoíza Mera, a la indemnización por el daño moral que me causaron y causan las imputaciones que se me hicieron en la demanda y contestación a la reconvencción; petitum que consta en el acápite III de la contestación a la demanda. El Dr. Pazmiño es el autor de esas afirmaciones calumniosas, ya que aparentemente no tiene poder de mis hermanas para hacerlas.

Esto no ha sido resuelto por el fallo de primera instancia, y pido comedidamente que lo haga esta Sala.

2.5 En la segunda reconvencción constante en el acápite IV de mi contestación a la demanda, pedí que se declare que en mi legítima calidad de albacea testamentario de mi señora madre doña Laura Enriqueta Mera Reyes viuda de Herdoíza, tengo las atribuciones de la tenencia y administración de los bienes sucesorios de esa herencia, conforme al testamento que otorgó el 21 de julio del 2002; bienes que están en poder de dichas señoras, por lo que solicité que se condene a las señoras Laura Raquel y Dra. Magdalena Elisa Herdoíza Mera al pago de lo señalado en el petitum de dicha reconvencción constante en el número 4.2.

Tampoco esta reconvencción ha sido resuelta en la sentencia dictada el 20 de marzo del 2007, por lo que se hace necesario que la considere y decida sobre ella esta Sala, como así respetuosamente solicito.

2.6 En la tercera reconvencción deducida en el acápite V de mi contestación a la demanda, pedí que se condene a las señoras Laura Raquel y Dra. Magdalena Elisa Herdoíza Mera, como detentadoras ilegales de los bienes de la sucesión de mi señora madre, me paguen los daños y perjuicios en la forma señalada en los número 5.2 de ese acápite.

Al haber guardado silencio el fallo de primera instancia sobre esta reconvencción, pido que esta Sala considere y decida también sobre esta contrademanda específica.

Solicito muy comedidamente de esta Sala que se sirva atender los petitorios constantes en el presente escrito.

Además, la parte actora no articuló prueba. Si tampoco lo hicieran los otros dos codemandados, solicito comedidamente que esta Sala, conforme el Art. 412 del Código de Procedimiento Civil, pida los autos en relación y pronuncie sentencia.

Respetuosamente,



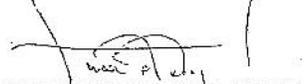
Wladimiro Villalba Vega
Abogado - Mat. 9 - C.A.P.



Econ. Nelson Marcelo Herdoíza Mera
Peticionario

C:\HerdoizaMera\Suprema172003Nul3S-Apel-105-2007\AdhesMarcelo1

Presentado en Quito, hoy veinte y cinco de julio del año dos mil siete, a las quince horas y treinta y cuatro minutos.- Con dos copias iguales a su original.- Certifico.-



DRA. LUCIA TOLEDO PUEBLA
SECRETARIA RELATORA

133
08-0

Dr. Enrique Saenz Saltos
ABOGADO

veinte (20)

JUICIO N° 105-2007

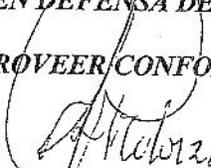
SEÑORES MINISTROS DE LA TERCERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

DOCTOR RUBEN ARNOLDO HERDOIZA MERA, REFIRIENDOME AL JUICIO DE APELACION DE LA SENTENCIA DICTADA EL 20 DE MARZO DEL 2007, LAS 15H00, POR EL SEÑOR PRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , EN EL JUICIO ORDINARIO INICIADO POR EL DOCTOR DIEGO HERNAN PAZMIÑO HOLGUIN, EN SU CALIDAD DE MANDATARIO DE LAS SEÑORAS LAURA RAQUEL Y ELISA MADGALENA HERDOIZA MERA, SOLICITANDO LA DECLRATORIA DE NULIDAD DEL TESTAMENTO OTORGADO POR MI MADRE, SEÑORA LAURA ENRIQUETA MERA REYES VDA. DE HERDOIZA, COMEDIDAMENTE ME PERMITO MANIFESTAR LO SIGUIENTE:

HABIENDO VENCIDO EL TERMINO FIJADO EN LA ULTIMA PROVIDENCIA Y, EN ATENCION AL ESTADO DE LA CAUSA, MUY COMEDIDAMENTE SOLICITO A ESA SALA, QUE TENGA A BIEN PEDIR LOS AUTOS EN RELACION Y PRONUNCIAR LA CORRESPONDIENTE SENTENCIA DE MERITO EN ESTE JUICIO

NOTIFICACIONES QUE ME CORRESPONDAN EN ESTA INSTANCIA, SEGUIRE RECIBIENDO EN EL CASILLERO JUDICIAL N° 1910, ASIGNADO A MI ABOGADO DEFENSOR DR. ENRIQUE SAENZ SALTOS, PROFESIONAL AL CUAL LE FACULTO SUSCRIBIR TODOS LOS ESCRITOS QUE FUEREN MENESTER EN DEFENSA DE MIS INTERSES.

SIRVASEN PROVEER CONFORME HE SOLICITADO.


DR RUBEN ARNOLDO HERDOIZA MERA


Dr. Enrique Saenz Saltos
ABOGADO
Membre N° 000 5-11-7

Pre...

...sentado en Quito, hoy veinte y uno de agosto del año dos mil siete, a las once horas y treinta y tres minutos.- Con dos copias iguales a su original.- Certifico.-


DRA- LUCIA-TOLEDO PUEBLA
SECRETARIA RELATORA

19

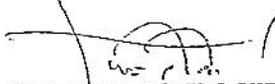
ESTUDIO

Por sus honorarios por la gestión, la labor y los años de experiencia por el curso del proceso y de las pruebas presentadas se deberán pagar la totalidad de la liquidación aludida simultáneamente al momento de la exhibición de los representantes, antes del día señalado en el 18 de febrero de 2002, en el C.A. No. 2 de la Cámara Nacional de Comercio, Industria y Seguros de esta ciudad Quito.

Señores Magistrados de esta Excelentísima corte; servirán proveer conforme lo tengo señalado.

~~Dr. DIEGO PAZMIRO HOLGUIN~~
ABOGADO
Matrícula No. 1539
Colegiado Judicial No. 338

Presentado en Quito, hoy doce de noviembre del año dos mil siete, a las diez horas y cuarenta y seis minutos.- Con una copia igual a su original.- Certifico.-


DRA. LUCIA TOLEDO-PUEBLA
SECRETARIA RELATORA

14

veinte y dos (22)

CAUSA No. 105-2007-ORDINARIO (nulidad de testamento)

**SEÑORES MINISTROS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
TERCERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL**

DR. DIEGO PAZMIÑO HOLGUIN, por los derechos que me han sido otorgados por las señoras Laura Raquel Herdoiza Mera y Magdalena Elisa Herdoiza Mera; respetuosamente digo; expongo y solicito:

Con el escrito presentado el día 12 de noviembre de 2007, a las 10h46 minutos; muy razonado; mis clientes han reclamado que el documento que consta en autos es totalmente nulo de nulidad absoluta; ¿Entonces porque la Excelentísima Corte Suprema desde el inicio califica la demanda y le da el trámite pertinente?; ¿Entonces porqué no se rechazó la demanda desde el inicio tal como dice la resolución de fecha 20 de marzo de 2007, dictada a las 15h00 en su foja ocho vuelta?;..... lo que motivo este recurso de apelación y que está en conocimiento de ustedes.

Tanto es así que en la demanda presentada y que se encuentra en su conocimiento con los fundamentos de hecho y de derecho y mas antecedentes describen las razones que versadas con pruebas contundentes como consta en lo autos. Más aún que el documento que se acompaño para fines judiciales esta realizado en escritura pública, razón esta que el poder recae ante un profesional del derecho (PROCURADOR O ABOGADO MATRICULADO). Puede ser un poder general para cualquier acto de ese tipo o también especial.

Una vez más solicito de ustedes Señores Magistrados; se dignen por el merito del proceso y de las pruebas presentadas se servirán declarar la nulidad del testamento abierto supuestamente otorgado por la señora madre de mis representadas, mismo que fuera practicado el 19 de julio del 2002, suscrito ante la Dra. Ximena Moreno de Solines, notaria Segunda de este cantón Quito,

Señores Magistrados de esta Excelentísima Sala; ustedes son los llamados para hacer valer la Justicia que mis clientes están reclamando; y que por esta razón se encuentran en indefensión.

~~Dr. DIEGO PAZMIÑO HOLGUIN~~
~~ABOGADO~~
~~Matricula No. 1532~~
~~Cesillero Judicial No. 332~~

Pre...

14:17
105-2007

...sentado en Quito, hoy diecinueve de marzo del año dos mil ocho, a las catorce horas y cincuenta y siete minutos.- Con una copia igual a su original.- Certifico.-


DRA. LUCIA TOLEDO PUEBLA
SECRETARIA RELATORA

recorte y mes (23)

BUFFETE

"Wladimir Villalba Vega e hijos"

Wladimiro Villalba Vega
Wladimir Villalba Paredes
Albano Villalba Paredes
Francisco Villalba Paredes
Néstor Villalba Paredes

Tel. 2251601 - 2255181 - 2256060 - 2276703 - 2276574 - 2277674
e-mail: bufetevxb@accessinternet Fax N° 2256884
Casilla postal N° 17-17-1973 Casilla judicial N° 9
Edificio Luicombi II Torre Empresarial Oficinas Nos. 12-01-05
Aven. Amazonas N° 3911 y NN. UU. QUITO - ECUADOR

**SEÑORES MINISTROS DE LA TERCERA SALA DE LO CIVIL Y
MERCANTIL DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:**

Nosotros, Econ. NELSON MARCELO y Arq. WILSON FERNANDO HERDOÍZA MERA, dentro de la APELACIÓN N° 105-2007, de la sentencia pronunciada por el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia, en el juicio ordinario propuesto por el Dr. DIEGO HERNÁN PAZMIÑO HOLGUÍN, en nombre de sus poderdantes señoras LAURA RAQUEL HERDOÍZA MERA y Dra. ELISA MAGDALENA HERDOÍZA MERA, con la pretensión de que se declare la nulidad del último testamento abierto otorgado por nuestra señora madre doña LAURA ENRIQUETA MERA REYES VIUDA DE HERDOÍZA, a ustedes, respetuosamente, decimos:

El 25 de julio del 2007, en sendos escritos, contestamos el traslado que se nos corrió con la fundamentación del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, y solicitamos que, en vista de que no había determinado explícitamente los puntos a los que se contrae ese recurso, se declare desierta la apelación conforme el Art. 408 del Código de Procedimiento Civil.

Para el caso de que continuara el trámite de la apelación, nos adherimos a dicho recurso al amparo de lo que dispone el Art. 335 ibídem.

Consecuentemente, solicitamos declarar la deserción del recurso, o, en caso contrario, que se siga con su trámite, así como de las sendas adhesiones que presentamos.

Respetuosamente,

A ruego de los peticionarios y como su defensor, debidamente autorizado,

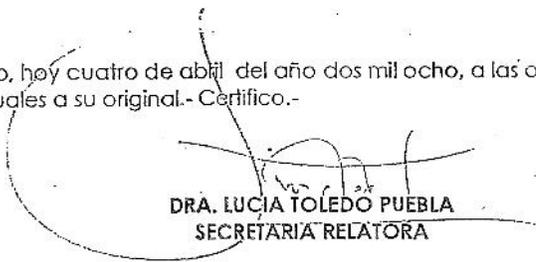

Wladimir Villalba Vega
Abogado - Mat. 9 - C.A.P.

C:\HerdoizaMera\Suprema172003Nul\3S-Apel-105-2007\Tramite1

2008
26

Pre...

...sentado en Quito, hoy cuatro de abril del año dos mil ocho, a las once horas y veinte y seis minutos.-
Con dos copias iguales a su original.- Certifico.-



DRA. LUCIA TOLEDO PUEBLA
SECRETARIA RELATORA

veintocinco (24)

BUFETE

"Mladimiro Villalba Vega e hijos"

Wladimiro Villalba Vega
Vladimir Villalba Paredes
Alberto Villalba Paredes
Francisco Villalba Paredes
Xavier Villalba Paredes

Tels. 2 253180 - 2253181 - 2256060 - 2276203 - 2276374 - 2277674
e-mail bufete@villalbaaccessinternet.com Fax N° 2256884
Casilla postal N° 17-17-1973 Casilla judicial N° 9
Edificio Unicentro II Torre Empresarial Oficinas Nos. 12-01'05
Aves. Amazonas N° 3911 y N.M. U.U. QUITO - ECUADOR

**SEÑORES MINISTROS DE LA TERCERA SALA DE LO CIVIL Y
MERCANTIL DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:**

Nosotros, Econ. NELSON MARCELO y Arq. WILSON FERNANDO HERDOÍZA MERA, dentro de la APELACIÓN N° 105-2007, de la sentencia pronunciada por el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia, en el juicio ordinario propuesto por el Dr. DIEGO HERNÁN PAZMIÑO HOLGUÍN, en nombre de sus poderdantes señoras LAURA RAQUEL y Dra. ELISA MAGDALENA HERDOÍZA MERA, con la pretensión de que se declare la nulidad del último testamento abierto otorgado por nuestra señora madre doña LAURA ENRIQUETA MERA REYES VIUDA DE HERDOÍZA, a ustedes, respetuosamente, decimos:

El Art. 408 del Código de Procedimiento Civil es imperativo: "Si el que apeló de la sentencia no **determinare explícitamente** (...) los puntos a los que se contrae el recurso... el ministro de sustanciación (...) declarará desierta la apelación...".

El "DICCIONARIO ESENCIAL DE LA LENGUA ESPAÑOLA" de la Real Academia Española, Edit. Espasa Calpe, Madrid, 2006, sobre los fonemas resaltados en negrilla, señala:

"Determinar. TR. 1. Fijar lo términos de algo. *Habéis determinado las condiciones del contrato?* || 2. Distinguir, discernir. *Determinó las causas de la enfermedad.* || 3. Señalar algo para algún efecto. *Determinar día, hora.* || 4. Tomar resolución. *Ha determinado dejar de fumar.* U. T. C. Prnl. || 5. Hacer tomar una resolución. *Esto me determinó a ayudarlo*" (pág. 508, 2ª col.).

El adverbio **explícitamente** viene del adjetivo **explícito**, "que expresa clara y directamente una cosa. *Mención explícita*". (Ob. Ct., pág. 650, 2ª col.).

"Contraer", en su quinta acepción, significa "reducir el discurso a una idea, a un solo punto" (Ob. Ct. Pág. 399, 1ª col.).

La Sala de apelación solo tiene competencia para resolver sobre los temas determinados explícitamente, a los que se contrae el recurso, con la circunstancia de que si no ha habido esa concreción y determinación explícitas, el recurso tiene que ser declarado desierto y devolver el proceso al Juez de instancia; en el presente caso, al señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

Un fallo de la anterior Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia, de 8 de mayo de

1980 (a los pocos meses de expedida la reforma que recoge el art. 408), publicado en la Gaceta Judicial serie XIII, N° 8, pág. 1662 a 1664, ya nos indicó el alcance de esa pleonástica exigencia:

“CUARTA.—Es preciso tener en cuenta al expedir la presente resolución que el propósito del Legislador en este punto no ha podido ser más claro y categórico, en orden a que el recurrente, al formalizar la apelación o el recurso de tercera instancia, concrete, precise y determine, dos puntos de discrepancia y de disconformidad con el fallo expedido y que se considera lesivo a su interés jurídico, determinación que se ha estimado indispensable para que el Juez ad-quem, (en materia Civil - Corte Superior o Corte Suprema) pueda circunscribir sus facultades jurisdiccionales dentro del ámbito, que fije el razonamiento del impugnante; se trata pues de una reforma básica y fundamental, además, expresa, por la que se ha querido modificar con fundamentación científica, el sistema de impugnación que antes se consideraba satisfecho y cumplido, con sólo conseguir ante el Superior que la sentencia apelada no se compagina con los antecedentes de hecho o viola prescripciones, expresas de derecho, en forma genérica, vaga e indeterminada; la reforma que se analiza, responde a la necesidad de que la parte que repele un pronunciamiento jurisdiccional, razone en forma pormenorizada, los antecedentes de su divergencia, para que el Juez ad-quem, pueda compenetrarse de los fundamentos jurídicos de su disconformidad; tal es el sentido que en texto legal sustitutivo del Art. 433 (hoy 408) del Código de Procedimiento Civil, aplicable al recurso de tercera instancia, por expresa disposición de la ley, tiene el adverbio de modo explícitamente que, en sentido literal y obvio, significa "expresa, claramente";”.

Otro fallo de la Quinta Sala de esa Corte, de 5 de abril de 1990, cuyo considerando tercero está transcrito en el “PRONTUARIO DE RESOLUCIONES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA”, N° 3, págs. 114 y 115, señala:

“LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DEBE CONCRETAR EXPLÍCITAMENTE LOS PUNTOS A LOS CUALES SE CONTRAE EL RECURSO.

TERCERO.- El Art. 417 del Código de Procedimiento Civil impone al recurrente la obligación de concretar explícitamente los puntos a los cuales se contrae el recurso interpuesto; esto implica necesariamente una síntesis de los hechos y argumentos que considere han sido mal aplicados por el Tribunal de Alzada y de los cuales pretenda su consecuente revisión ante este Tribunal. Sin embargo, de lo anotado en el primer considerando, se colige que la actora no ha cumplido la obligación imperativa de la ley de la materia; y, atenta la impugnación hecha por el demandado a fs. 4 de esta instancia, se declara al recurso interpuesto, desierto, por no haberlo concretado explícitamente de conformidad con el Art. 422 (hoy 408) del referido cuerpo legal”.

En los sendos escritos que presentamos el 25 de julio del 2007, al contestar el traslado que se nos corrió con la fundamentación del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, solicitamos categóricamente que, en vista de que su procurador no había determinado explícitamente los puntos a los que se contrae ese recurso, se declare desierta la apelación conforme el Art. 408 del Código de Procedimiento Civil.

En el punto 1.2 manifestamos que si se revisa el escrito con el que el Dr. Pazmiño Holguín, ante esta Sala, pretende determinar explícitamente los puntos a los que se contrae su apelación, se encuentra que no cumple con ese objetivo indispensable, pues se limita a transcribir parte del auto de 28 de noviembre del 2003, con el que “acepta a su tramitación procesal la demanda”; hace una disquisición obscura e injurídica sobre “poder” y “mandato”, para afirmar este despropósito:



Veinte y siete de junio del 2008

-3-

"Razón sustentable para mi actuación como mandante (sic, l) de mis poderdantes...".

En los puntos (*) primero, segundo y cuarto del ordinal cuarto de la demanda el actor cometió una similar, aunque inversa, confusión, cuando dijo "poderdantes o mandatarias"; confusión que la impugnamos en el número 1.1.1 del acápite II -EXCEPCIONES de la contestación que dimos el 21 y 23 de enero del 2004 (PRIMERA excepción), cuando manifestamos que el actor desconocía lo que preceptúa el Art. 2047 (hoy 2020) del Código Civil.

Luego de una relación ofuscada, en que no se sabe ni siquiera el número de puntos a los que contrae su recurso, concluye:

"... en méritos (sic) del proceso y pruebas presentados se sirva declarar la nulidad del testamento abierto supuestamente otorgado por la señora madre de mis representadas..."

Concluye con este espejismo, tratando de obnubilar a la Sala:

"Dejo en esta forma contestado (sic) los puntos a los que se contrae dicho recurso".

En escrito de 4 de abril de este año, volvimos a insistir en que el señor Magistrado de Sustanciación se sirva declarar desierto el recurso de apelación y devolver el especiente al señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia para su ejecución.

Reiteramos que, para el improbable caso de que contra lo que dispone el Art. 408 y los fallos transcritos, continuara el trámite de la apelación, nos adherimos a dicho recurso al amparo de lo que dispone el Art. 335 ibídem.

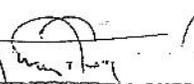
Respetuosamente,

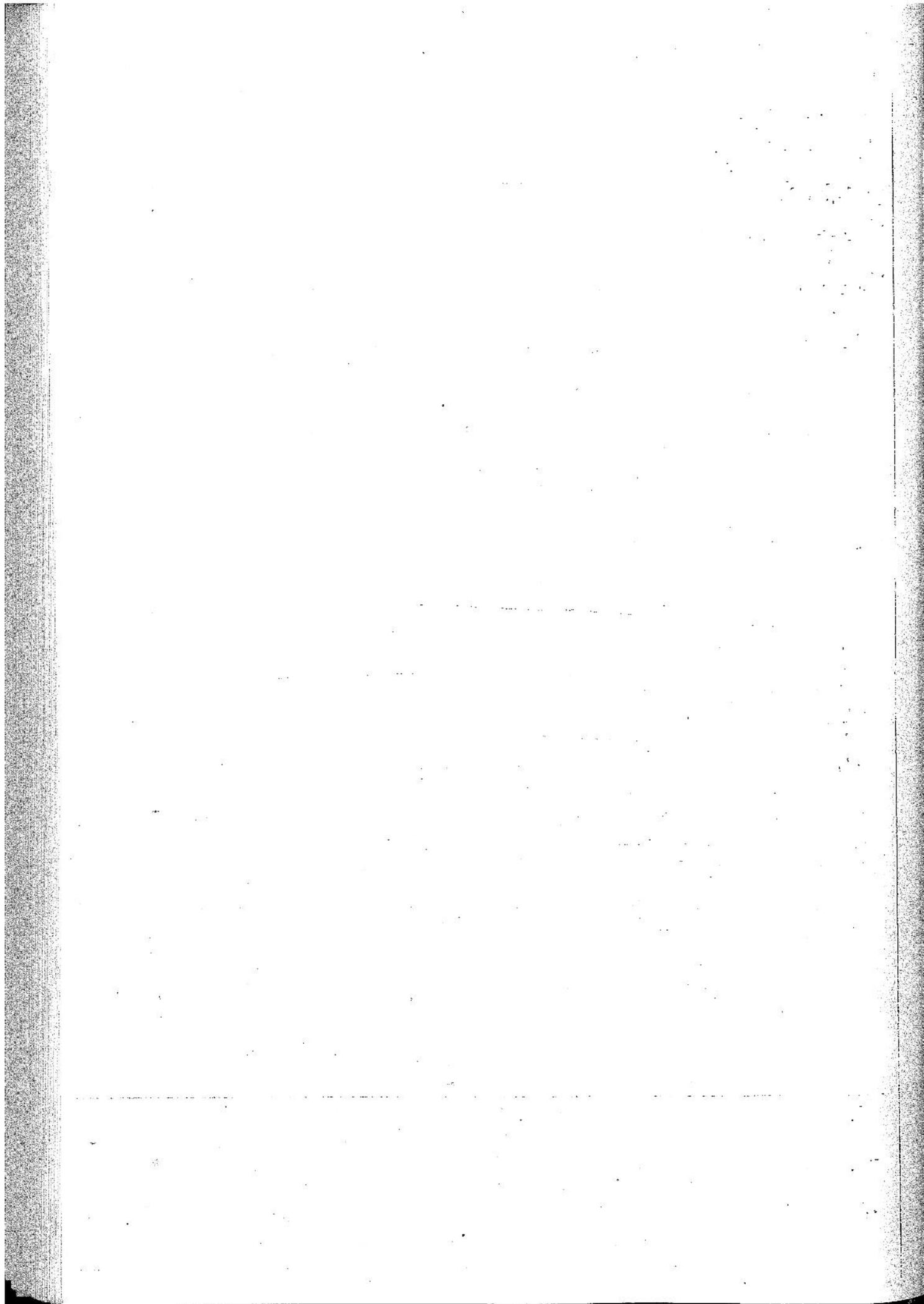
A ruego de los peticionarios y como su defensor, debidamente autorizado,


Wladimir Villalba Vega
Abogado - Mat. 9 - C.A.P.

C:\HerdoizaMera\Suprema\72003Nul\3S-Apel-105-2007\Tramite2

Presentado en Quito, hoy veinte y siete de junio del año dos mil ocho, a las dieciséis horas.- Con dos copias iguales a su original.- Certifico.-


DRA. LUCÍA TOLEDO PUEBLA
SECRETARIA RELATORA



Quito, 25 de marzo de 2009

RAZON: Siento por tal, que en esta fecha se dió cumplimiento a la disposición del Art. 185 inciso segundo de la Constitución de la República del Ecuador, correspondiendo conocer la presente causa, previo sorteo, al Señor Juez Nacional Dr. Manuel Sánchez Zuraty.- Quito, 25 de marzo de 2009.


Dr. Carlos Rodríguez García
SECRETARIO RELATOR
SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA
CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

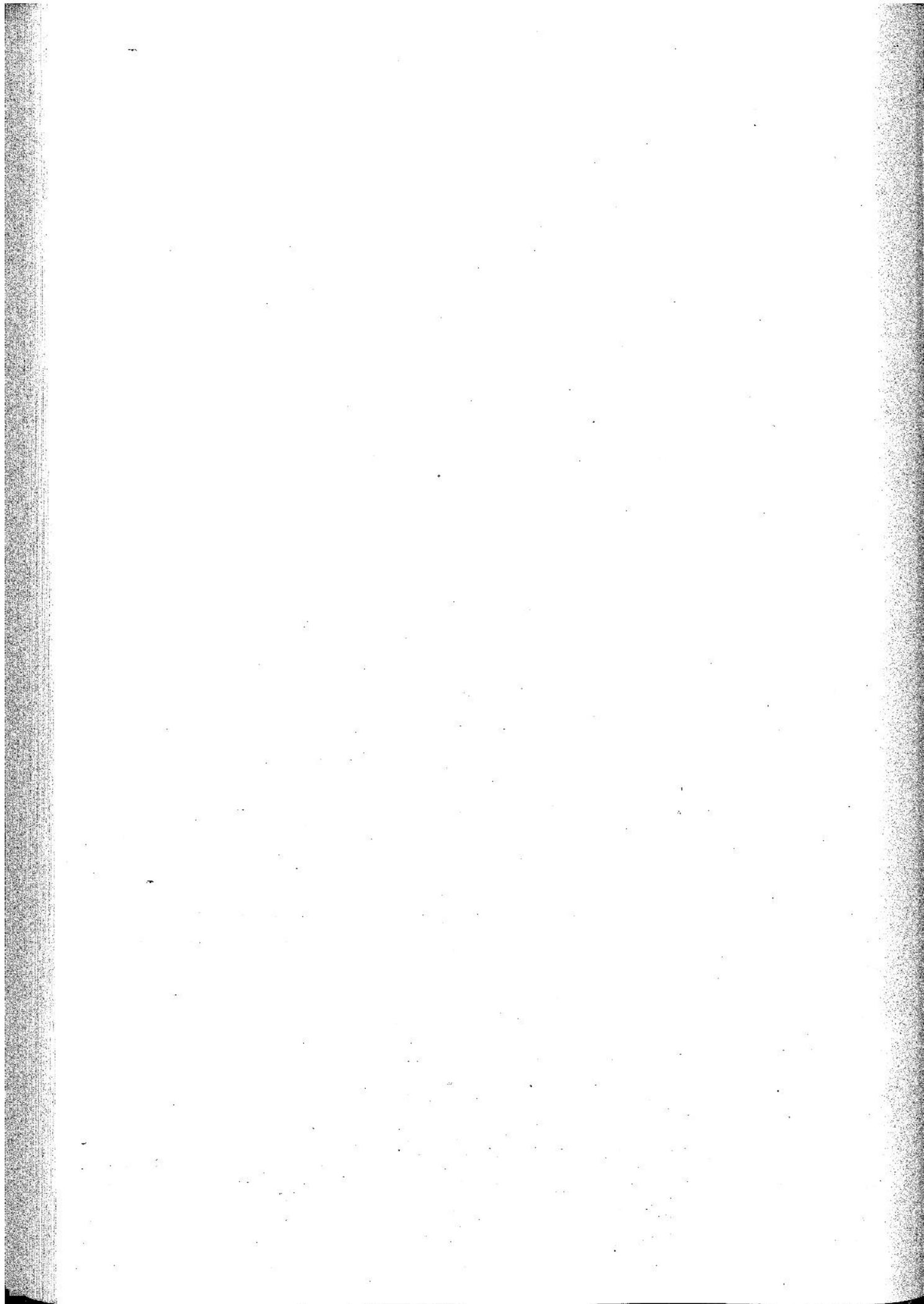
illegible - 27 -

ESTUDIADA EN RELACION LA PRESENTE CAUSA, POR LOS SEÑORES DOCTORES: CARLOS RAMIREZ ROMERO, MANUEL SANCHEZ ZURATY Y GALO MARTINEZ PINTO JUECES NACIONALES DE LA SALA CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA DE LA CORTE NACIONALES DE JUSTICIA, RESPECTIVAMENTE.

Quito, 16 de junio de 2009.-


Dr. Carlos Rodríguez García

SECRETARIO RELATOR



Urb. ...

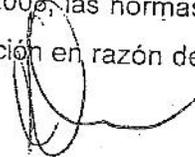
JUEZ PONENTE :

Dr. Manuel Sánchez Zuraty

16. 01. 09. 16H30

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA.- Quito, 16 de junio de 2009, las 16H30.-

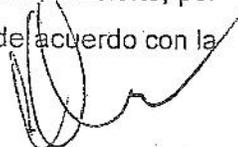
VISTOS: Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, en mérito a lo dispuesto en la segunda disposición transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo 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

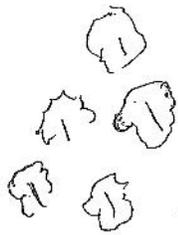


la materia, hecha mediante Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión realizada el día 22 de diciembre de 2008, publicada en Registro Oficial No. 511 de 21 de enero de 2009. El recurso de apelación ha sido concedido mediante auto de 10 de abril de 2007, las 09h20. **SEGUNDO.**- El 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

Urb. Herdoiza - 29 - 5

con la fundamentación del mismo y dice que se ratifica en los fundamentos de la contestación de la demanda y las reconvencciones; 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 Herdoiza 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 reconvencciones presentadas. **SEXTO.-** El Econ. Nelson Marcelo Herdoiza 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 reconvencciones 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 Herdoiza Mera y Magdalena Elisa Herdoiza Mera, contra Nelson Marcelo Herdoiza Mera, Wilson Fernando Herdoiza Mera; y, Rubén Arnoldo Herdoiza 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 Herdoiza, quien falleció en esta ciudad de Quito, el 23 de julio de 2003, conforme a la partida de defunción que también aparece. 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 Herdoiza, 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

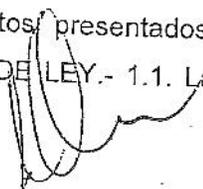




voluntad anterior de nuestro padre", la cuarta de mejoras y de libre disposición, y con la presencia de tres testigos idóneos que estuvieron presentes en la lectura y aceptación; documento del cual se desprende que se nombró como Albacea al doctor Jorge Mera Vergara, reuniendo los requisitos de ley. 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

Monte-30 9

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 regularios, 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**



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 2º 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 2º 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 NI AL NOTARIO ANTE QUIEN SE OTORGÓ EL TESTAMENTO ABIERTO CUYA DECLARATORIA DE NULIDAD SE PRETENDE, NI AL ALBACEA TESTAMENTARIO LEGITIMAMENTE DESIGNADO, QUIEN DEBE INTERVENIR 'EN JUICIO EN CALIDAD DE TAL PARA DEFENDER LA VALIDEZ DEL TESTAMENTO', CONFORME EL ART.

Enchilada 3/13

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, 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, el pago de la indemnización por daño moral, y por los daños causados por al 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

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 reconvencciones 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 reconvencciones 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

Tratado de - 32 -

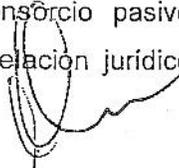
las calidades que permite el Art. 48 del Código de Procedimiento Civil; y, b) Los poderes a los que hace referencia el demandante son los siguientes: Laura Raquel Herdoíza Mera, a fojas 17 a 19, en la escritura pública suscrita el 16 de octubre de 2003, ante el Notario Vigésimo Segundo del Cantón Quito, 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

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

Tercerista - 33



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

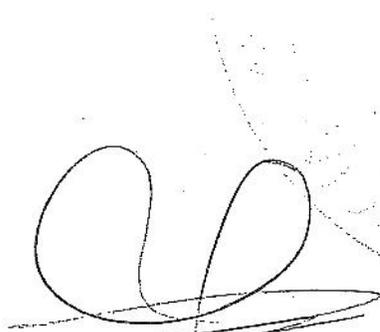


material controvertida, es decir, a la propia cuestión sustantiva que en el litigio se ventila. Consecuencia directa de esta perspectiva es la conclusión de que el litisconsorcio pasivo necesario no puede ser analizado desde un punto de vista general y válido para toda clase de procesos, sino que su 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

Tratado de derecho 345

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

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.-



Dr. Manuel Sánchez Zuraty
JUEZ NACIONAL

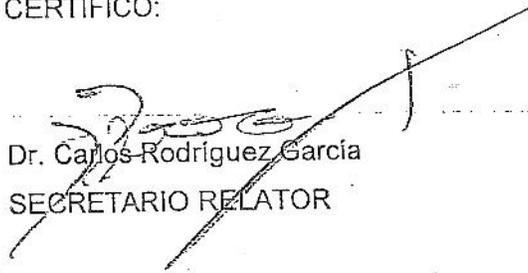


Dr. Carlos Ramírez Romero
JUEZ NACIONAL



Dr. Galo Martínez Pinto
JUEZ NACIONAL

CERTIFICO:



Dr. Carlos Rodríguez García
SECRETARIO RELATOR

dieciséis y cinco - 35

En Quito, a dieciséis de junio de dos mil nueve, las ocho horas con diez minutos, notifico con la vista en relación y sentencia que antecede a: Dr. Diego Pazmiño Holguín en calidad de Procurador Judicial de Laura Herdoíza Mera y Magdalena Herdoíza Mera, por boleta en el casillero judicial No. 333; a Rubén Herdoíza Mera por boleta en el casillero judicial No. 1910; y, a Nelson y Wilson Herdoíza Mera, por boleta en el casillero judicial No. 9.- Certifico.-


Dr. Carlos Rodríguez García
SECRETARIO RELATOR

15

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

BURETE

"Vladimiro Villalba Mera e hijos"

Wladimiro Villalba Vega
Vladimir Villalba Paredes
Alberto Villalba Paredes
Francisco Villalba Paredes
Navier Villalba Paredes

Tifs. 2 253180 - 2253181 - 2256060 - 2276203 - 2276574 - 2277674
e-mail: bufetevvv@accessinter.net Fax N° 2256884
Casilla postal N° 17-17-1973 Casilla judicial N° 9
Edificio Unicornio II Torre Empresarial Oficinas Nos. 12-01-05
Aves. Amazonas N° 3911 y N.N. LU. QUITO - ECUADOR

**SEÑORES JUECES NACIONALES DE LA SALA DE LO CIVIL,
MERCANTIL Y FAMILIA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA:**

Nosotros, Econ. NELSON MARCELO y Arq. WILSON FERNANDO HERDOÍZA MERA, dentro de la APELACIÓN N° 105-2007ER (anterior Tercera Sala de la Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia), de la sentencia pronunciada por el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia, en el juicio ordinario propuesto por el Dr. DIEGO HERNÁN PAZMIÑO HOLGUÍN, en nombre de sus poderdantes señoras LAURA RAQUEL y Dra. ELISA MAGDALENA HERDOÍZA MERA, con la pretensión de que se declare la nulidad del último testamento abierto otorgado por nuestra señora madre doña LAURA ENRIQUETA MERA REYES VIUDA DE HERDOÍZA, a ustedes, respetuosamente, decimos:

El 17 de junio del 2009 hemos sido notificados con la sentencia dictada el 16 del mismo mes, dentro de la presente causa. Con el mayor comedimiento, al amparo de lo que dispone el Art. 282 del Código de Procedimiento Civil, solicitamos que la Sala se digne ampliarla y aclararla en los siguientes puntos:

- I -

PEDIDO DE AMPLIACIÓN

a) ANTECEDENTES

1.1 En la parte final del considerando octavo (págs. 8 y 9), después de reseñar las sendas excepciones que dedujimos contra la demanda, precisa que reconvenimos al Dr. Diego Hernán Pazmiño Holguín, por sus propios derechos y como procurador de las señoras Laura Raquel y Dra. Magdalena Elisa Herdoíza Merca, el pago de la indemnización por el daño moral; por los daños causados por la retención ilegítima de los bienes sucesorios; por el pago de costas procesales; por la entrega inmediata de los bienes que el compareciente Nelson Marcelo Herdoíza Mera debía administrarlos como albacea testamentario; por el pago del deterioro que hubieran sufrido tales bienes; el pago de la indemnización por haberle obstruido en la administración de esos bienes y por la retención ilegítima de ellos y consecuentemente el pago de los daños y perjuicios ocasionados con esa apropiación indebida y por los frutos civiles que hubieran podido

Diego Hernán Pazmiño Holguín por sus propios derechos y como procurador de las señoras Laura Raquel y Dra. Magdalena Elisa Herdoíza Mera, por el daño moral que nos causaron y causan las imputaciones que nos hicieron en la demanda y contestación a las reconveniones; por la abusiva tenencia de los bienes de nuestra señora madre señora Laura Enriqueta Mera Reyes viuda de Herdoíza; y en lo que respecta al compareciente Nelson Marcelo Herdoíza Mera, por no haberle dejado ejercer el albaceazgo; remitiéndonos, en todo caso, a los textos de las reconveniones y contestaciones a la mismas, con los que se trabó la litis sobre este juicio paralelo; y,

c). Que por lo que disponen los Arts. 283 y 284 del Código de Procedimiento Civil, que son imperativos y no facultativos, se digne la Sala, al aceptar nuestras reconveniones, condenar al pago de costas y honorarios por este segundo juicio paralelo.

El Dr. Diego Hernán Pazmiño Holguín ha actuado con manifiesto abuso del Derecho, evidente fraude a la ley y con grave injuria que ataca a nuestro honor; actuación profesional que tipifica el Art 130 N° 13 del Código Orgánico de la Función Judicial, ratifican los Arts. 330 Nos. 1, 2, 3 y 9; 335 N° 9, y 337 N° 5 ibídem; Art. 293 reformado del Código de Procedimiento Civil.

Dejamos a salvo el derecho de las actoras.

- II -

PEDIDO DE ACLARACIÓN

a) ANTECEDENTES

2.1 La sentencia de primera instancia, de 20 de marzo del 2007, rechazó la demanda “con costas, regulándose en USD 5.000.00 los honorarios profesionales del doctor Wladimiro Villalba Vega, abogado defensor de los demandados Nelson Marcelo Herdoíza Mera, [...] y Wilson Fernando Herdoíza Mera...”.

2.2 En la frustrada fundamentación del recurso de apelación, el Dr. Diego Hernán Pazmiño Holguín no impugnó esa fijación de honorarios, por lo que quedó firme para los actores.

2.3 En cambio, nuestra adhesión al recurso, como dejamos indicado en el acápite anterior, es procedente: así lo determina el Art. 409 del Código de Procedimiento Civil.

2.4 El Art. 77 número 14 de la Constitución del Estado recoge el principio romano de *non reformatio in pejus*, que también proclamaba el Art. 24 N° 13 de la anterior Constitución Política: “Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación del recurrente” (o “de la persona que recurre”, como dice la actual).

2.5 En la parte final de la sentencia de 16 de junio del 2009 se dice: “Sin costas”.



b) PUNTOS QUE SOLICITAMOS ACLARARLOS

Con estos antecedentes, con el mayor comedimiento solicitamos a la Sala aclarar lo siguiente:

*33
Trámite
y sala
[Signature]
✓*

a). Que esa exoneración del pago de costas (a pesar de las disposiciones imperativas de los Arts. 283 y 284 del Código de Procedimiento Civil), solo comprende a esta segunda instancia, quedando vigente la regulación hecha en la sentencia de 20 de marzo del 2007.

b). Que de acuerdo con lo que disponen el Art. 276, letra l) del número 7 de la Constitución de la República y el Art. 276 del Código de Procedimiento Civil, se sirva motivar la razón por la cual se dejan de aplicar los Arts. 283 y 284 del Código de Procedimiento Civil y Art. 148 del Código Orgánico de la Función Judicial, al no condenar al pago de costas.

Seguiremos siendo notificados en la casilla judicial N° 9 asignada a nuestro defensor.

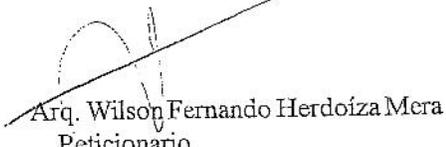
Respetuosamente,



Wladimiro Villalba Vega
Abogado - Mat. 9 - C.A.P.



Econ. Nelson Marcelo Herdoíza Mera
Petitionario



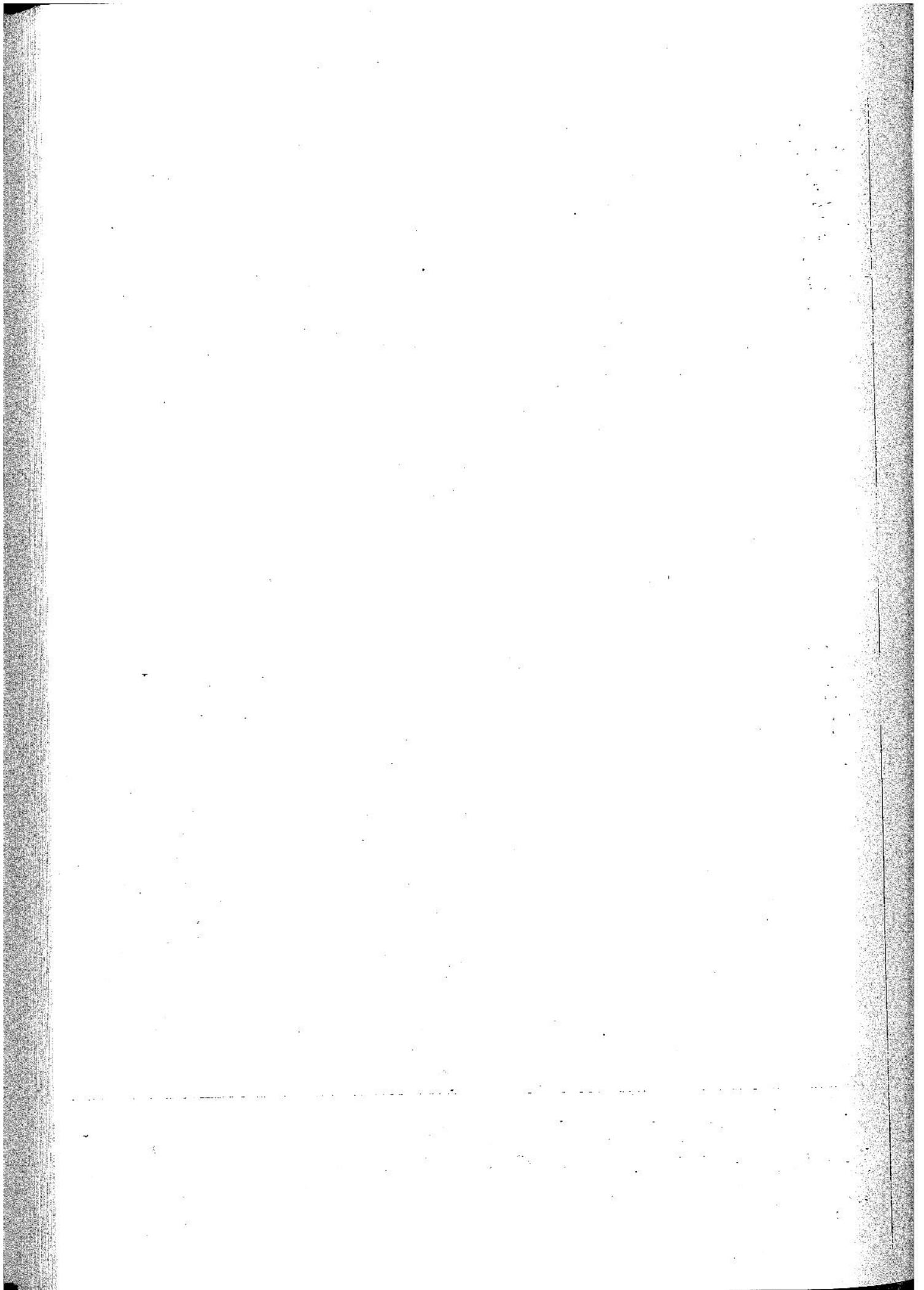
Arq. Wilson Fernando Herdoíza Mera
Petitionario

C:\HerdoizaMera\Suprema172003Nul\3S-Apel-105-2007\Ampliac1

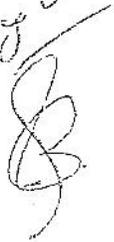
Presentado el día de hoy diecinueve de junio de dos mil nueve, las quince horas con diecinueve minutos; con una copia igual.-



Dr. Carlos Rodríguez García
SECRETARIO RELATOR

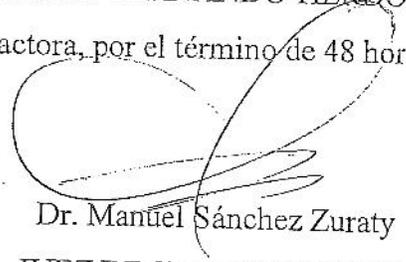


3

*ST
Fuentes
y Uruice*


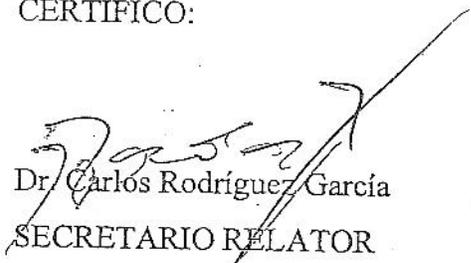
CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA.- Quito, 24 de junio de 2009, las 09H00.-

Agréguese a los autos los escritos presentados. En lo principal, con la solicitud de aclaración y ampliación presentada por NELSON MARCELO Y WILSON FERNANDO HERDOIZA MERA, córrase traslado a la parte actora, por el término de 48 horas.- Notifíquese.-



Dr. Manuel Sánchez Zuraty
JUEZ DE SUSTANCIACION

CERTIFICO:



Dr. Carlos Rodríguez García
SECRETARIO RELATOR

En Quito, veinte y cuatro de junio de dos mil nueve, las ocho horas con veinte minutos; notifico con la providencia que antecede a: Dr. Diego Pazmiño Holguín como Procurador Judicial de Laura y Magdalena

Herdoíza Mera, por boleta en el casillero judicial No. 333; a Rubén Herdoíza Mera por boleta en el casillero judicial No. 1910; y a Nelson y Wilson Herdoíza Mera por boleta en el casillero judicial No. 9.- Certifico.-


Dr. Carlos Rodríguez García
SECRETARIO RELATOR

Dr. Enrique Sáenz Guitiérrez
ABOGADO

JUICIO N° 105-2007

SEÑORES JUECES NACIONALES DE LA SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.

40-
Curaucuta
J

DOCTOR RUBEN ARNOLDO HERDOIZA MERA, dentro de la Apelación N° 105-2007 ER, de la sentencia emitida por el señor Presidente de de la Corte Suprema de Justicia, en el juicio ordinario propuesto por el Dr. Diego Hernán Pazmiño Holguín, en su calidad de mandatario de las señoras Laura Raquel y Elisa Herdoíza Mera, quienes pretenden obtener la declaratoria de nulidad del último testamento abierto otorgado por mi madre la señora LAURA ENRIQUETA MERA REYES DE HERDOIZA, comedidamente me permito manifestar lo siguiente:

I

Con relación a su Providencia de 24 de Junio del 2009, las 09h00, con la cual se corre traslado con la solicitud de aclaración y ampliación, presentada por Nelson Marcelo y Wilson Fernando Herdoíza Mera, expreso lo siguiente:

II

Adhiero a la petición de aclaración y ampliación presentada por mis hermanos Eco, Nelson Marcelo y Arq. Wilson Fernando Herdoíza Mera, en atención a lo dispuesto en el Artículo 281° y 282° del Código de Procedimiento Civil.

Conforme determinan los referidos artículos, la solicitud de ampliación versará sobre los puntos que se ha omitido resolver por ustedes señores Jueces Nacionales, sin embargo de que estos fueron claramente expuestos y precisados en mi escrito por medio del cual propuse el recurso de apelación de la referida sentencia y que concretamente son:

- a) La reconvencción planteada en contra del Dr. Diego Hernán Pazmiño Holguín, por sus propios y personales derechos y como mandatario de las señoras Laura Raquel y Elisa Magdalena Herdoíza Mera, por el daño moral que me han causado, por lo cual reclamo expresamente el pago de la indemnización que la Ley reconoce por este concepto.
- b) Reclamo adicionalmente la indemnización por los daños causados a los herederos, por parte de las señoras Laura Raquel y Elisa Magdalena Herdoíza Mera, originados en la retención ilegítima, arbitraria administración y posesión de los bienes hereditarios. La indemnización por

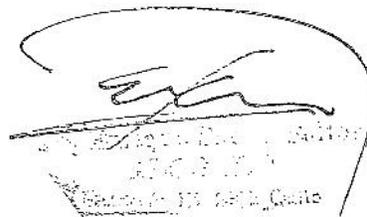
los frutos civiles serán calculados desde el momento que obstruyeron la administración del Albacea Testamentario, señor Nelson Marcelo Herdoíza Mera, así como, por el deterioro que hubiere sufrido tales bienes.

- c) Que se dignen disponer que las señoras Laura Raquel y Magdalena Elisa Herdoíza Mera, procedan de manera inmediata a la entrega de los bienes hereditarios, que han sido retenidos ilegítimamente, a los fines de que el Albacea Testamentario proceda, como manda Ley, a la ejecución del testamento otorgado por nuestra madre señora Laura Enriqueta Mera Reyes vda. de Herdoíza, el 19 de Julio de 2002*
- d) Que sea fijado, conforme a derecho, el monto de los honorarios del Profesional, que patrocina mi defensa, correspondientes a esta instancia.*

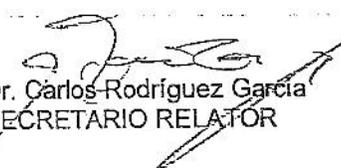
Notificaciones que me correspondan en la sustanciación de la presente causa, las continuaré recibiendo en el casillero judicial n° 1910, asignado a mi Abogado Defensor Dr. Enrique Sáenz Saltos, profesional al cual le faculto suscribir todos los escritos que fueren menester en defensa de mis intereses.

Sírvanse ustedes señores Jueces proveer conforme he solicitado.


DR. RUBEN A. HERDOÍZA MERA



Presentado el día de hoy veinte y seis de junio de dos mil nueve, las quince horas con cuarenta minutos; con una copia igual.


Dr. Carlos Rodríguez García
SECRETARIO RELATOR

BUFETE

"Wladimir Villalba Vega & Hijos"

Wladimir Villalba Vega
Wladimir Villalba Paredes
Alberto Villalba Paredes
Francisco Villalba Paredes
Navier Villalba Paredes

Tel. 2 253180 - 2253181 - 2256060 - 2276203 - 2276574 - 2277674
e-mail bufetevh@procesoimr.net Fax N° 2256884
Casilla postal N° 17-17-1973 Casilla Judicial N° 9
Edificio Unicornio II Torre Empresarial Oficinas Nos. 12-01.05
Aves. Amazonas N° 3911 y NTA. VII. QUITO - ECUADOR

Wladimir Villalba Vega
[Signature]

**SEÑORES JUECES NACIONALES DE LA SALA DE LO CIVIL,
MERCANTIL Y FAMILIA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA:**

Nosotros, Econ. NELSON MARCELO y Arq. WILSON FERNANDO HERDOÍZA MERA, dentro de la APELACIÓN N° 105-2007ER (anterior Tercera Sala de la Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia), de la sentencia pronunciada por el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia, en el juicio ordinario propuesto por el Dr. DIEGO HERNÁN PAZMIÑO HOLGUÍN, en nombre de sus poderdantes señoras LAURA RAQUEL y Dra. ELISA MAGDALENA HERDOÍZA MERA, con la pretensión de que se declare la nulidad del último testamento abierto otorgado por nuestra señora madre doña LAURA ENRIQUETA MERA REYES VIUDA DE HERDOÍZA, a ustedes, respetuosamente, decimos:

En providencia de 24 de junio del año en curso, el señor Juez Nacional de Sustanciación de la Sala dispuso que se corra traslado a la parte actora con nuestros pedidos de ampliación y aclaración de la resolución de 16 del mismo mes, que presentamos el 19 de ese mes. Tanto el Dr. Diego Hernando Pazmiño Holguín, por sus propios derechos y como procurador de las señoras Laura Enriqueta y Dra. Elisa Magdalena Herdoíza Mera, y estas mismas señoras nada han dicho al respecto.

Por tanto, acusamos la rebeldía en la que ha incurrido la parte actora y consecuentemente solicitamos que se la declare rebelde.

En lo principal, dado el tiempo transcurrido, rogamos muy comedidamente a la Sala resolver sobre nuestros pedidos concretos de ampliación y aclaración.

Respetuosamente,

A ruego de los peticionarios y como su defensor, debidamente autorizado,

[Signature]
Wladimir-Villalba Vega

Abogado - Mat. 9 - C.A.P.

Presentado el día de hoy quince de julio de dos mil nueve, las once horas con cuarenta minutos; con una copia igual.-



Ab. Boris Trujillo Rodríguez
SECRETARIO RELATOR (e)

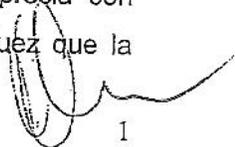
Ponente: Dr. Manuel Sánchez Zuraty

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 reconvencciones 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 Herdoiza 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 oscura; 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 claridad que, dictada una sentencia, es inmutable por el mismo juez que la

16.07.09 - 10:00

42
Aclaración
& dos



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 Echandía. 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 necesario, no puede resolver las cuestiones de fondo de la litis, porque la existencia legitimada de las partes es una condición para dictar sentencia de

43-
Poderante
y costas
[Signature]

mérito; por lo expuesto, no es posible resolver sobre la "litis trabada con las reconvencciones 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.-

[Signature]
Dr. Carlos Ramírez-Romero
JUEZ NACIONAL

[Signature]
Dr. Manuel Sánchez Zuraty
JUEZ NACIONAL

[Signature]
Dr. Galo Martínez Pinto
JUEZ NACIONAL

CERTIFICO:

[Signature]
Ab. Boris Trujillo Rodríguez
SECRETARIO RELATOR (e)

En Quito, diecisiete de julio de dos mil nueve, las ocho horas con cincuenta minutos; notifico con la providencia que antecede a: DIEGO PAZMIÑO HOLGUIN, como Procurador Judicial de Laura y Magdalena Herdoíza Mera, por boleta en el casillero judicial No. 1910; y a NELSON Y WILSON HERDOIZA MERA por boleta en el casillero judicial No. 9. - Certifico. -

Ab. Boris Trujillo Rodríguez

SECRETARIO RELATOR (e)

En Quito, diecisiete de julio de dos mil nueve, las ocho horas con cincuenta minutos; notifico con la providencia que antecede a: DIEGO PAZMIÑO HOLGUIN, como Procurador Judicial de Laura y Magdalena Herdoíza Mera, por boleta en el casillero judicial No. 333; a RUBEN HERDOIZA MERA por boleta en el casillero judicial No. 1910; y a NELSON Y WILSON HERDOIZA MERA por boleta en el casillero judicial No. 9. - Certifico. -

Ab. Boris Trujillo Rodríguez

SECRETARIO RELATOR (e)

