



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIOHUMANÍSTICA

TÍTULO DE MAGISTER EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL

**“Ejercicio de apertura y publicación del testamento
cerrado. Reforma”**

TRABAJO DE TITULACIÓN

Autora: Mayorga Goyes Verónica Judith

Director: Andrade Hidalgo Rolando David, Mg.

Centro Universitario: Ambato

2015



Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NY-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>

2015

APROBACIÓN DE LA DIRECTORA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Magister.

Rolando Andrade Hidalgo

DIRECTOR DE TESIS

De mi consideración:

Que el trabajo de grado realizado por el estudiante: Verónica Judith Mayorga Goyes, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, ajustándose a las normas establecidas por la Universidad Técnica Particular de Loja; por lo que autorizo su presentación.

Loja, agosto 2015

Mg. Rolando David Andrade Hidalgo

DIRECTOR

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

Yo, Verónica Judith Mayorga Goyes, declaro ser autor (a) del presente trabajo de titulación: “Ejercicio de apertura y publicación del testamento cerrado. Reforma” de la Titulación Magister En Derecho Civil Y Procesal Civil siendo el Magister Rolando Andrade Hidalgo director (a) del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, concepto, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 88 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado o trabajos de titulación que se realicen con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”

f).....

Verónica Judith Mayorga Goyes

Cédula No. 1803442498

AGRADECIMIENTO

Al obtener mi cuarto nivel de estudio, quiero dejar constancia de mi profundo agradecimiento a todos quienes con su valioso apoyo, coadyuvaron para alcanzar con éxito este anhelado objetivo.

Quiero agradecer de manera particular a la Universidad Técnica Particular de Loja, en las personas de sus directivos, docentes y personal que labora en esta prestigiosa institución, que hacen posible que muchos profesionales continuemos ascendiendo en el camino del conocimiento.

f).....

AUTORA

DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo a mi familia, quienes son la fuente de mi inspiración, y que con su invalorable apoyo me dotaron de baluarte que llevó a feliz término esta investigación.

f).....

AUTORA

ÍNDICE DE CONTENIDOS

CARATULA	i
APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE TITULACIÓN	ii
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS	iii
DEDICATORÍA	iv
AGRADECIMIENTO	v
ÍNDICE DE CONTENIDOS	vi
RESUMEN.....	1
ABSTACT	2
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO 1	
EL TESTAMENTO SOLEMNE	
1.1 Generalidades del testamento	6
1.2 Elementos y requisitos para la validez del testamento	11
1.2.1 Elementos	11
1.2.2 Requisitos.....	11
1.3 Clases de testamento	14
CAPÍTULO 2	
ANÁLISIS NORMATIVO DE LA APERTURA Y PUBLICACIÓN DEL TESTAMENTO CERRADO	
2.1 Análisis jurídico normativo en nuestra legislación.	20
2.2 Análisis jurídico comparado con legislación chilena.	24
2.3 Análisis jurídico comparado con legislación colombiana.	25
CAPÍTULO 3	
INVESTIGACIÓN DE CAMPO	
3.1 Aplicación de encuestas temáticas a profesionales del derecho.....	31
3.2 Representación gráfica y análisis de resultados.....	31
3.3 Propuesta de reforma.	45
CAPÍTULO 4	
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	
4.1 Conclusiones	50
4.2 Recomendaciones	51
4.3 Bibliografía	52
4.4 Anexos	53

RESUMEN

El testamento es un acto jurídico, celebrado con las solemnidades, por el cual una persona dispone de sus bienes para después de su muerte. En el intervienen el elemento personal y real, y los requisitos determinados por la ley.

Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables.

En este caso tratamos sobre el testamento solemne cerrado; y, en el que la ley procesal dispone que para la apertura y publicación del testamento cerrado, el que tenga interés en la sucesión testamentario, puede pedir al juzgador, que disponga su exhibición a cualquier persona que lo tenga, lo que es una contradicción con lo que dispone la ley sustantiva, que el testamento cerrado debe otorgarse ante notario y cinco testigos. En el caso que no se cumpla esta solemnidad, puede llegar a ser nulo.

Por lo que he propuesto la reforma al artículo 334 del Código Orgánico General de Procesos, numeral 7: “La apertura y publicación del testamento solemne cerrado”.

Y sustituir el segundo inciso del artículo 335: El juzgador calificará la solicitud. Si se admite, el juzgador dispondrá la citación de todas las personas interesadas.

PALABRAS CLAVE: Acto jurídico, solemne, personal, universal, dispositivo, revocable.

ABSTRACT

The will is a legal act, celebrated with solemnity, by means of which one person disposes about the destiny of their goods after their death. The personal and real elements as well as the requirements determined by law take part in the will.

All the testamentary dispositions are essentially revocable.

In this case, we are dealing with the solemn sealed testament in which procedural law provides that in order to open and issue the sealed testament, the party interested in testamentary succession may ask the judge to order its display to the person who has it.

This is contradictory with what substantive law provides as it states that the sealed testament must be given before a notary and five witnesses. In case this solemnity is not carried out, it may become null.

For this reason, I propose a reform to item 334 of the General Organic Code for Proceedings, numeral 7: "Opening and issuing the solemn sealed testament".

And to substitute the second subsection of item 335: The judge shall rate the petition. If admitted, the judge shall dispose a citation of all the interested people.

KEY WORDS: Legal act, solemn, personal, universal, dispositive, revocable.

INTRODUCCION

TEMA DESARROLLADO

El tema desarrollado trata sobre la realización de una propuesta para la reforma del Código Orgánico General de Procesos, ya que existe contradicción en el testamento solemne cerrado, entre lo que dispone la ley sustantiva y el trámite que se establece en la ley procesal.

CAPITULO 1

Se expone los conceptos legales sobre el testamento, determinados por algunos autores reconocidos como Cabanellas y Larrea, explicando las características, requisitos y que clases de testamentos se pueden encontrar en la Legislación ecuatoriana.

CAPITULO 2

Análisis jurídico normativo del testamento cerrado, según el Código Civil, Código de Procedimiento Civil y El Código Orgánico General de Procesos. Además de un análisis jurídico comparativo con la legislación Chilena y Colombiana, mismas que son similares a las normas determinadas por la legislación ecuatoriana, con respecto al otorgamiento y a la apertura del testamento solemne cerrado.

CAPITULO 3

Investigación de campo a través de encuestas realizadas a profesionales del derecho, con su respectivo análisis, para poder determinar el conocimiento que tienen sobre el testamento cerrado y las contradicciones existentes.

Además de determinar si estarían de acuerdo o no con las reformas propuestas en el presente trabajo.

CAPITULO 4

Conclusiones que determinan los resultados del análisis efectuado en torno al tema, derivado del tratamiento de los datos y de las interrogantes planteadas y ensamblar de nuevo los elementos diferenciados en el proceso analítico para reconstruir un todo estructurado y significativo.

Las recomendaciones, que en una investigación están dirigidas a proporcionar sugerencias a la luz de los resultados, en este sentido las recomendaciones deben ser congruentes con los hallazgos y resultados afines con la investigación.

La bibliografía hace referencia a algún documento que se utilizó como fuente en la tarea de redacción o para citar contenidos que pueden complementar y enriquecer los escritos al ampliar la **información** que estos presentan.

IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACION

La Asamblea Nacional, cuando elabore y dicte leyes, debe tener en cuenta que no puede haber contradicciones en lo que dispone la ley sustantiva y el trámite que se establece en la ley procesal que viene a constituir una normativa de aplicación de la ley sustantiva.

RESPUESTA AL PROBLEMA PLANTEADO

La respuesta es la reforma de la ley procesal, referente al otorgamiento del testamento solemne cerrado.

El principal objetivo es que la propuesta de reforma al Código Orgánico General de Procesos, sea recogida con otros planteamientos, por parte de los asambleístas, o por cualquier organismo ciudadano y se presenta el proyecto integral de reformas al Código Orgánico cuando entre en vigencia

La realización de esta investigación se logro con facilidad al maximizar el rendimiento de los recursos disponibles. Como los recursos bibliográficos de investigación y la colaboración de encuestas a Abogados y Doctores en Jurisprudencia.

El método utilizado es la investigación aplicada, también conocida como activa o dinámica, y corresponde al estudio y aplicación de la investigación a u problema definido en circunstancias y características concretas.

La investigación aplicada se halla estrechamente unida a la investigación pura pues, en cierta forma, depende de sus hallazgos y aportaciones teóricas

CAPÍTULO 1
EL TESTAMENTO SOLEMNE

1.1 Generalidades del testamento.

Conceptos:

Cabanellas (1979) expone los siguientes conceptos legales:

Como muestrario legal, el Cód. Civ. esp. determina que: “El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes, o de parte de ellos, se llama testamento”. “Por su parte, el Cód. Civ. Arg. Expresa: “El testamento es un acto escrito, celebrado con las solemnidades la ley, por el cual una persona dispone de todo o parte de sus viene para después de sus muerte” (p.388).

El testamento como acto dispositivo, declaratorio o expresión de la voluntad de una persona, para que se ejecute después de ser muerte en lo que se refiere a sus bienes, se fundamenta los conceptos antes transcritos.

Al tratarse de conceptos legales, en el Código Civil del Ecuador (2014) existe el siguiente:

Art. 1037.-El testamento es un acto más o menos solemne en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes, para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva (p.74).

En este concepto, también se puede destacar que el testamento es un acto dispositivo, en el cual una persona dispone de sus bienes, para que tenga pleno efecto después de su muerte. La expresión “tenga pleno efecto” lo considero como que se trata de una orden que tiene que cumplirse. Se dará pleno efecto como dice la norma transcrita, cuando el testador ha dispuesto sus bienes de acuerdo a lo establecido en las reglas sucesorias, caso contrario no surtirá ningún efecto legal lo dispuesto por el testador.

Larrea (2009) sobre el testamento expone:

Para muchos el testamento más que un acto jurídico sería un instrumento jurídico en el que consta y mediante el cual se prueba la disposición del testador respecto de sus bienes, para después de la muerte. En efecto las formalidad exigidas por la ley hacen del testamento y su contenido esencial consiste en la disposición de los bienes mortis causae, pero puede contener otras disposiciones de declaraciones.

Las definiciones de los juristas romanos, que reproduce Claro Solar, coinciden en buena parte con la nuestra de Código: Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio in id solemmiter factum ut post mortem nostram valeat”, según Ulpianus, y para Modestinus: “Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit”.

De entre los autores españoles, encuentro también una muy próxima a la del Código Civil Ecuatoriano: “El testamento es un negocio jurídico unilateral, formal o solemne, personalísimo y revocable, por el que una persona dicta disposiciones patrimoniales, para después de su muerte”(p.144).

Estos conceptos consideran que el testamento es un acto jurídico y un instrumento jurídico en el que se prueba la disposición del testador de sus bienes, para después de su muerte. Además se hace constar algunas características de testamento, que las trataré a continuación.

Características:

Cabanellas (1979) recoge una característica que dice:

De Diego, ajustándose al Cód. Civ. Esp. En su doctrina general, caracteriza el testamento como “acto unilateral, personalísimo, solemne, revocable, mortis causa, enderezado a disponer lo que queremos se haga después de nuestra muerte en los límites y condiciones impuestas por el Derecho Objetivo” (p.388).

El autor del contenido transcrito, caracteriza el testamento como un acto unilateral, personalísimo, solemne y revocable.

Ramírez (2011) caracteriza al testamento:

- **Acto Jurídico.-** El testamento es un acto jurídico porque interviene la voluntad de una persona, lo que lo diferencia del hecho jurídico, entendiendo como el acontecimiento que se produce sin intervención de la voluntad humana y que genera o extingue derechos, como la muerte por ejemplo. Es importante resaltar esta característica porque en doctrina, por autores italianos y franceses, consideran al testamento como un contrato (p.147).

El autor caracteriza al testamento como un acto jurídico, entendiéndose que procede de la voluntad humana; o la expresión de lo que la persona quiere que sus bienes se transmitan a sus herederos de acuerdo a su intención, claro está, sujeto a lo que dispone la ley.

Larrea (2009) caracteriza al testamento como solemne:

- **Acto solemne:** Para aproximarnos a una definición del testamento conviene encuadrarlo en el género próximo, que, dentro de las categorías jurídicas comúnmente aceptadas, es el acto solemne. Nos hallamos ante una manifestación libre de la voluntad humana que debe estar revestida de cierta forma jurídica de tal suerte que, sin esta forma jurídica de tal suerte que sin esta forma o solemnidades, no produciría efecto y aún más podría calificarse propiamente de testamento.

Hemos considerado en el breve resumen histórico, como en toda época y en los más diversos países se ha exigido siempre ciertas solemnidades para el testamento. En el primitivo Derecho Romano consistían en ceremonias rituales de carácter religioso y político; posteriormente, interviene en autoridades públicas para realizar simbolismos imprescindibles; luego se simplifican estas ceremonias, pero exige la confección de un documento ante testigos, o la expresión de la voluntad, así mismo ante testigos. En

los sistemas modernos de derecho se conserva estas dos fundamentales formas externas y en el Ecuador y muchos países solamente las formas escritas (p.134).

El autor sostiene que el testamento, por ser un acto solemne debe estar revestido de ciertas formalidades jurídicas establecidas en la ley; en el caso que no se haya observado esta característica del testamento, no produciría ningún efecto, incluso podría llegar a la declaratoria de nulidad.

- **Acto universal.-** La voluntad escrita de una persona sobre sus bienes para que se transmitan después de sus días, es de una persona, no hace falta la intervención de otra persona para que se perfeccione el acto jurídico testamentario. Entendiéndose persona, como una sola parte, en el otorgamiento del testamento no concurren dos partes para su validez, sino una sola que es el testador.
- **Acto personal.-** La persona que quiere otorgar testamento debe hacerla ella misma; el acto testamentario es indelegable. Existen actos jurídicos que se pueden delegar a través de mandatarios, pero el testamento no puede realizarlo un mandatario, sino únicamente la persona que tenga la voluntad de hacerlo.
- **Acto dispositivo:** Ramírez (2009) al respecto dice:

De manera general, el testamento contiene la disposición de los bienes del causante. Puede disponer de todo o de parte de sus bienes. Los comentaristas sostienen que la disposición puede ser directa o indirecta cuando el testador realiza asignaciones a sus herederos o legatarios, dispone directamente de sus bienes. En cambio, si el testador revoca un testamento anterior sin disponer absolutamente nada de sus bienes en el nuevo testamento, estamos en el caso de disposición indirecta; en cuanto a que su voluntad es la que la sucesión intestada. Puede contener declaraciones que no constituyan disposición de bienes, como expresión de gratitud, reconocimiento de hijos, consideraciones religiosas etc. (p.148).

El autor destaca que el testamento es un acto en el cual la persona expresa su voluntad respecto de sus bienes, es decir dispone de sus bienes a sus herederos o asignatarios, para que se cumpla esta disposición cuando fallezca; esta disposición o asignación debe sujetarse a las reglas de la sucesión, caso contrario puede pedirse posteriormente la reforma o nulidad del acto testamentario.

- **Acto revocable.-** El Código Civil (2014), acerca de su revocabilidad del testamento dispone:

Art. 1039.- Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aún cuando el testador exprese en el testamento la determinación de revocarlas. Las cláusulas derogatorias de sus disposiciones futuras se tendrán por no escritas, aunque se confirmen con juramento.

Si en el testamento anterior se hubiese ordenado que no valga su revocación si no se hiciere con ciertas palabras o señales, se mirará esta disposición como no escrita (p.74).

Es determinante esta disposición sobre la revocabilidad del testamento; se entenderá como no escrita la expresión que haga constar el testador sobre lo contrario.

Existen ciertos actos jurídicos que no pueden revocarse, como la donación entre vivos; la donación entre esposos si puede revocarse.

En el testamento se pueden revocar las asignaciones de los bienes, pero no se puede revocar algunas declaraciones, como el reconocimiento de un hijo.

Ramírez (2009) sobre la revocabilidad, dice:

El testamento surte efecto después de la muerte del causante y ello permite que, hasta que la muerte no ocurra, el testador puede revocar las asignaciones y dejar sin efecto el testamento en cuanto a disposición de bienes. La revocabilidad es un elemento esencial en el testamento y por ello de manera expresa la ley dispone que

no tendrán validez o se considerarán como no escritas las siguientes cláusulas:

- a. Las cláusulas en las que el testador exprese su voluntad de no revocar las disposiciones testamentarias.
- b. Las cláusulas derogatorias de sus disposiciones futuras, aunque se confirmen con juramento.
- c. Las cláusulas del testamento anterior en el que se hubiere ordenado que no valga su revocación si no se hiciere con ciertas palabras o señales (p.149).

1.2 Elementos y requisitos para la validez del testamento.

1.2.1 Elementos.

El testamento es un acto jurídico, solemne personal, unilateral, indelegable y revocable, en el que intervienen los siguientes elementos:

- Elemento personal, que tiene el carácter de subjetivo.
- Elemento real, que se constituye el acto mediante el cual el testador dispone de sus bienes, mediante las asignaciones que pueden ser a sus herederos u otra persona, según sea el caso.

1.2.2 Requisitos.

- Requisitos de fondo:

- Capacidad: se refiere a la capacidad legal exigida para poder testar. Hay personas que por su situación legal o pueden testar, como lo dispone el Código Civil (2014) que dice:

Art. 1042.- No son hábiles para testar:

1; El menor de dieciocho años.

2; El que se hallare en interdicción por causa de demencia.

3; El que actualmente no estuviere en sano juicio, por ebriedad u otra causa.

4; El que de palabra o por escrito no pudiese expresar su voluntad claramente.

Las personas no comprendidas en esta enumeración son hábiles para testar (p.74).

- Consentimiento: el testador expresa su voluntad voluntariamente, sin presión de ninguna clase que pueda afectar su libre consentimiento, es decir si la concurrencia de ningún vicio de error, fuerza o dolo.
 - Objeto lícito: la disposición que hace el testador de sus bienes patrimoniales tiene un finalidad, la de transmitir estos bienes a sus herederos, a su familia, por tanto si este del objetivo del testamento se da el caso del objeto lícito.
 - Causa lícita: que sus hijos, heredero o su familia reciban los bienes del testador se entiende que existe causa lícita.
- **Requisitos de forma:** Estos requisitos persiguen que no ocurra la nulidad del testamento. Entre otros tenemos:
- Debe ser escrito: no puede otorgarse el testamento en forma oral; no necesariamente debe ser otorgado mediante escritura pública.
 - Manifestación de la voluntad del testador: el objeto principal del testamento es disponer de sus bienes a los herederos o signatarios, para que se cumpla después que haya fallecido. En esta disposición expresa en forma libre su voluntad.

La disposición de los bienes la debe realizar el testador, observando todas las reglas legales que disponen las leyes sucesorias; en el caso que no se sujete a ellas, puede darse el caso que mediante accione los herederos o asignatarios, pidan que se reforme el testamento; también puede ocurrir que se pida la nulidad del testamento cuando no se hayan observado las solemnidades y requerimientos de fondo y de forma en el otorgamiento del mismo.

- La comparecencia de testigos:

Cuando se otorga testamento, la presencia participación de testigos es solemnidad obligatoria sin que se puede suplir de ninguna forma, los testigos que intervienen en el testamento no solo deben ser capaces legalmente, sino que tienen que cumplir además de ser capaces tienen que ser imparciales y no tener interés en el acto jurídico.

El Código Civil (2014) sobre los testigos dice:

Art. 1050.- No podrán ser testigos en un testamento solemne, otorgado en el Ecuador:

1^{er} Los menores de dieciocho años.

2^{do} Los que se hallaren en interdicción por causa de demencia.

3^{ro} Los que actualmente se hallaren privados de la razón.

4^{to} Los ciegos.

5^{to} los sordos.

6^{to} Los mudos.

7^{mo} Los condenados a alguna de las penas de signadas en el Art. 311 numeral 4: mientras dure la condena.

8^{vo} Los dependientes del notario que autorizare el testamento.

9^{no} Los extranjeros no domiciliados en el Ecuador.

10^{mo} Los que no entienden el idioma del testador, sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 1062.

Dos a lo menos de los testigos deberán estar domiciliados en el cantón en el que se otorgue el testamento, y uno , a lo menos, deberá saber leer y escribir, cuando solo concurren tres testigos; y dos, cuando concurrieren cinco (p.75).

Puede darse la nulidad del testamento cuando no haya intervenido el número de testigos que dispone la ley en cada clase de testamento.

Los testigos deben dar razón del otorgamiento del testamento, como: los nombres y apellidos del testador y más generales de ley, la fecha del otorgamiento y del cumplimiento de las solemnidades exigidas para el testamento.

- Las firmas: las firmas del notario, del testador y los testigos son elementos que le permitan entre otras requisitos, que el testamento tenga la validez que le corresponda,

La firma del notario en el testamento abierto es imprescindible, en el caso que se realice ante notario. En el caso que los testigos no puedan firmar, puede ser suplida por otras personas a ruego, lo que no se puede hacer con la firma del testador, que es irremplazable en el caso de testamento cerrado, por lo que en el que no sepa firmar, no podrá otorgar testamento cerrado.

- La indicación del lugar y fecha: debe hacerse constar el lugar y la fecha en que se otorgó el testamento, con la finalidad de establecer si en esa fecha o tiempo, el testador estuvo en plena capacidad mental para expresar su voluntad; el lugar a jurisdicción es importante conocerlo para establecer si el otorgamiento fue realizado ante autoridad que determina la ley.

Somarriva (1954) respecto del lugar: dice: “La omisión del lugar, origina la nulidad del mismo, porque este es un requisito de todo instrumento público y así lo ha confirmado la jurisprudencia de los tribunales de Chile”

(p.194).

El autor se refiere a que se debe hacer constar el lugar, porque el testamento es un instrumento público. Al respecto considero que el autor se refiere al testamento que se haya otorgado ante notario; el testamento abierto que se ha realizado ante cinco testigos sin intervención de notario aún no es instrumento público.

1.3 Clases de testamentos.

Según nuestro Código Civil, el testamento es solemne y menos solemne.

El testamento solemne es aquel que para su otorgamiento se han observado todas las solemnidades que la ley establece, como el número de testigos, la celebración ante notario entre otras solemnidades.

El testamento solemne se clasifica en abierto y cerrado.

Testamento solemne abierto: También se lo conoce como testamento nuncupativo o público, en el cual el testador hace sabedores de su contenido a los testigos y al notario cuando ha sido realizado ante el funcionario público indicado.

Tobar (1969) al respecto dice:

Se llena el propósito fundamental del testamento entre formas distintas: a) Dictando el testador sus disposiciones en presencia el notario y de los testigos y haciéndola leer por aquel; b) Entregado el testador al notario el pliego en que ha escrito sus disposiciones para que las redacte definitivamente y las lea a las personas necesarias; c) Haciendo leer el pliego en que ha escrito sus disposiciones, se están redactadas de maneras que no necesiten rectificación ni enmienda (p. 203).

El testamento solemne abierto puede ser otorgado de dos formas:

Primera forma: ante notario y tres testigos; en el caso que no hubiere notario en la jurisdicción en la cual se quiera realizar el testamento abierto, y hubiere un juez de lo civil, éste podrá hacer las veces de notario.

Segunda forma: ante cinco testigos, sin la presencia de notario. Para su publicación el juez competente hará comparecer a los testigos para que reconozcan sus firmas y la del testador; luego el juez podrá su firma al principio y fin de cada página del testamento y lo mandará a entregar al notario para que lo incorpore en sus protocolos.

El testamento abierto para su otorgamiento ante notario, debe cumplir requisitos establecidos en la ley.

Ramírez (2009) al respecto expresa:

El otorgamiento y el testamento abierto como instrumento deberán cumplir los siguientes requisitos formales y de procedimiento:

- a. **Quienes deben presenciar el acto:** El testamento deberá ser presenciado en todas su partes por el testador, por un mismo notario, si lo hubiere, y por unos mismos testigos, Art. 1053 inc. 2do; 1055 C.C.
- b. **Identificación del testador:** Contener las siguientes designaciones del testador: nombre, apellido y nacionalidad; el lugar de su nacimiento; su domicilio; su edad a circunstancia de hallarse en su entero juicio; los nombres de las personas con quienes hubiere contraído matrimonio, de los hijos del testador con distinción de vivos y muertos. Art. 105C.C.
- c. **Identificación de testigos:** Nombre, apellidos y domicilio de cada uno de los testigos.
- d. **Lugar y fecha. Identificación del Notario:** El lugar, día, mes y año del otorgamiento y el nombre y apellido del notario si lo hubiere. La determinación del lugar y tiempo resultan datos absolutamente necesarios para establecer la capacidad del testador y la competencia del notario y testigos, elementos importantes para el caso de que demande la nulidad o falsedad del testamento, o para determinar el orden de los testamentos para el caso de revocatoria.
- e. **Forma escrita:** El testamento abierto podrá haberse escrito anticipadamente, o dictar sus disposiciones en presencia del notario y de los testigos para se escriban.
- f. **Lectura del testamento:** Sea que el testador, tenga escrito el testamento y que se escriba en uno o más actos, será todo el leído en alta voz por el notario si lo hubiere, o a falta de notario, por no de los testigos, designado por el testador a esta efecto.
- g. **Presencia del testador y quienes deben oír la lectura del testamento:** Mientras el testamento se lee, estará el testador a la vista, y las personas cuya presencia es necesaria oirán todo el tenor de su disposición.

h. **Firmas:** Son requisitos relativos a las firmas; 1) La suscripción del testamento terminará por las firmas del testador y testigos y por el notario, si lo hubiere. 2) Si el testador no supiere o no pudiere firmar, se cumplirán dos exigencias, su pena de nulidad: a) se mencionará en el testamento esta circunstancia. B) se expresará la causa que impide al testador firmar. 3) Si se hallare alguno de los testigos en el mismo caso de no saber o no poder firmar, otro de ellos firmará por él, y a ruego suyo, expresándolo así (p.164).

Testamento solemne cerrado: debe otorgarse ante notario y cinco testigos.

En este testamento ningún juez podrá hacer las veces de notario.

El que no sabe leer ni escribir no puede otorgar testamento cerrado.

El Código Civil ecuatoriano (2014) respecto del testamento cerrado en los incisos 1 y 2 del Art. 1061, dispone:

Lo que constituye esencialmente el testamento cerrado es el acto en que el testador presenta al notario y testigos una escritura cerrada, declarando de viva voz y de manera que el notario y testigos le vean, oigan y entiendan, salvo el caso del artículo siguiente, que en aquella escritura se contiene su testamento. Los mudos no podrán hacer esta declaración escribiéndola a presencia del notario y testigos.

El testamento deberá estar escrito a lo menos firmado por el testador (p.76).

Larrea (2009) manifiesta:

Lo esencial de este testamento consiste pues, en la declaración que ha de hacer el testador, ante el notario y cinco testigos, de que el pliego cerrado que entrega, es su testamento. Puede estar previamente cerrado, o debe cerrarse en ese momento, pero en cualquier caso, queda cerrado y debe conservarse cerrado hasta

que, para darle ejecución, se abrirá con otras solemnidades, que no sean parte del otorgamiento, pero que se requieran para resguardar la conservación o el secreto del testamento (p.214).

El secreto en el testamento cerrado es un derecho que a ley le da al testador. En el caso que el testador de a conocer a alguien el parte o la totalidad de su contenido, puede hacerlo, sin que afecte su validez, pero se estaría desnaturalizando el fin de este testamento, que es secreto.

El testamento cerrado debe estar firmado por el testador; la cubierta estará debidamente cerrada para evitar que se pueda extraer el testamento, sin romperla la carátula.

El notario deberá levantar una acta, en la cual anotará el título de testamento, que el testador está en sano juicio; los nombres y apellidos de los testigos, el día, mes y año de su otorgamiento y lugar en donde fue otorgado.

CAPÍTULO II

**ANÁLISIS NORMATIVO DE LA APERTURA Y PUBLICACIÓN DEL
TESTAMENTO CERRADO**

2.1 Análisis jurídico normativo en nuestra legislación.

El Código Civil del Ecuador (2014) referente al testamento cerrado dice:

Art. 1059.- El testamento solemne cerrado debe otorgarse ante un notario y cinco testigos.

En este testamento ningún juez podrá hacer las veces de notario.

Art. 1060.- El que no sepa leer y escribir no podrá otorgar testamento cerrado.

Art. 1061.- Lo que constituye esencialmente el testamento cerrado es el acto en que el testador presenta al notario y testigos una escritura cerrada, declarando de viva voz y de manera que el notario y testigos le vean, oigan y entiendan, salvo el caso del artículo siguiente, que en aquella escritura se contiene su testamento. Los mudos no podrán hacer esta declaración escribiéndola a presencia del notario y testigos.

El testamento deberá estar escrito a lo menos firmado por el testador.

La cubierta del testamento estará cerrada exteriormente, de manera que no pueda extraerse el testamento sin romperla.

Queda a arbitrio del testador poner un sello o marca, o emplear cualquier otro medio para la seguridad de la cubierta.

El notario expresará en la cubierta bajo el título testamento, la circunstancia de hallarse el testador en sano juicio; el nombre, apellido y domicilio del testador y cada uno de los testigos; 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.

Durante el otorgamiento estarán presentes, además del testador, un mismo notario y unos mismos testigos, y no habrá interrupción

alguna sino en los breves intervalos algún incidente lo exigiere (p. 76).

La disposición transcrita ordena que la persona que quiera otorgar un testamento solemne cerrado debe presentar al notario y testigos un escrito, en el que haya hecho constar su voluntad respecto de los bienes, para que se cumpla después de sus días, es decir después de su muerte. Debe expresar de viva voz ante el notario y testigos que el escrito contiene el testamento. El testamento debe estar firmado por el testador. El escrito del testamento debe ubicarse dentro de un sobre cubierto, debidamente cerrado para que no se pueda sacar el testamento. El notario debe hacer constar en la cubierta del sobre, que el testador está en sano juicio los nombres completos y domicilio del testador y los testigos. Además debe hacer constar el día, mes y año del otorgamiento. Es necesario que estén presentes en el acto de otorgamiento: el notario, el testador, y los testigos.

El Código Civil del Ecuador (2014) dispone:

Art. 1062.- Cuando el testador no pudiere extender o ser entendido de vida voz, solo podrá otorgar testamento cerrado.

El testador escribirá de su letra, sobre la cubierta, la palabra testamento, o la equivalente en el idioma que prefiera y hará del mismo modo la designación de su persona, expresando al menos, su nombre, apellido y domicilio, y la nación a que pertenece. En lo demás, se observará lo prevenido en el artículo precedente (p. 46).

Esta disposición constituye la excepción del primer inciso del Art. 1061 del Código Civil. Cuando el testador esté en las condiciones por los cuales no pueda expresar de viva voz que es su testamento, la ley acepta que la exprese escribiendo en la cubierta o sobre la palabra testamento, con este se suplirá dicha exigencia del artículo en referencia.

El Código Civil del Ecuador (2014) al respecto dispone:

Art. 1063.- 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. Si no pueden comparecer todos los testigos instrumentales presentes reconozcan sus firmas y la del testador, y abonen los de los ausentes.

En caso necesario, y siempre que el juez lo estimare conveniente, podrán ser abonadas las firmas del notario y testigos ausentes, como en el caso del inciso 4 del Art. 1058 (p. 46).

La disposición transcrita establece cierto procedimiento para la ejecución del testamento cerrado, es decir para su apertura y publicación. Dispone que no se procederá a la apertura, sin que previamente el notario y los testigos reconozcan sus firmas puestas en la cubierta en donde se ubicó al testamento. En el caso que faltare algún testigo y notario, se procederá a que reconozcan sus firmas los que estuvieren presentes. Una vez que se haya cumplido esta diligencia el juez ordenará su publicación y protocolización.

Considero que el procedimiento no debe constar en el Código Civil, que es una ley sustantiva, debe constar en la ley procesal.

El Código Civil del Ecuador (2014) dispone:

Art. 1064.- El testamento solemne, abierto o cerrado, en que se omitiere cualquiera de las formalidades a que deba respetivamente sujetarse, según los artículos precedentes, no tendrá valor alguno.

Con todo, cuando se omitiere una o más de las designaciones prescrita en el Art. 1054, en el inciso 5, del 1061, y en el inciso 2 del Art. 1062 no será por eso nulo el testamento, siempre que no haya, duda acerca de la identidad personal del testador, notario o testigo (p.46).

Cuando no se haya hecho constar en el testamento cerrado:

- Los nombres, y apellidos, lugar de nacimiento, los nombres de las personas que las cuales haya contraído matrimonio, los hijos de cada matrimonio, la circunstancia de hallarse en sano juicio.
- En la cubierta del testamento, el título de testamento, que el testador se halla en sano juicio y los nombres y apellidos del testador.

Valdrá el testamento cerrado, siempre que no haya duda de la identidad del testador, notario y testigos, es decir que se trata de las mismas personas.

El Código de Procedimiento Civil (2014) expresa:

Art. 620.- El que crea tener interés en la sucesión de una persona, puede solicitar de la jueza o juez que ordena la exhibición del testamento cerrado de aquella persona, sea quien fuere el individuo que lo conserve.

Art. 621.- Reconocimiento del testamento.- Presentando el testamento, la jueza o juez del lugar en donde se otorgó, después de cerciorase de la muerte del testador, mandará que los testigos instrumentales reconozcan su firma y la del testador, y declare, además si en su concepto la cerradura, sellos o marcas no han tenido ninguna alteración, y si el pliego es el mismo que el testador les presentó, con la expresión de que en el se contenía su última voluntad. Si no pudieren comparecer todos los testigos, bastará que los presentes abonen las firmas de los ausentes o muertos. Cuando ninguno de los testigos instrumentales estuviere en el lugar, abonarán sus firmas y la del testador otros testigos que no tengan tacha y sean de conocida honradez. Si está presente el notario que autorizó el testamento, certificará sobre los mismos puntos a que deben contraerse las declaraciones de los testigos. Con las diligencias precedentes se entenderán cumplidos todos los requisitos del Art. 1063 del Código Civil (p.87).

Respecto de lo que manifiesta el Art. 620 del Código de Procedimiento Civil, que faculta al que tenga interés en una sucesión, que ordene la jueza o juez, que exhiba el testamento cerrado la persona que lo tenga, el Art. 1059 del

Código Civil, prescribe que el testamento cerrado debe otorgarse ante un notario y cinco testigos, entonces no hay fundamento legal para que la ley procesal, faculte solicitar la exhibición del testamento a quien lo conserve. El testamento solemne cerrado debe estar a custodia de un notario en cuyo otorgamiento deben comparecer obligatoriamente el notario y los cinco testigos.

El Art. 621 del Código de Procedimiento Civil ordena que una vez presentado el testamento, a base de la solicitud de la exhibición se procederá al reconocimiento de las firmas de quienes participarán en el otorgamiento. Esta disposición es consecuencia de la anterior por lo que no está en armonía legal con lo que dispone la ley sustantiva, particular que se tomará en cuenta para la propuesta de reforma.

El Código Orgánico General de Procesos (2015) dispone:

Art. 289.- Procedencia. Se tramitará por el procedimiento ordinario todas aquellas pretensiones que no tengan previsto en trámite especial para su sustanciación (p.38).

La apertura y publicación del testamento solemne cerrado, en el Código Orgánico, no tiene fijado un trámite específico o especial por lo que deberá sustanciarse en vía ordinaria de acuerdo a lo previsto en esta norma, trámite que lo considero que no procede con este asunto, puede considerarse como un trámite sumario o voluntario.

2.2 Análisis jurídico comparado con la legislación Chilena.

EL Código de Procedimiento Civil de Chile (1999) dispone:

Art. 1046

La apertura del testamento cerrado, se hará en la forma establecida en el artículo 1025 del Código Civil, Si el testamento se hubiere otorgado ante notario que no sea del último domicilio del testador, podrá ser abierto ante el juez del departamento a que pertenezca dicho notario, por delegación del juez del domicilio que se expresa. En tal caso, el original se remitirá con las diligencias de

apertura a este juez, y se dejará archivada además una copia autorizada en el protocolo del notario que autoriza el testamento (p.325).

La presente norma procesal de Chile dispone que la apertura del testamento cerrado otorgado ante notario de su último domicilio podrá ser abierto ante el juez del departamento a que pertenezca dicho notario.

En consecuencia, las normas que se aplican en la apertura y publicación del testamento solemne cerrado de la legislación chilena, son similares con las normas de la legislación ecuatoriana, conforme se comprueba en las transcripciones que anteceden.

El Artículo 1047 de la legislación chilena expresa que cualquier persona capaz de comparecer por sí misma en juicio, podrá pedir la apertura, publicación y protocolización del testamento cerrado.

Esta disposición coincide con lo dispuesto en el artículo 620 del Código de Procedimiento del Ecuador, en lo que se refiere a que cualquier persona que tenga interés en la sucesión puede pedir la apertura y publicación del testamento cerrado, con la diferencia que en la legislación ecuatoriana se puede pedir la exhibición del testamento cerrado a la persona que lo tenga, en contradicción con lo establecido en el Artículo 1059 del Código Civil, que dispone que el testamento cerrado debe otorgarse ante un notario y con cinco testigos.

2.3 Análisis jurídico comparado con la legislación colombiana.

Artículo 1055. Definición de testamento. 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 (p. 282).

Esta norma legal del Código Civil de Colombia, es idéntica al contenido del artículo 1037 del Código Civil del Ecuador. Ambas disposiciones legales consideran al testamento como un acto más o menos solemne, en el que una

persona dispone sus bienes para que se cumpla esta voluntad después de sus días., es decir cuando haya fallecido.

El Código civil Colombiano (2010) expresa:

Artículo 1064.- Clases de testamentos. El testamento es solemne, y menos solemne. Testamento solemne es aquel en que se han observado todas las solemnidades que la ley ordinariamente requiere. El menos solemne o privilegiado es aquel en que pueden omitirse algunas de estas solemnidades, por consideración a circunstancias particulares, determinadas expresamente por la ley.

El testamento solemne es abierto o cerrado.

Testamento abierto, nuncupativo o público es aquel en que el testador hace sabedores de sus disposiciones a los testigos, y al notario cuando concurren; y testamento cerrado o secreto, es aquél en que no es necesario que los testigos y el notario tengan conocimiento de ellas.

Artículo 1065. Lugar de apertura y publicación del testamento. La apertura y publicación del testamento se hará ante el juez del último domicilio del testador; pero si no fueren hallados allí el notario y los testigos que deben reconocer sus firmas, aquellos actos tendrán lugar ante el juez que designen las leyes de procedimiento (p.824).

Las disposiciones del Código Civil colombiano antes transcritas, tienen similitud con las disposiciones de los artículos 1046-1047 y 1048 del Código Civil del Ecuador. En ambas legislaciones se clasifica a los testamentos en solemnes, en las cuales se deben observar todas las solemnidades establecidas en la ley; y en menos solemnes, en los cuales por ciertas circunstancias no se observan algunas solemnidades. En las dos legislaciones se disponen que el testamento cerrado se realizará ante el juez del último domicilio del testador.

Otras disposiciones del Código Civil de Colombia (2010) sobre el testamento cerrado:

Artículo 1078.- Testamento solemne cerrado. El testamento solemne cerrado debe otorgarse ante un notario y único testigos.

Artículo 1079.- Incapacidad para otorgar testamento cerrado. El que no sepa leer y escribir no podrá otorgar testamento cerrado.

Artículo 1080.-Esencia del testamento cerrado. Lo que constituye esencialmente el testamento cerrado es el acto en que el testador presenta al notario y los testigos una escritura cerrada, declarando de viva voz, y de manera que el notario y los testigos lo vean, oigan y entiendan (salvo el caso del artículo siguiente), que en aquella escritura se contiene su testamento. Los mudos podrán hacer esta declaración, escribiéndola a presencia del notario y los testigos.

El testamento deberá estar firmado por el testador. La cubierta del testamento estará cerrada o se cerrará exteriormente, de manera que no pueda extraerse el testamento sin romper la cubierta. Queda al arbitrio del testador estampar un sello o marca, o emplear cualquier otro medio para la seguridad de la cubierta.

El notario expresará sobre la cubierta, bajo el epígrafe 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.

Bajo el epígrafe testamento, la circunstancia de hallarse el testador en sano juicio; el nombre, apellido y el domicilio del testador y de cada uno de los testigos y lugar, día, mes y año del otorgamiento.

Termina el otorgamiento por las firmas del testador, de los testigos y del notario sobre la cubierta.

Si el testador no pudiere firmar al tiempo del otorgamiento, firmará por él otra persona diferente de los testigos instrumentales y si alguno o algunos de los testigos no supieren o no pudieren firmar, lo harán otros por los que no supieren o no pudieren hacerlo, de

manera que en la cubierta aparezcan siempre siete firmas: la del testador, las de los cinco testigos y la del notario.

Durante el otorgamiento estarán presentes, además del testador, un mismo notario y unos mismos testigos y no habrá interrupción alguna sino en los breves intervalos en que algún accidente lo exigiere.

Artículo adicionado por la Ley 36 de 1931, con el siguiente texto:
Artículo 1° Inmediatamente después del acto en que el testador presente al Notario y a los testigos la escritura en que declara que se contiene su testamento; según el artículo 1020 del Código Civil, se deberá extender una escritura pública en que conste el lugar, día, mes y año de la constitución del testamento cerrado; el nombre y apellido del Notario; el nombre y apellido, domicilio y vecindad del testador y cada uno de los testigos; la edad del otorgante, las circunstancias de hallarse este, en su entero y cabal juicio, el lugar de sus nacimientos y la nación a que pertenece.

Artículo 2°- En el mismo instrumento se consignará una relación pormenorizada de la clase, estado y forma de los sellos, marcas y señales que como medios de seguridad contenga la cubierta.

Artículo 3°. La escritura d que tratan los artículos anteriores debe ser firmada por el testador, los cinco testigos y el Notario.

Artículo 4°. Copia de esta escritura debe acompañarse a la solicitud de apertura y publicación del testamento.

Artículo 1082. 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 si concepto está cerrado, sellado o marcado, como en el acto de la entrega.

Si no pueden comparecer todos los testigos, bastará que el Notario y los testigos instrumentales presentes reconozcan sus firmas y la del testador y abonen las de los ausentes.

No pudiendo comparecer el notario o funcionario que autorizó el testamento, será reemplazado para las diligencias de apertura por el notario que el juez elija.

En caso necesario y siempre que el juez o estime conveniente, podrá ser abandonadas las firmas del notario y los testigos ausentes, como en el caso del inciso 3° del artículo 1077 (p.290).

- Análisis comparado con lo dispuesto en la legislación ecuatoriana.

El artículo 1078 del Código Civil colombiano es similar a lo que dispone el Código Civil del Ecuador en el artículo 1059; ambos artículos disponen que el testamento solemne cerrado debe otorgarse ante notario y cinco testigos.

El artículo 1079 del Código Civil colombiano es similar al artículo 1060 del Código Civil del Ecuador; ambos artículos disponen que el que no sepa leer y escribir, no podrá otorgar testamento cerrado.

El artículo 1080 del Código Civil colombiano es similar al artículo 1061 del Código Civil del Ecuador; ambos artículos contienen lo que constituye esencialmente el testamento cerrado.

El primer inciso del artículo 1082 del Código Civil colombiano, dispone que antes de recibir la ejecución del testamento cerrado debe ser presentado al juez. El artículo 620 del Código de Procedimiento Civil del Ecuador se refiere a que el juez ordenará la exhibición del testamento cerrado a la persona que lo tenga, mientras que el Código Civil, dispone que el testamento debe ser otorgado ante notario y cinco testigos.

En el Código Orgánico General de Procesos, no consta ninguna disposición sobre la apertura y publicación del testamento solemne cerrado.

CAPÍTULO 3

INVESTIGACIÓN DE CAMPO

3.1 Aplicación de encuestas temáticas a profesionales del Derecho.

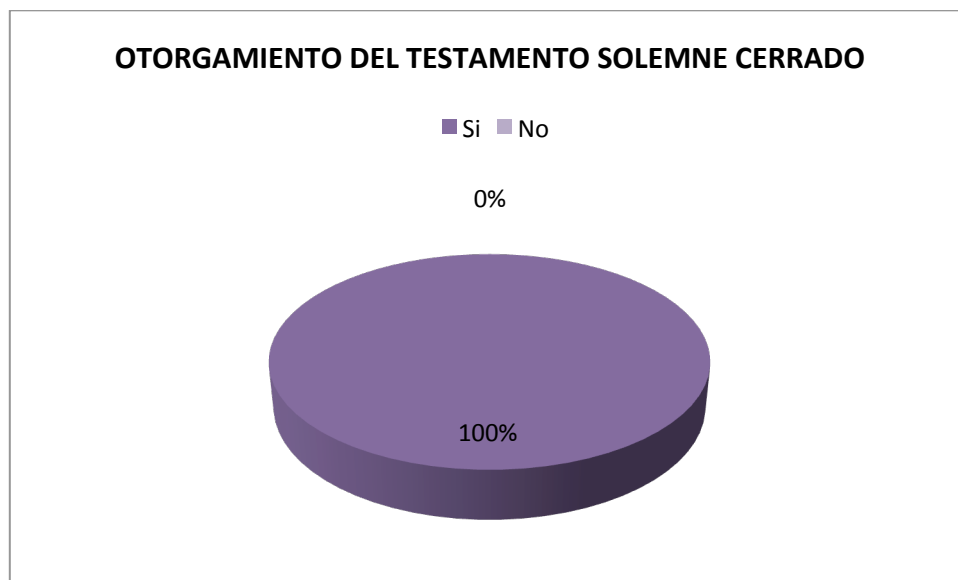
3.2 Representación gráfica y análisis de resultados.

1. El Art. 1059 del Código Civil del Ecuador dispone que el testamento solemne cerrado, debe otorgarse ante un notario y cinco testigos, ¿Está usted de acuerdo con el contenido de esta disposición?

TABLA N°1

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	20	100%
No	0	0%
TOTAL	20	100%

GRÁFICO N°1



Fuente: Encuesta aplicada a Abogados

Autor: Verónica Judith Mayorga Goyes

ANÁLISIS DE RESULTADOS

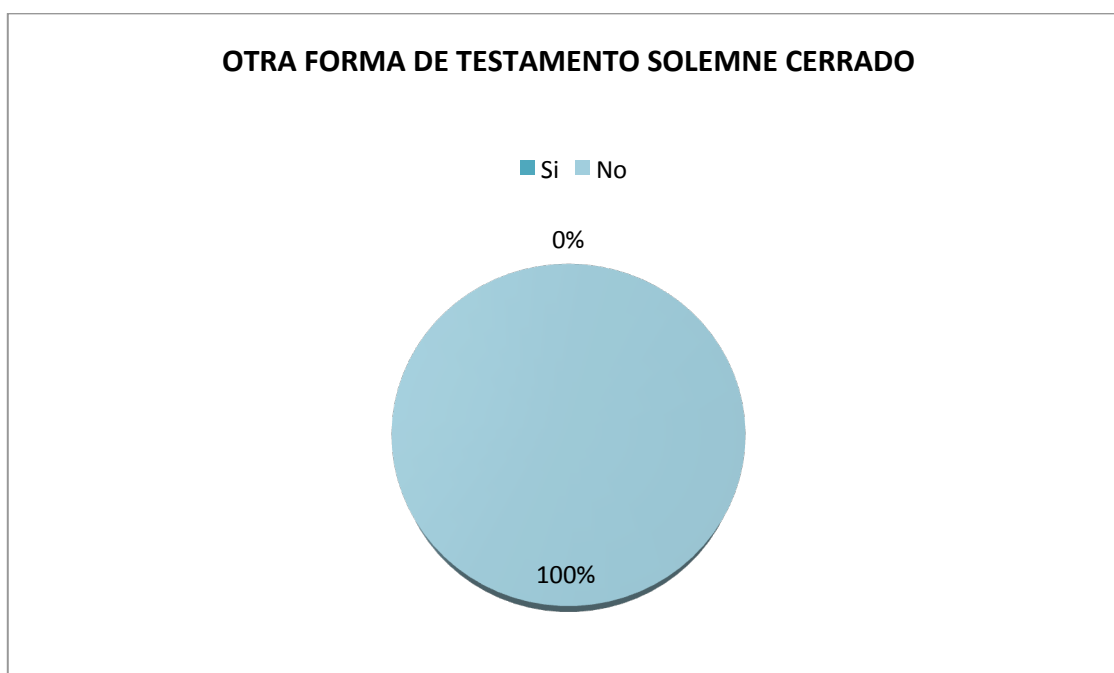
Ante la pregunta, si están de acuerdo que el testamento solmene cerrado, debe otorgarse ante un notario y la comparecencia de cinco testigos, conforme lo dispone el Código Civil los encuestados respondieron que están de acuerdo con esta disposición.

2. ¿Conoce usted alguna otra forma que disponga el Código Civil, para otorgar testamento solemne cerrado?

TABLA N°2

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	0	0%
No	20	100%
TOTAL	20	100%

GRÁFICO N°2



Fuente: Encuesta aplicada a Abogados.

Autor: Verónica Judith Mayorga Goyes

ANÁLISIS DE RESULTADOS

Los encuestados respondieron esta pregunta, que en el Código Civil, únicamente dispone que el testamento solemne cerrado, se otorgue ante notario y cinco testigos; no existe otra forma, como por ejemplo en el caso del otorgamiento del testamento abierto, en donde el otorgante tiene dos posibilidades de realizar el testamento.

El ciento por ciento de los encuestados manifestaron que el Código Civil, no dispone otra forma que el Código Civil disponga, para otorgar testamento solemne cerrado.

3. El Código de Procedimiento Civil en el Art. 620 permite que se pida a la jueza o juez, que ordene la exhibición del testamento cerrado de aquella persona que lo conserve. ¿Considera usted que hay contradicción con lo que dispone la norma sustantiva con la procesal?

TABLA N°3

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	16	80%
No	4	20%
TOTAL	20	100%

GRÁFICO N°3



Fuente: Encuesta aplicada a Abogados.

Autor: Verónica Judith Mayorga Goyes

ANÁLISIS DE RESULTADOS

Los encuestados en un porcentaje del ochenta por ciento, respondieron que al disponer el Código Civil, una sola forma para otorgar el testamento solemne cerrado, que es ante notario y la concurrencia de cinco testigos, existe una clara contradicción con lo que dispone la norma procesal.

El testamento solemne cerrado que haya sido otorgado en cumplimiento a lo dispuesto en la norma a sustantiva, debe encontrarse en custodia del notario ante el cual se otorgó; por lo que se pedirá al juez correspondiente que disponga la exhibición del testamento a ese notario y no a ninguna persona que no sea notario. En el caso que se haya realizado el testamento cerrado ante cinco testigos y cualquier persona lo tenga en su poder, este será nulo, por no haberse cumplido las solemnidades dispuestas en el Código Civil.

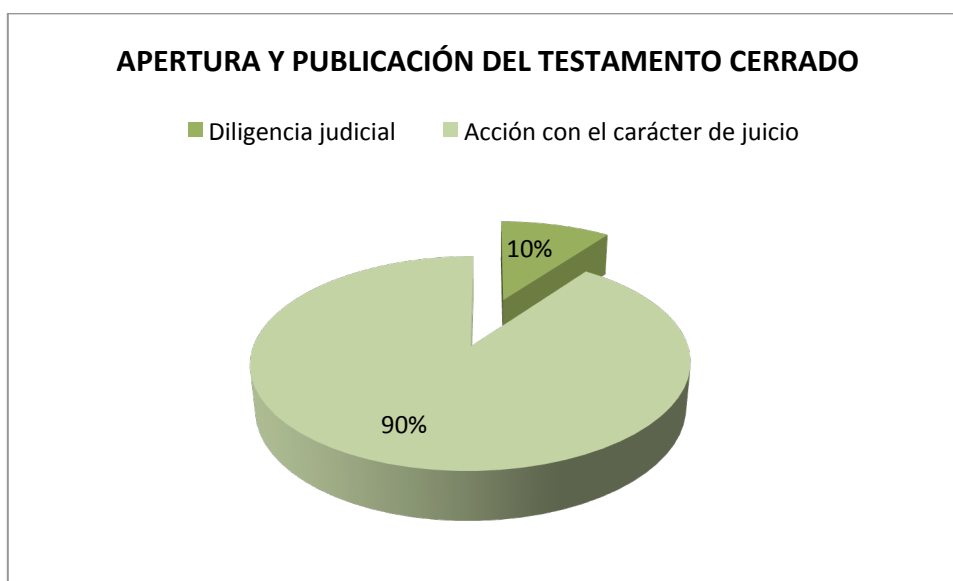
El veinte por ciento de los encuestados respondieron que no hay contradicción en la normativa, pero si hay contradicción con lo que respondieron en la primera pregunta.

4. La apertura y publicación del testamento cerrado, se puede plantear a la jueza o juez como simple diligencia judicial o acción con el carácter de juicio?

TABLA N°4

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Diligencia judicial	2	10%
Acción con el carácter de juicio	18	90%
TOTAL	20	100%

GRÁFICO N°3



Fuente: Encuesta aplicada a Abogados.

Autor: Verónica Judith Mayorga Goyes

ANÁLISIS DE RESULTADOS

El noventa por ciento de los encuestados respondieron que la apertura y publicación del testamento solemne cerrado se debe plantear como acción con el carácter de juicio, porque puede darse la oposición entre los interesados en la sucesión hereditaria.

El diez por ciento de los encuestados respondieron que pueden plantearse como simple diligencia judicial.

Respecto el criterio de diez por ciento de los abogados encuestados, pero no estoy de acuerdo, porque la ley dispone que la solicitud de apertura y publicación del testamento cerrado, debe hacerse con los requisitos de una demanda, para que luego de la aceptación a trámite, se realice la citación correspondiente a los interesados y por citación se da a conocer el contenido de la demanda.

5. ¿La acción apertura y publicación de testamento solemne cerrado, la considera como de jurisdicción contenciosa o voluntaria?

TABLA N°5

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Voluntaria	18	90%
Contenciosa	2	10%
TOTAL	20	100%

GRÁFICO N°5



Fuente: Encuesta aplicada a Abogados.

Autor: Verónica Judith Mayorga Goyes

ANÁLISIS DE RESULTADOS

El noventa por ciento de los abogados encuestados manifestaron que la apertura y publicación del testamento solemne cerrado, debe considerarse como de jurisdicción voluntaria que puede convertirse de jurisdicción contenciosa, cuando aún interesado se oponga el procedimiento.

El diez por ciento de los encuestados manifestaron que la apertura y publicación del testamento cerrado, es de jurisdicción contenciosa, porque se la plantea mediante una demanda y al constituirse en demanda de hecho es de jurisdicción contenciosa.

6. ¿Está usted de acuerdo que la solicitud de apertura y publicación del testamento solemne cerrado, la tramite la jueza o juez aplicando el procedimiento voluntario?

TABLA N°6

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	18	90%
No	2	10%
TOTAL	20	100%

GRÁFICO N°6



Fuente: Encuesta aplicada a Abogados.

Autor: Verónica Judith Mayorga Goyes

ANÁLISIS DE RESULTADOS

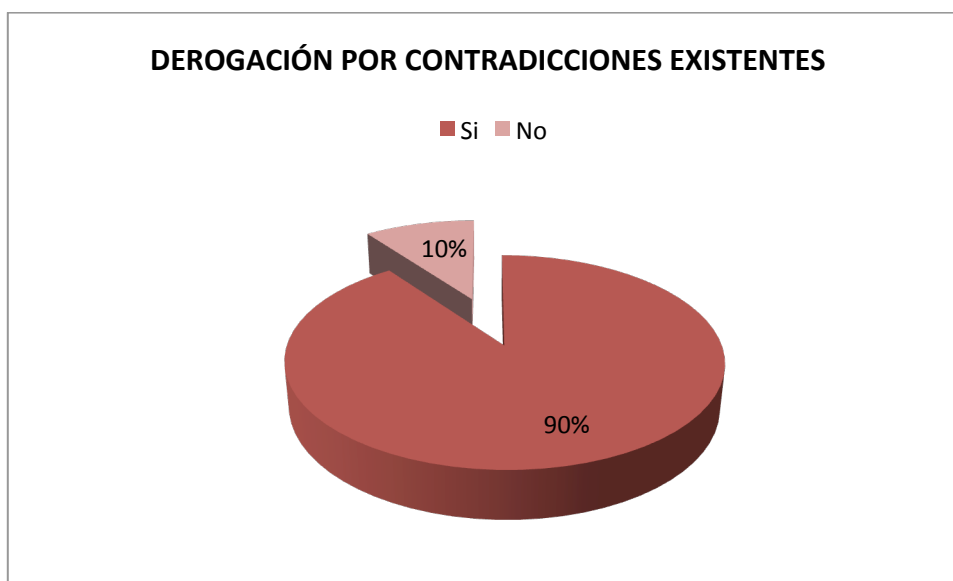
El noventa por ciento de los encuestados respondieron que el procedimiento para pedir la apertura y publicación del testamento solemne cerrado, es el voluntario y el diez por ciento respondieron que no están de acuerdo con el procedimiento voluntario, porque se trata de un procedimiento contencioso, que se pide a través de una demanda con citaciones a los interesados a todos los interesados en la sucesión testamentaria que en la mayoría de los casos por sus intereses se oponen a todo.

7. ¿Considera usted que las disposiciones del Código de Procedimiento Civil que establece el trámite de la apertura del testamento solemne cerrado debe derogarse, por las contradicciones existentes?

TABLA N°7

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	18	90%
No	2	10%
TOTAL	20	100%

GRÁFICO N°7



Fuente: Encuesta aplicada a Abogados.

Autor: Verónica Judith Mayorga Goyes

ANÁLISIS DE RESULTADOS

El noventa por ciento de los encuestados respondieron que están de acuerdo con la derogatoria de las disposiciones de la ley procesal por la existencia de una clara contradicción con lo que dispone la ley sustantiva, La norma procesal debe facilitar la aplicación de la norma sustantiva, es decir, en armonía legal aplicar el procedimiento para la sustanciación de la acción judicial.

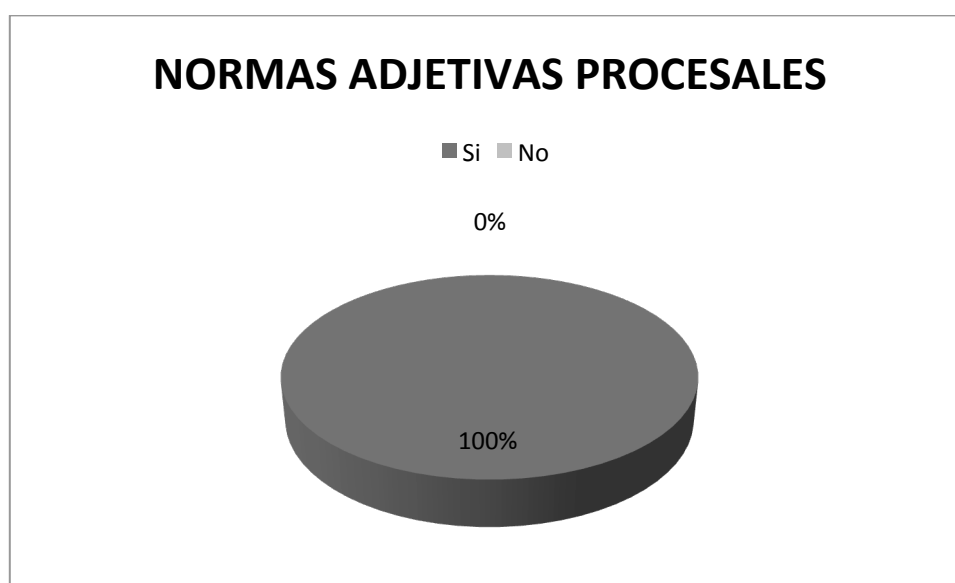
El diez por ciento de los encuestados respondieron que no están de acuerdo. Respeto este criterio, pero no lo comparto por cuanto la contradicción que hay en la norma procesal con la norma sustantiva es bastante clara.

8. ¿Está de acuerdo que las normas adjetivas procesales deben facilitar la aplicación de las normas sustantivas en armonía legal y sin contradicciones?

TABLA N°8

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	20	100%
No	0	0%
TOTAL	20	100%

GRÁFICO N°8



Fuente: Encuesta aplicada a Abogados.

Autor: Verónica Judith Mayorga Goyes

ANÁLISIS DE RESULTADOS

Esta pregunta en consecuencia de la anterior, por lo que todos los encuestados respondieron que entre la norma procesal y la norma sustantiva, no debe haber contradicción. La norma procesal sirve para la aplicación de lo que dispone la norma sustantiva, en este caso lo que dispone el Código Civil. En la norma procesal no puede fijar un procedimiento distinto a un caso establecido en la ley sustantiva, si el Código Civil dispone que el testamento solmene cerrado debe otorgarse ante notario y cinco testigos, la norma procesal, no puede

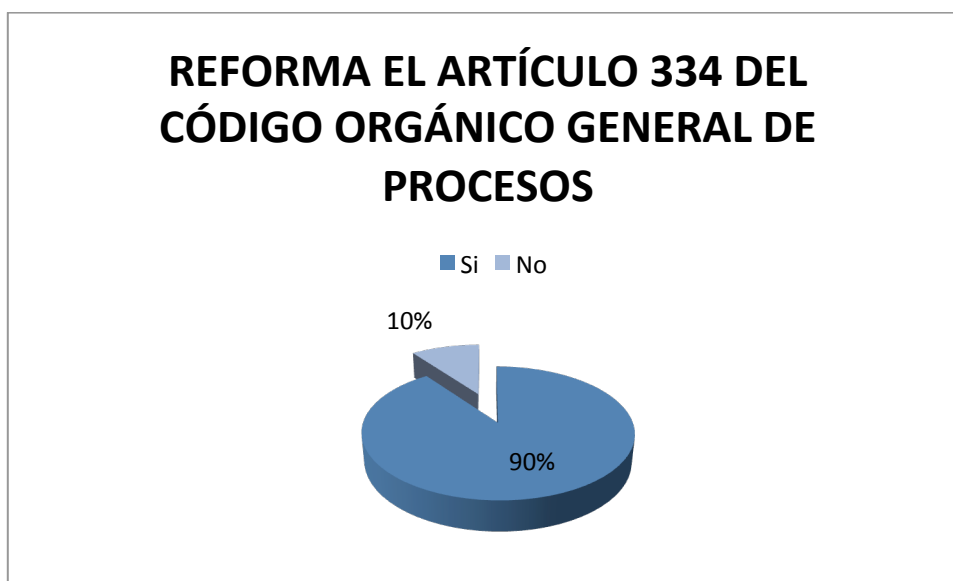
establecer la exhibición de este testamento a cualquier persona, porque si no ha sido otorgado de acuerdo a la solemnidad establecida, sería nulo.

9. ¿Considera usted que se debe reformar el Artículo 334 del Código Orgánico General de Procesos, incluyendo en otro numeral, la apertura y publicación del testamento?

TABLA N°10

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	18	90%
No	2	10%
TOTAL	20	100%

GRÁFICO N°10



Fuente: Encuesta aplicada a Abogados.

Autor: Verónica Judith Mayorga Goyes

ANÁLISIS DE RESULTADOS

El noventa por ciento de los abogados encuestados está de acuerdo la reforma al artículo 334 del Código Orgánico General de Procesos, para que se incluya en el procedimiento voluntario, la apertura y publicación del testamento solemne cerrado, debido a que no consta con procedimiento específico, por que entraría al procedimiento contencioso ordinario.

El diez por ciento de los abogados encuestados, no están de acuerdo con esta reforma.

No comparto este criterio de dos abogados encuestados, por cuanto si no se establece un procedimiento específico para este asunto, se tendría que plantearlo en vía ordinaria, trámite que es ajeno a la acción de la apertura y publicación del testamento.

3.3 Propuesta de reforma sobre la normativa de la apertura y publicación del testamento cerrado

La reforma que me permito plantear a la ley procesal civil, la realizo tomando en cuenta las siguientes consideraciones:

- Del análisis normativo procesal de países que han influido en cierta forma en la evolución normativa de nuestra legislación civil.
- Del análisis doctrinario de autores sobre temas relacionados con la presente investigación.
- De los resultados del criterio jurídico práctico de los profesionales del derecho.
- De mi limitado criterio legal sobre el tema investigado.
- En ningún numeral del artículo 334 del Código Orgánico General de Procesos, se incluye la apertura y publicación del testamento solemne, en la propuesta de reforma se hará constar que se añada otro numeral.
- El primer y segundo inciso del artículo 335 del Código Orgánico General de Procesos (2015) dispone:

Procedimiento. Se iniciarán por solicitud que contendrá los mismos requisitos de la demanda.

La o el juzgador calificará la solicitud. Si se admite la solicitud, la o el juzgador dispondrá la citación de todas las personas interesadas o de quienes puedan tener interés en el asunto. Para el cumplimiento de lo dispuesto, la o el juzgador podrá requerir la información a la o el interesado, con respecto al domicilio presidencia y otros datos necesarios de quienes deban ser citados (p.47).

El primer inciso de la norma transcrita, dispone que el procedimiento voluntario, se iniciará con la solicitud que contendrá los mismos requisitos de la demanda. Si debe contener los mismos requisitos de la demanda debe considerarse como demanda.

¿Qué debe contener una demanda?

El Código Orgánico General de Procesos (2015) expone:

Art. 142.- Contenido de la demanda. La demanda se presentará por escrito y contendrá:

1. La designación de la o del juzgador ante quien se la propone.
2. Los nombres y apellidos completos, número de cédula de identidad o ciudadanía, pasaporte, estado civil, edad, profesión u ocupación, dirección domiciliaria y electrónica de la o del actor, casillero judicial o electrónico de su defensora o defensor público o privado. Cuando se actúa en calidad de procuradora o procurador o representante legal se hará constar también los datos de la o del representado.
3. El número del Registro Único de Contribuyentes en los casos que así se requiera.
4. Los nombres completos y la designación del lugar en que debe citarse a la o al demandado, además de dirección electrónica, si se conoce.
5. La narración de los hechos detallados y pormenorizados que sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente clasificados y numerados.
6. Los fundamentos de derecho que justifican el ejercicio de la acción, expuestos con claridad y precisión.
7. El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos. Se acompañarán la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los

objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica.

8. La solicitud de acceso judicial a la prueba debidamente fundamentada, si es del caso.

9. La pretensión clara y precisa que se exige.

10. La cuantía del proceso cuando sea necesaria para determinar el procedimiento.

11. La especificación del procedimiento en que debe sustanciarse la causa.

12. Las firmas de la o del actor o de su procuradora o procurador y de la o del defensor salvo los casos exceptuados por la ley. En caso de que la o el actor no sepa o no pueda firmar, se insertará su huella digital, para lo cual comparecerá ante la o el funcionario judicial correspondiente, quien sentará la respectiva razón.

13. Los demás requisitos que las leyes de la materia determinen para cada caso (p.22).

Estos son los requisitos que debe contener la solicitud término utilizado por el Código Orgánico, que en el fondo constituye una verdadera demanda

Propuesta de reforma de los artículos 334 y 335 del Código Orgánico General de Procesos.

- Añádase en el artículo 334 como numeral 7 el siguiente:

“La apertura y publicación del testamento solemne cerrado”.

- Sustitúyase el segundo inciso del artículo 335 por el siguiente:

“La o el juzgador calificará la solicitud. Si se admite la solicitud, la y el juzgador dispondrá la citación de todas las personas interesadas en el asunto”.

CAPÍTULO IV
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 Conclusiones.

- El testamento solemne cerrado, es un acto jurídico, mediante el cual una persona dispone sus bienes, para que se cumpla su voluntad después de sus días, es decir cuando haya fallecido.
- El testamento solemne cerrado se realiza en un escrito que solo conoce su contenido el otorgante, razón por la cual debe ubicarse en un sobre cerrado, en cuya cubierta firmarán el notario y los testigos concurrentes.
- El testamento solemne cerrado, debe otorgarse ante notario y cinco testigos, para cumplir con lo dispuesto en el Código Civil.
- La ley procesal dispone que para la apertura y publicación del testamento cerrado, el que tenga interés en la sucesión testamentario, puede pedir a la juzgadora o juzgador, que disponga se exhibición a cualquier persona que lo tenga, lo que constituye una contradicción con lo que dispone la ley sustantiva, que el testamento cerrado debe otorgarse ante notario y cinco testigos. En el caso que no se cumpla esta solemnidad, puede llegarse hasta la declaratoria de nulidad del testamento.
- Que en el Código Orgánico General de Procesos, la apertura y publicación del testamento cerrado, no consta en el articulado, razón por la cual, deberá sustanciarse como lo dispone el artículo 290 del referido Código Orgánico, en trámite ordinario, trámite que no procede para el otorgamiento de actas dispositivas testamentarias.
- Los abogados encuestados en su mayoría están de acuerdo en la existencia de contradicciones en lo que dispone la ley sustantiva y la que aplica la ley procesal.
- La mayoría de los abogados encuestados están de acuerdo con el planteamiento de reforma de la ley procesal, referente al otorgamiento del testamento solemne cerrado.

4.2 Recomendaciones.

- Que la propuesta de reforma al Código Orgánico General de Procesos, sea recogida con otros planteamientos, por parte de los asambleístas, o por cualquier organismo ciudadano y se presenta el proyecto integral de reformas al Código Orgánico cuando entre en vigencia.
- Que la Asamblea Nacional, cuando elabore y dicte leyes, tenga en cuenta que no puede haber contradicciones en lo que dispone la ley sustantiva y el trámite que se establece en la ley procesal que viene a constituir una normativa de aplicación de la ley sustantiva.
- Que se continúe exigiendo a los estudiantes de derecho, a la realización de trabajos de investigación jurídica, para el marco legal que nos rige, sea más efectivo en el reconocimiento de los derechos de los ciudadanos.

4.3 Bibliografía.

- Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). Código de Procedimiento Civil. Quito-Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2015). Código Orgánico de Procesos. Quito-Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Quito-Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- COELLO, E. (1998) Sistema Procesal Civil. Loja-Ecuador: Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja.
- EDUARDO, C. (1999) Introducción al Estudio del Derecho Procesal. Buenos Aires- Argentina: Edit. UJEA.
- Toro, M. y Echeverría, A. (1902) Código de Procedimiento Civil. Santiago de Chile- Chile. Imprenta Litografía y Encuadernación Barcelona.
- Bravo, L. (1917) Codificación Civil en Iberoamérica y en la península Ibérica, Derecho Nacional y europeización. Colombia: editado por A. Leviga.
- República de Colombia (1887) Código Civil Colombiano. Recuperado de: <https://es.scribd.com/doc/47687729/Historia-del-codigo-civil-colombiano>

Anexos

Distinguido/a señor/a

Ab. Verónica Judith Mayorga Goyes, maestrante del programa de Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil de la Universidad Técnica Particular de Loja, me encuentro desarrollando una investigación: “EJERCICIO DE APERTURA Y PUBLICACIÓN DEL TESTAMENTO CERRADO. REFORMA”; y, para cumplir con este objetivo le solicito de contestación a las preguntas de la siguiente encuesta:

1. El Art. 1059 del Código Civil del Ecuador dispone que el testamento solemne cerrado, debe otorgarse ante un notario y cinco testigos, ¿Está usted de acuerdo con el contenido de esta disposición?

Si () No ()

2. ¿Conoce usted alguna otra forma que disponga el Código Civil, para otorgar testamento solemne cerrado?

Si () No ()

3. El Código de Procedimiento Civil en el Art. 620 permite que se pida a la jueza o juez, que ordene la exhibición del testamento cerrado de aquella persona que lo conserve. ¿Considera usted que hay contradicción con lo que dispone la norma sustantiva con la procesal?

Si () No ()

4. La apertura y publicación del testamento cerrado, ¿se puede plantear a la jueza o juez como simple diligencia judicial o acción con el carácter de juicio?

Diligencia judicial () Acción con el carácter de juicio ()

5. ¿La acción apertura y publicación de testamento solemne cerrado, la considera como de jurisdicción contenciosa o voluntaria?

Voluntaria () Contenciosa ()

6. ¿Considera usted que las disposiciones del Código de Procedimiento Civil que establece el trámite de la apertura del testamento solemne cerrado debe derogarse, por las contradicciones existentes?

Si () No ()

7. ¿Está de acuerdo que las normas adjetivas procesales deben facilitar la aplicación de las normas sustantivas en armonía legal y sin contradicciones?

Si () No ()

8. ¿Considera usted que se debe reformar el Artículo 334 del Código Orgánico General de Procesos, incluyendo en otro numeral, la apertura y publicación del testamento?

Si () No ()

Gracias por su colaboración