

CAPÍTULO 15

ARBITRAJE Y DERECHO DE SUCESIONES:

EL ARBITRAJE TESTAMENTARIO

M^a Fátima Yáñez Vivero

Capítulo 15

ARBITRAJE Y DERECHO DE SUCESIONES: EL ARBITRAJE TESTAMENTARIO

M^a Fátima Yáñez Vivero

I. Introducción.— II. Antecedentes normativos y regulación vigente en España del llamado arbitraje testamentario.— III. El arbitraje testamentario como un supuesto atípico de arbitraje.— IV. El árbitro testamentario y otras figuras afines.— 1. Árbitro y Arbitrador.— 2. Árbitro y Albacea.— 3. Árbitro y Contador-Partidor.— V. Ámbito de aplicación del arbitraje testamentario.— 1. Ámbito subjetivo.— 1.1. ¿Quién puede ser árbitro testamentario?— 1.2. ¿A quién puede afectar el arbitraje testamentario?— 2. Ámbito objetivo.— VI. El arbitraje testamentario en otros ordenamientos jurídicos.— VII. Un modelo concreto de cláusula testamentaria arbitral.— VIII. Justificación y utilidad del arbitraje testamentario: reflexiones críticas para un debate.

I. INTRODUCCIÓN

La escasa atención e importancia que el legislador concede al arbitraje sucesorio, unida a la también escasa proyección práctica, desencadenan una serie de interrogantes sobre el denominado «arbitraje testamentario» a los que no es fácil dar respuesta.

Tan solo un precepto de la vigente Ley española de arbitraje se ocupa de regular este tipo de arbitraje y ni una sola mención recibe esta modalidad en su Exposición de Motivos. El artículo 10, intitulado «Arbitraje testamentario», dentro del Título II (Del Convenio arbitral y sus efectos) dispone lo siguiente: «También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias en-

tre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia».

Si bien, en la práctica, no es nada habitual encontrar cláusulas testamentarias en las que se otorga a un tercero la facultad de dirimir — con efectos similares a los de una sentencia, determinados conflictos sucesorios— sí es altamente frecuente encontrar cláusulas en los testamentos en los que el testador prohíbe la intervención judicial en las cuestiones litigiosas derivadas de su herencia. La prohibición de la intervención judicial en la herencia suele ir acompañada, como contrapartida, de la designación de un sujeto que a modo de albacea o contador-partidor resuelva los problemas de interpretación derivados de la sucesión, o bien realice la partición de la herencia. Pero esto no es «arbitraje testamentario», como tampoco lo es la decisión de todos los sucesores de someter a arbitraje las controversias relativas a la partición de la herencia.

Disecionar el contenido del artículo 10 de la Ley de Arbitraje, con el objeto de apreciar sus ventajas e inconvenientes, constituye la modesta pretensión de este estudio.

II. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y REGULACIÓN VIGENTE EN ESPAÑA DEL LLAMADO ARBITRAJE TESTAMENTARIO

La vigente regulación del arbitraje testamentario en España procede del artículo 5 de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado, de 22 de diciembre de 1953, y del artículo 7 de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988.

El artículo 5 de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 1953 disponía lo siguiente:

Artículo 5.- «El arbitraje se establecerá siempre por contrato y en forma de escritura pública, salvo que se instituya por disposición testamentaria para solucionar extrajudicialmente las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos por cuestiones relativas a la distribución de la herencia».

Parece que el precedente normativo de este precepto hay que buscarlo en el ordenamiento jurídico alemán, concretamente en el párrafo 1048 de la Ordenanza Procesal Civil.¹

Por su parte, el artículo 7 de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988 establecía lo siguiente:

Artículo 7.- «Excepcionalmente, será válido, el arbitraje instituido por la sola voluntad del testador que lo establezca para solucionar las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos o legatarios para cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia».

Como puede observarse, la Ley de 1988 mantiene el espíritu de la Ley de 1953 en esta materia, añadiendo las palabras «legatarios» y «administración» de la herencia. Se amplía, así, tanto el ámbito personal como el material del precepto, extendiendo las funciones del árbitro testamentario no sólo a los conflictos surgidos entre herederos no forzosos, sino también entre éstos y los legatarios o entre éstos entre sí, sobre cuestiones relativas no sólo a la distribución de la herencia sino también a la administración de la misma.

En la tramitación parlamentaria de la norma de la Ley de 1988 se presentó una enmienda que proponía su supresión por considerarla inútil, habida cuenta de la existencia de los artículos 901 y siguientes del Código Civil.² La enmienda no prosperó finalmente.³

¹ Así lo refleja GARCÍA PÉREZ, «El arbitraje testamentario». Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 40.

² Vid ALBALADEJO GARCÍA. «El arbitraje testamentario». En *Actualidad Civil*, n.º 1, 1990, pp. 80 y ss. El citado autor destaca la opinión de aquellos diputados que, como Granados, defendía la existencia de este arbitraje. Tampoco para Albaladejo tiene sentido esa supresión, aunque sí propone la sustitución de la expresión «herederos no forzosos y legatarios» por «sucesores no forzosos» (*Op. cit.*, p. 80).

³ Así lo subraya VERDERA TUELLS. «La Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de arbitraje, entre la tradición y la innovación». En *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 2005.

Según el primero de los preceptos civiles anteriormente invocados, «los albacea tendrán todas las facultades que expresamente les haya conferido el testador, y no sean contrarias a las leyes». Parece claro, según este precepto, que existiendo un albacea al que el testador haya dotado de las funciones propias de un árbitro, carece de sentido la reduplicación de figuras y por tanto, la regulación del arbitraje en un ámbito en el que puede existir una institución que pudiera asumir esas funciones. Sin embargo, la decisión del albacea se puede impugnar si, por ejemplo, se considera que vulnera la voluntad del testador. ¿Sería impugnabile en ese mismo caso un laudo arbitral? Respuestas a preguntas como éstas conforman la clave de la necesidad o utilidad del arbitraje testamentario.

Ya hemos reproducido anteriormente el artículo 10 de la vigente Ley de arbitraje, de 2003, que sigue, casi fielmente, sus precedentes legislativos. En la Ley vigente se suprime el adverbio «*excepcionalmente*» y, por primera vez, se denomina esta clase de arbitraje como «arbitraje testamentario». La supresión del adverbio «excepcionalmente» suscitaría una primera interpretación en el sentido de conferir normalidad práctica a esta figura. La realidad, sin embargo, no parece dotar de normalidad al arbitraje testamentario.

Respecto al texto de la Ley de 1988, el nuevo artículo 10 sustituye la expresión «arbitraje instituido por la sola voluntad del testador» por «arbitraje instituido por disposición testamentaria». Con ello, queda fuera de toda duda que sólo podrá instituirse esta modalidad de arbitraje a través del testamento, cualquiera que sea su forma. Pero, en ningún caso, podrá el testador fuera de testamento (a través de escritura pública, por ejemplo) establecer este arbitraje. Esta interpretación gramatical es, sin embargo, rechazada por el Prof. Díez-Picazo, para quien la interpretación del precepto debe ser extensiva, de modo que aquellos actos de última voluntad que no sean estrictamente testamentarios deben ser vehículos hábiles para establecer el arbitraje. Así por ejemplo, la división *inter vivos* de la herencia realizada por el padre (artículo 1056 Código Civil), la realización de adjudicaciones como

mejoras que el cónyuge viudo puede realizar por actos *inter vivos* (artículo 831 Código Civil), o en Cataluña, el codicilo en el que, como complemento del testamento en el que se instituye heredero, se instituya este tipo de arbitraje.⁴

Mención especial merece la proyección del arbitraje testamentario en los derechos autonómicos que configuran el panorama jurídico normativo en España. Buen exponente de ello es el segundo apartado del artículo 58 de la Ley Catalana 40/1991, de 30 de diciembre, del Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña. Establece este precepto lo siguiente: «La partición arbitral tendrá lugar cuando el arbitraje haya sido instituido por la voluntad del testador de acuerdo con la ley, o de común acuerdo entre todos los coherederos». En el Código de Sucesiones catalán el arbitraje testamentario está regulado exclusivamente en el ámbito de la partición de la herencia y parece que, en principio, se podrá aplicar, sin distinción, a todo tipo de sucesores. Aunque la norma es muy breve, entiendo que es suficientemente expresiva de la cuestión que, en la práctica, puede constituir el motor del arbitraje testamentario.

Observemos que el segundo apartado del artículo 58 del Código de Sucesiones de Cataluña hace alusión a dos clases de partición arbitral. Una, la del segundo inciso, es la partición arbitral acordada por los herederos que, como ya hemos dicho, no constituye un caso de arbitraje testamentario, aunque el laudo particional emitido por el árbitro tenga los efectos propios de todo laudo arbitral. La primera en cambio, sí es propiamente un caso de arbitraje testamentario y la duda que se plantea es si la voluntad del testador, a la hora de constituir el arbitraje, tiene como finalidad la de designar o encomendar la designación de un árbitro para realizar la partición o si, además de esto, su voluntad va dirigida hacia el nombramiento de un árbitro que actúe como un

⁴ Díez-Picazo y Ponce de León, en la obra colectiva *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre*, GONZÁLEZ SORIA (Coordinador). Navarra: Thomson-Aranzadi, 2004, p. 110.

«juez» para dirimir las diferencias surgidas con ocasión de aquella partición. Sólo en este segundo caso estaríamos ante un verdadero arbitraje, porque la partición arbitral, sin más, no es arbitraje en la medida en que no se da el presupuesto del mismo: la controversia.

Por otro lado, tendríamos que plantearnos si los límites a la voluntad del testador que instituye el arbitraje son los límites subjetivos impuestos por la Ley nacional de Arbitraje (Ley 60/2003), es decir, el resultar sólo aplicable a las diferencias surgidas «entre herederos no forzosos o legatarios». Si fuese así, es decir, si «la ley», a la que se refiere la citada regla del artículo 58, es la Ley de Arbitraje, las diferencias entre la regulación catalana del arbitraje testamentario y la regulación nacional quedarían absolutamente diluidas.

La regulación catalana del arbitraje se realiza al amparo del artículo 149.1.8^º de la Constitución Española, que permite conservar, modificar y desarrollar los derechos civiles forales o especiales a determinadas Comunidades Autónomas en ámbitos como el sucesorio. Para algunos autores, sin embargo, la Ley Catalana no debería legislar sobre una institución cuya regulación corresponde al Estado, en virtud del artículo 149.1.6 de la Constitución, que reserva a la competencia estatal la legislación procesal; y el arbitraje es una institución procesal⁵. Podría, pues, plantearse alguna duda de inconstitucionalidad respecto a la Ley Catalana, porque conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, «el establecimiento de un sistema general de arbitraje es una competencia típicamente estatal».⁶

⁵ MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*. Madrid: Thomson Civitas, 2006, p. 421. Distinta es la opinión de Verdera Server, para quien Cataluña está perfectamente legitimada, al amparo del artículo 149.1.8^º C.E., para abordar la regulación del arbitraje en el ámbito de la sucesión *mortis causa*. Vid el comentario de este autor al artículo 10 de la Ley, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, BARONA VILAR (Coordinadora). Madrid: Thomson Civitas, 2004, p. 417.

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1991, de 22 de marzo, reflejada en su trabajo por Merino Merchán y Chillón Medina, *ibidem*.

En la figura del arbitraje testamentario, ¿qué pesa más la institución arbitral o la sucesión testamentaria? No es fácil responder a esta pregunta y, probablemente, en su respuesta se halla la clave para valorar aquellas legislaciones autonómicas que disciplinan el arbitraje testamentario. Parece que, ante todo, estamos ante una modalidad de arbitraje impuesta por el testador a un determinado tipo de herederos y a los legatarios. Éstos tienen libertad para decidir si quieren verse afectados por ese arbitraje, en la medida en que pueden aceptar o rechazar las atribuciones sucesorias. En mi opinión, una vez aceptadas las correspondientes atribuciones, el arbitraje testamentario estatuido por el testador es un arbitraje al que se le aplicará, en primer orden y en la medida de lo posible, la normativa establecida en la Ley de Arbitraje de 2003. Por ello, creo que prima el componente arbitral y en este sentido, cuando se trate de resolver verdaderas controversias, la legislación estatal tiene primacía.

Ahora bien, hemos anunciado la posibilidad de que el arbitraje testamentario regulado por el Código de Sucesiones de Cataluña no sea un auténtico arbitraje, sino una mera partición realizada por un árbitro que no se constituye, pues, como un verdadero dirimente de la controversia que no ha surgido o que no ha surgido todavía. En este caso, no existirá ninguna duda sobre la posible inconstitucionalidad de la ley autonómica en la medida en que no estamos hablando de un genuino arbitraje. En este caso, y tratándose de una mera partición, tampoco será necesario que se cumplan los requisitos subjetivos de la Ley de Arbitraje («entre herederos no forzosos y legatarios»).

III. EL ARBITRAJE TESTAMENTARIO COMO UN SUPUESTO ATÍPICO DE ARBITRAJE

Lo normal no es que sea un testamento —negocio unilateral por excelencia— el que dé origen al arbitraje. El arbitraje nace, habitualmente,

⁷ Quedan fuera del objeto de este estudio las consideraciones relativas a la naturaleza contractual o jurisdiccional del arbitraje, por entender que desbordan la finalidad de un trabajo que, como éste, sólo pretende acercar al lector hacia un concreto modelo de arbitraje.

a través de un acuerdo de voluntades formalizado a través del denominado convenio arbitral.⁷ Estamos, pues, ante un supuesto atípico de arbitraje, en el sentido —no de carencia de regulación del mismo— sino de irregularidad o excepcionalidad dentro de la institución del arbitraje. El arbitraje convencional supone una sumisión voluntaria al juicio (sea de derecho sea de equidad) emitido por el árbitro, mientras que el arbitraje testamentario supone una imposición por parte de un sujeto, que no formará parte de la controversia porque ya ha fallecido. Como ha señalado alguna autora, el arbitraje testamentario es el único caso en que se permite que, por una voluntad ajena a las partes, éstas sometan la resolución de sus controversias a la decisión vinculante de un tercero, con renuncia a la vía judicial ordinaria.⁸

Si sustituimos la concepción contractual del arbitraje por una visión negocial del mismo, podríamos llegar a la conclusión de que, en el caso del arbitraje testamentario, nos encontramos ante un negocio jurídico creador de una situación jurídica de carácter procesal.⁹

En todo caso, nos encontramos ante un supuesto de arbitraje voluntario extracontractual, en la medida en que la fuente de su creación reside en la voluntad unilateral del testador. Pero no por ello dejaría de ser arbitraje testamentario el instituido por el testador, aunque con el encargo de que un tercero o los propios herederos formalicen posteriormente, un convenio con el árbitro que vaya a dirimir el conflicto.

En la tramitación parlamentaria de la vigente Ley española de arbitraje se discutió, en relación al arbitraje testamentario, su ubicación dentro del conjunto normativo. El senador Galán Pérez, del Partido Socialista Obrero Español, consideraba oportuno regular esta modalidad de arbitraje dentro de los primeros preceptos de la Ley y no, como aparecía en el Proyecto, en el capítulo destinado a regular el convenio

⁸ GONZÁLEZ CARRASCO. «Comentario del artículo 10 de la Ley de Arbitraje». En *Comentarios a la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje*. GARBERÍ LLOBREGAT (Director). Barcelona: Bosch, 2004, p. 226.

⁹ Así lo describe GARCÍA PÉREZ. *El arbitraje testamentario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 28.

arbitral. Respondió a esta enmienda Gutiérrez González, senador del Partido Popular, que defendió la ubicación del precepto dentro del marco del convenio arbitral porque decía «el convenio arbitral en el arbitraje testamentario precisamente nace del testamento, es decir, surge de esa voluntad unilateral del premuerto, en consecuencia tampoco es anormal o irregular que el testamento o el arbitraje testamentario quede regulado en los postulados propios del convenio arbitral».¹⁰

En mi opinión, no tiene por qué haber, necesariamente, un convenio arbitral que nazca del testamento. Cuestión diferente es que el testador «comprometa» a determinados herederos y en determinados casos a que sustituyan la vía judicial por la arbitral y formalicen el correspondiente convenio arbitral, pero no será éste un «convenio» fruto de la voluntad de las partes en conflicto —genuino sentido del convenio arbitral— sino fruto de una imposición del testador. La fuente del arbitraje no es, pues, el convenio sino la voluntad unilateral del testador que puede dejar ya designado árbitro o encomendar esta designación para el futuro y para el caso en que se origine una controversia. Lo que sucederá, habitualmente, es que el testador encomiende la administración del arbitraje a determinada entidad (artículo 14 de la Ley 60/2003) que será la que se encargue de administrar el arbitraje en el marco permitido por el artículo 10 de la Ley.

IV. EL ÁRBITRO TESTAMENTARIO Y OTRAS FIGURAS AFINES

1. Árbitro y Arbitrador

Existía cierta tendencia, sobre todo en el ámbito jurisprudencial, a denominar árbitro a aquel sujeto que tiene la función, encomendada por el testador, de integrar o complementar las declaraciones de voluntad

¹⁰ *Vid* el debate parlamentario en torno a esta cuestión en el Boletín de las Cortes Generales (n.º 166). Publicaciones del Pleno del Senado, 10 de diciembre de 2003 (www.senado.es)

del testador.¹¹ Se trata de casos excepcionales habida cuenta de que el artículo 670 del Código Civil considera que el testamento es un acto personalísimo cuya formación no puede dejarse, en todo o en parte, al arbitrio de un tercero. Sin embargo, pudiera encomendarse «al arbitrio de un tercero» la designación de porciones que correspondan a aquellos sucesores que no hayan sido instituidos con nombre y apellidos, ya que el segundo párrafo del citado artículo 670 dice que no 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». Y también podrá el testador encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje en general a determinados grupos o clases, como por ejemplo a los sobrinos o primos (artículo 671 Código Civil).

En aplicación de normas como las anteriores, los órganos jurisdiccionales aprecian la existencia del denominado arbitrio encomendado a un tercero, figura ésta diferente a la del árbitro testamentario. Por orden cronológico, las primeras resoluciones sobre esta materia son las siguientes: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de septiembre de 1902, Resolución del mismo órgano consultivo de 25 de septiembre de 1903, Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1918 y Sentencia del mismo Tribunal de 24 de junio de 1940. En las anteriores resoluciones y en otras similares se reconocen funciones arbitrales o facultades para dictar resoluciones de tipo arbitral a los albaceas o contadores-partidores designados por el testador, pero sin demasiadas precisiones técnicas en cuanto al término «arbitral».¹²

¹¹ Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1918, 6 de octubre de 1932, ó 24 de junio de 1940. También se produce esta confusión de funciones en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de septiembre de 1902, 25 de septiembre de 1903, 22 de octubre de 1935 ó 28 de marzo de 1944.

¹² Así, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1908 el testador designaba albacea a un sujeto determinado, con la facultad de adjudicar bienes a las personas elegidas por éste (entre sucesores voluntarios), señalando en la propia disposición testamentaria que la decisión de este albacea se llevaría a efecto y se consideraría irrevocable, pues era constituido como un amigable componedor.

Sin embargo, a medida que pasa el tiempo, la jurisprudencia comienza a delimitar los conceptos de árbitro y arbitrador. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 28 de mayo de 1998 confirma el criterio de «a sentencia apelada rechazando que la partición y adjudicación de bienes fuera vinculante para los interesados, al haberla realizado un hombre bueno o arbitrador pero no un árbitro, siendo preciso, cuando de un arbitrador se trata, que la partición de los bienes sea aceptada por las personas que le designaron».¹³

La diferencia entre árbitro y arbitrador radica, fundamentalmente, en los efectos que desencadena una y otra figura. Mientras el laudo arbitral es un título que lleva aparejada ejecución (artículo 517.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y desencadena efectos de cosa juzgada, la decisión adoptada por el sujeto que no es árbitro en sentido técnico sólo tiene efectos contractuales, necesita el consentimiento o aprobación de las personas que lo designaron y, al no tener efectos de cosa juzgada, es susceptible de ser impugnada en la vía judicial.

2. Árbitro y Albacea

Dentro de la categoría general y poco definida de los arbitradores designados por el testador, el albacea representa un papel muy significativo en la medida en que es el sujeto encargado de ejecutar la voluntad testamentaria. Tiene, pues, una tarea eminentemente interpretativa de la voluntad del testador que lo ha designado. El albacea trata de evitar la controversia a través de una interpretación de las cláusulas testamentarias que refleje de modo fiel la voluntad del testador, aunque, a veces, como consecuencia de esa interpretación se generan diferencias importantes entre los sucesores.

La función del árbitro, por el contrario, es la de resolver la controversia que ya se ha suscitado. Se trata de funciones diversas para car-

¹³ Sentencia reflejada por Verdera Server, en su estudio sobre el artículo 10 de la Ley de Arbitraje, *Op. cit.*, nota 14, p. 419.

gos diversos, lo cual no impide que se puedan acumular en una misma persona.¹⁴

3. Árbitro y Contador-Partidor

Al igual que sucede en el caso del albacea, el contador-partidor tiene una función diversa de la del árbitro. Mientras el contador-partidor es el que tiene encomendada la tarea de realizar la división de la herencia a través de todas las operaciones que configuran el cuaderno particional, el árbitro tiene la función de dirimir las diferencias o conflictos que se originen. Su función no es la de partir sino la de resolver, con los efectos propios de una sentencia judicial, la controversia, sea la suscitada por la división de la herencia, sea la surgida por la administración de la misma. El Tribunal Supremo, en sentencias como la de 17 de septiembre de 1986 o la de 15 de febrero de 1996, establecen que «la referencia a árbitros o amigables componedores, en estos supuestos de comunidad de bienes a liquidar, no han de regirse por la Ley 36/1988, de Arbitraje, sino a voluntad de los interesados, pues el cometido de esos árbitros es simple trasunto del que está confiado a los contadores partidores en la herencia [...]». Queda claro en la jurisprudencia citada que en el ámbito de la división de los diversos tipos de comunidad, se tiende a utilizar el término «árbitro» en un sentido genérico, como sinónimo de «amigable componedor», y no en el sentido preciso y técnico contemplado en la Ley de Arbitraje.

Como ambas funciones no son incompatibles, no hay razones para excluir que redunden en la misma persona, esto es, que el sujeto designado contador partidor también sea árbitro, aunque no en todo caso esta duplicidad de funciones en una misma persona garantizará la imparcialidad necesaria en todo árbitro.¹⁵

¹⁴ Volveremos sobre ello al tratar los elementos subjetivos del arbitraje testamentario (apartado V).

¹⁵ *Vid* apartado V, sobre los elementos subjetivos del arbitraje testamentario.

El caso contemplado en la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de 14 de noviembre de 1984, es un buen exponente de la compatibilidad de esas funciones. Entre las facultades del contador-partidor se encontraba la de ser árbitro y, aquí, árbitro no es un simple arbitrador, sino el sujeto que emite una resolución (laudo) con efectos similares a los de una sentencia judicial. Se trataba de un testamento en el que se nombra a un determinado sujeto, «árbitro de equidad y contador dirimemente con amplias facultades». Entre las facultades del árbitro, «se incluyen las de resolver con criterio de equidad, respecto de la titularidad, reparto y distribución de los bienes enumerados en el exponente II de la presente escritura [...]». Al árbitro de esta sentencia del Supremo se le atribuyen no sólo funciones divisorias, sino también la facultad de decidir las divergencias o discrepancias existentes entre los cesionarios.

V ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARBITRAJE TESTAMENTARIO

1. Ámbito subjetivo

Bajo un epígrafe titulado «Ámbito subjetivo del arbitraje testamentario» habrá que tratar, al menos, dos cuestiones: una, la relativa a la legitimación activa para desempeñar la función de árbitro, y, otra, la correspondiente a los sujetos a los que puede afectar la decisión o laudo arbitral.

¿Quién puede ser árbitro testamentario?

Las personas designadas como árbitros deben reunir los requisitos generales establecidos en la Ley. Estos requisitos se hallan definidos en tres preceptos de la vigente Ley de Arbitraje (artículos 13, 15 y 17). Todos ellos conducen al nombramiento de árbitros que desempeñen el arbitraje de modo independiente e imparcial. «En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial», dice el apartado segundo del artículo 17 de la Ley. Esta norma vincula al testador si en el testamento designa árbitro o árbitros, pero si enco-

mienda la designación a un tercero, ha de ser ese tercero el que vele por el cumplimiento de este requisito de desvinculación personal, profesional o comercial. En este sentido, creo que la administración del arbitraje encomendada por el testador a instituciones especializadas garantiza el cumplimiento de esa triple desvinculación.¹⁶

Parece que no hay inconveniente en que un albacea o contador partidador pueda ser también árbitro, si así lo desea el testador o el tercero habilitado por éste.¹⁷ Hay opiniones contrarias, según las cuales:

La función que asume el albacea es diferente e incompatible con la realizada por el árbitro designado en testamento, pues mientras aquél *vigila* para que se cumplan todas y cada una de las disposiciones ordenadas por el causante [...], y puede intervenir como parte procesal, sosteniendo la validez de las disposiciones de última voluntad, en juicio o fuera de él [...], el árbitro se erige como «juez» de los litigios que nacen entre herederos voluntarios y legatarios, las cuales pueden tener su origen en las decisiones adoptadas por el albacea.¹⁸

Los inconvenientes para que un albacea o contador-partidador puedan, también, ser designados árbitros dependen, en mi opinión, del tipo de controversia ante el que nos encontremos. Ello decidirá, en mi opinión, si la imparcialidad o neutralidad que deben presidir la actuación de los árbitros se cumplen en el ejercicio de su arbitraje. Si, por ejemplo, el contador-partidador designado por el testador para realizar la

¹⁶ El arbitraje institucional está regulado en el artículo 14 de la Ley de Arbitraje y permite que se adjudique la administración del arbitraje y la designación de árbitros tanto a corporaciones de derecho público que puedan desempeñar funciones arbitrales (en especial, el Tribunal de Defensa de la Competencia), como a asociaciones o fundaciones, o a cualquier otra entidad que carezca de ánimo de lucro y prevea en sus estatutos funciones arbitrales.

¹⁷ VERDERA SERVER. *Op. cit.*, p. 422. También MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA. *Op. cit.*, p. 426.

¹⁸ Así lo entiende GARCÍA PÉREZ, *Op. cit.*, p. 69. Sigue este criterio, HIDALGO GARCÍA, «Comentario del artículo 10 de la Ley de Arbitraje». En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*, dirigidos por GUILARTE GUTIÉRREZ. Lex Nova, 2004, p. 208

partición de su herencia entre sujetos no legitimarios debe, además, resolver, con efectos de cosa juzgada, las posibles controversias que surjan a propósito de esa partición, parece que no está garantizada su imparcialidad y lo normal es que defienda (en el laudo que ha de dictar) la decisión adoptada en el cuaderno particional. Lo mismo sucedería en el caso de un albacea, también nombrado árbitro, que ha resolver una controversia en la que ha sido «parte» por haber interpretado una cláusula testamentaria en contra del interés defendido, por ejemplo por uno de los legatarios.

Sin embargo, creo que no habría inconveniente en que el testador designe árbitro testamentario a un albacea o partidor con el objeto de resolver una cuestión litigiosa referente a una materia en la que previamente no haya intervenido. Por ejemplo, entiendo válida una cláusula testamentaria en la que se nombra árbitro al contador-partidor que realizará la partición de la herencia, para resolver las diferencias suscitadas por la administración o gestión de la herencia.¹⁹

¿Podría ser designado árbitro el cónyuge viudo? Algunos autores entienden que no existe incompatibilidad para este nombramiento habida cuenta de que el cónyuge viudo no es estrictamente heredero sino usufructuario de la cuota viudal.²⁰ Si admitimos esta compatibilidad también habría de admitirse, quizá, la del legitimario para ser árbitro de las controversias que afecten a los herederos voluntarios o a los legatarios. Sin embargo, parece que tanto en el caso del cónyuge viudo del testador como en el de los legitimarios, sólo podrán ser designados árbitros cuando no medie ninguna relación personal o profesional con las partes de la contienda. Así lo exige como hemos visto, la imparcialidad e independencia a las que hace referencia el artículo 17.1 de la Ley de Arbitraje. En la práctica, será difícil la desvinculación personal en los casos anteriormente aludidos.

¹⁹ Por todo ello, no comparto el criterio doctrinal según el cual «nada impide que efectuada la partición por un contador-partidor se encomiende a este mismo sujeto la función de resolver las diferencias que entre los sucesores puedan surgir con ocasión de esa distribución de la herencia». *Vid* SERVERA VERDER. *Op. cit.*, p. 423.

²⁰ Así, MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA. *Op. cit.*, p. 426.

¿Cabría que el testador no designase directamente árbitro pero encomendase el nombramiento a un tercero o entregase la administración del arbitraje testamentario?²¹ No se ve el inconveniente para que así sea y de hecho, así se materializa en muchas cláusulas que diferentes órganos arbitrales recogen como cláusulas tipo.²²

¿Puede el albacea designar árbitro o no existiría en este caso la imparcialidad y neutralidad necesaria en el árbitro designado por el albacea?²³ Se ha dicho que el testador puede facultar al albacea para la designación del árbitro o árbitros.²⁴ A mi juicio, esta designación pudiera adolecer de la imparcialidad e independencia, que deben presidir la actuación arbitral, cuando la controversia que el árbitro ha de dirimir está relacionada con alguna de las funciones asignadas al albacea. Si el albacea, en ejecución de una cláusula testamentaria un poco confusa, debe entregar una cierta cantidad de dinero en concepto de legado a varios sujetos beneficiarios y éstos (legatarios) no están de acuerdo con el reparto, se habrá generado una contienda que si quien debe resolverla es el árbitro designado por el albacea que ha decidido el reparto, pudiera adolecer de la independencia y neutralidad necesarias.

Se puede plantear también qué solución adoptar si el testador ha instituido el arbitraje en su testamento, pero no ha designado árbitro, ni ha encomendado su designación o administración a un tercero. En este caso, parece que habrá de procederse a la formalización judicial del arbitraje que debería ser solicitada por los sucesores interesados (artículo 15.3 de la Ley de Arbitraje). Si no lo hicieren, entiendo que perderían sus derechos en la sucesión, al no estar habilitados ellos para designar directamente el árbitro o árbitros. La formalización judicial del arbitraje también procedería en el caso en que el árbitro designado por el testador no quiere o no puede aceptar el cargo.

²¹ Se lo plantea el Profesor Albaladejo, *Op. cit.*, p. 86.

²² *Vid.*, a estos efectos, la cláusula testamentaria que se recoge al final de este trabajo.

²³ Cuestión que se plantea GARCÍA PÉREZ, pp. 201 y ss.

²⁴ GONZÁLEZ CARRASCO. *Op. cit.*, p. 227.

¿A quién puede afectar el arbitraje testamentario?

El artículo 10 de la Ley vigente se refiere a los problemas surgidos entre herederos no forzosos y legatarios. *Sensu contrario*, los herederos forzosos (aquellos sujetos que deben recibir una parte determinada de la herencia del testador de la que éste, por tanto, no puede disponer libremente) quedan fuera de las decisiones arbitrales en este ámbito. El precepto no es otra cosa que una proyección en el ámbito del arbitraje testamentario del principio que inspira la Ley de Arbitraje según el cual sólo son arbitrables las cuestiones disponibles. Tal principio se concreta en el artículo 2.1 de la precitada normativa:

Artículo 2.1.- «Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho». La legítima de determinados parientes del causante no es una materia de libre disposición y, en consecuencia, no es materia arbitrable».

El principal problema que plantea el precepto es el de la comprensión del término «herederos no forzosos». Como se sabe, no todo legitimario es heredero. El testador puede atribuir bienes y derechos a sus legitimarios por un título diferente al de heredero. Puede hacerse esta atribución a través de un legado o a través de una donación. En fechas no muy lejanas, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 17 de julio de 2002, manifestaba que:

No es acertada la calificación que el Código Civil hace del legitimario como heredero forzoso. Pues el causante puede cumplir con su obligación de respetar la legítima disponiendo de bienes y derechos a favor del legítimo hasta las cuotas legales, mediante la institución de heredero o de legado o incluso mediante una donación *intervivos* («por cualquier título» dice el artículo 815 del Código Civil).

Así pues, si aplicamos literalmente el artículo 10 de la Ley de Arbitraje serían susceptibles de arbitraje los conflictos de los legitimarios que reciban su «herencia» a través de un legado o de una donación. Parece obvio que no quería ser éste el espíritu del precepto sino el de la «protección» de los intereses de los legitimarios, independientemente del título por el cual reciban la atribución.

Ante esta situación, se ha propuesto la sustitución de «herederos no forzosos o legatarios» por «sucesores no forzosos», ya que de este modo quedaría también excluido del ámbito del arbitraje el cónyuge viudo que, al ser usufructuario y no heredero en sentido estricto, podría quedar incluido en una aplicación literal del artículo 10.²⁵

Por otra parte, se incluye en el ámbito del arbitraje las cuestiones suscitadas por los legatarios, pero no debe olvidarse —como hemos señalado— el dato de que el legado puede ser una vía para el pago de las legítimas, de modo que en este caso y en una aplicación gramatical del citado precepto arbitral, el legatario quedaría incluido en el espectro de la norma. Quizá, en este sentido, hubiese sido oportuno sustituir la expresión «herederos no forzosos o legatarios» por «herederos o legatarios no forzosos».²⁶

Con todo, la expresión «sucesores voluntarios o no legitimarios» eliminaría, muy probablemente, la mayor parte de los problemas a los que estamos aludiendo.

También se ha planteado si podrían ser sometidas a arbitraje las cuestiones de los herederos forzosos en aquella parte de la herencia en la que el testador tiene poder de disposición. Son varios los autores que responden afirmativamente a esta cuestión, entendiendo que lo que se excluye del ámbito del arbitraje es cualquier cuestión litigiosa que afecte a la legítima de los herederos forzosos, pero no aquella que afecte a los derechos e intereses más allá de la legítima.²⁷ Por ejemplo, las cuestiones referentes al tercio de libre disposición o al tercio de mejora adjudicados a un legitimario podrían ser objeto de un laudo arbitral. Respecto al tercio de libre disposición no parece haber dudas

²⁵ ALBALADEJO. *Op. cit.* pp. 82 y 88 y ss.

²⁶ La expresión «herederos o legatarios no forzosos» fue propuesta por una enmienda al Proyecto de Ley de Arbitraje de 1988, pero no prosperó finalmente. *Vid* el Boletín Oficial de las Cortes Generales, III Legislatura. Serie A, n.º 69-7, de 17 de junio de 1988.

²⁷ Así, GARCÍA PÉREZ. *Op. cit.*, p. 44. También Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN. *Op. cit.*, p. 111.

en cuanto al carácter disponible del mismo y, por tanto, a su susceptibilidad para ser arbitrable. Más dudas surgen, en cambio, respecto al tercio de mejora, respecto al cual el causante ostenta una cierta libertad de disposición. Son varios los autores que asimilan esa atribución (a título de mejora) a la legítima, como un bloque o unidad inescindible y, por tanto, no arbitrable.²⁸ Aunque parece que la finalidad del precepto es la de mantener la unidad de la legítima,²⁹ lo cierto es que respecto al tercio de mejora, el testador tiene una libertad de disposición que, si bien limitada a algunos sujetos, le permite ejercer una cierta autonomía sucesoria. Cuestión diferente es que en la práctica no sea tan fácil deslindar la parte de la herencia sobre la que recae el tercio de mejora para someterla, en caso de conflicto, al procedimiento arbitral.

Pero aparte de los herederos o legatarios no forzosos, puede haber beneficiarios de la sucesión que no deberían quedar excluidos del ámbito del arbitraje testamentario en la medida en que su interés en la sucesión del causante forma parte de la libertad de disposición del testador y, por tanto, no debería haber óbice para incluirlos en el objeto de este arbitraje. Pensemos por ejemplo, en los beneficiarios de una disposición modal o en una empresa destinada a administrar una parte de la herencia del testador (aquella que queda fuera de la legítima) hasta que se produzca su división. Si aplicamos literalmente el artículo 10 de la Ley de Arbitraje, los conflictos entre esa empresa administradora y los herederos no forzosos quedarían excluidos del arbitraje y no se entiende muy bien por qué.

La doctrina está dividida. Junto a aquellos autores que defienden la extensión del precepto a algunos sujetos que intervienen en la sucesión o tienen interés en la misma aunque no sean sucesores,³⁰ se en-

²⁸ Así, CAPILLA RONCERO, «Comentario al artículo 7 de la Ley de Arbitraje». En *Comentarios a la Ley 36/1988, de Arbitraje*, Coordinada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. Madrid: Tecnos, 1999, p. 89.

²⁹ Díez-PICAZO. *Op. cit.*, p. 112. Para GONZÁLEZ CARRASCO la legítima ha de considerarse de modo unitario respecto de la posibilidad de someterla a arbitraje. *Op. cit.*, p. 230.

³⁰ Díez-PICAZO. *Op. cit.*, p. 111.

cuentra la opinión de otros que consideran que dado que el arbitraje testamentario se basa en las facultades dispositivas *mortis causa*, el causante carece de ellas respecto a terceros como acreedores, albaceas o contadores-partidores.³¹ En mi opinión, la exclusión de los terceros con interés en la sucesión no está justificada cuando el conflicto se origina entre alguno de esos terceros y alguno de los sujetos (herederos no forzosos o legatarios) a los que se refiere el artículo 10 de la Ley de Arbitraje. La expresión utilizada por ese precepto «para solucionar diferencias «entre» herederos no forzosos o legatarios» no debe entenderse, a mi juicio, limitada exclusivamente a los conflictos surgidos entre sujetos pertenecientes a cada uno de esos grupos, sino ampliable a los conflictos en los que, al menos, haya un sujeto perteneciente a una de esas categorías.

2. Ámbito objetivo

Se critica lo estrecho y reducido del ámbito de aplicación de la figura. De hecho, algunos autores sugieren que hubiese sido preferible adoptar la denominación genérica de «arbitraje sucesorio», en lugar de «arbitraje testamentario».³² Con esta denominación más amplia, quedarían incluidas todas las formas de disposición *mortis causa*, tanto a través de negocios unilaterales (testamento) como a través de contratos o pactos sucesorios, no reconocidos en el Código Civil pero de larga tradición y con proyección legislativa en algunas comunidades del territorio español.

El artículo 10 somete a arbitraje las:

Artículo 10.- «[...] diferencias por cuestiones relativas a la distribución y administración de la herencia».

³¹ GARCÍA PÉREZ. *Op. cit.*, pp. 354 y ss. Para VERDERA SERVER. (*Op. cit.*, p. 433) la exclusión es clara respecto a los acreedores, pero dudosa respecto a los albaceas o contadores-partidores.

³² Así lo defiende HERNÁNDEZ BURRIEL. «Comentario de los artículos 9 y 10 de la Ley de Arbitraje». En *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, dirigidos por HINOJOSA SEGOVIA. Grupo Difusión, 2004, pp. 67 y ss.

La expresión «administración de la herencia» es clara —al menos en su significado teórico— y puede ser comprensiva tanto de la administración y gestión como de la conservación del caudal hereditario.³³

Por el contrario, el término «distribución» ofrece dudas mayores en cuanto a su significado. Parece no estar comprendido —al menos de modo expreso— en el ámbito del arbitraje testamentario, la partición de la herencia, cuestión ésta que representa en la práctica la mayor parte de los litigios sucesorios.³⁴

¿Pueden identificarse los términos distribución y «partición» de la herencia, término éste usado por nuestro Código Civil? ¿O la «distribución» se identifica, mejor, con «operaciones divisorias», a las que hace referencia explícita la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (2000)? En todo caso, el término «distribución» es raramente utilizado por el legislador español. A él hace referencia el artículo 1058 del Código Civil, al establecer lo siguiente:

Artículo 1058.- «Cuando el testador no hubiese hecho la partición ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fueren mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán *distribuir* la herencia de la manera que tengan por conveniente».³⁵

Parece que es defendible la equivalencia semántica de los términos distribución y partición porque, muy probablemente, el término «distribuir» se utiliza en el citado precepto con la única finalidad de evitar la reiteración léxica.³⁶ Distribuir equivale, pues, al conjunto de ope-

³³ Albadejo, *Op. cit.*, p. 87.

³⁴ Lo que, desde luego, no puede incluirse bajo la palabra «distribución» es la determinación de quién o quiénes han de suceder al causante cuando procede abrir la sucesión intestada (y ello aun habiendo testamento), ya que estaríamos ante una cuestión de orden público y, por tanto, no disponible para el testador. Así lo estima Gonzáles Carrasco, *Op. cit.*, p.p. 233 y 234.

³⁵ La negrita es nuestra.

³⁶ «La intención del legislador no creemos que fuese la de restringir el concepto distribución a los señalado en el artículo 1058, sino que se debe entender que el término distribución es utilizado como sinónimo de partición». Así lo expresa GARCÍA PÉREZ. *Op. cit.*, p. 309».

raciones divisorias o particionales (inventario, avalúo, liquidación y división de los bienes del causante) detalladas en el artículo 786 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Asimismo, se ha entendido, que el término «distribución» engloba aquellas cuestiones que surjan sobre el reparto de bienes hecho por el propio testador.³⁷

Ya sabemos, por tanto, que distribuir es partir pero ¿cuál es el papel del árbitro instituido por el testador en relación a la partición hereditaria? Son varios los autores que subrayan la idea de que la función del árbitro testamentario no es la de partir la herencia.³⁸ Por ello, no se puede confundir la denominada comúnmente «partición arbitral» con el arbitraje testamentario.

Aunque en la práctica es escasamente frecuente, cabe realizar la partición recurriendo al procedimiento arbitral, conforme a lo establecido en la Ley 60/2003, de Arbitraje, cuando todos los interesados celebren el correspondiente convenio arbitral.³⁹ En este caso, parece obvio que aparte de realizar la partición, el árbitro tiene funciones dirimientes de las cuestiones litigiosas que se susciten con ocasión de la partición por él realizada. Pero la denominada «partición arbitral» queda fuera del ámbito del artículo 10 de la Ley de Arbitraje, es decir, del arbitraje testamentario. El árbitro testamentario no tiene la función de partir y, si la tiene, la tiene eclipsada por la función principal que es la de dirimir las controversias que aquélla suscite.

³⁷ ALBALADEJO. *Op. cit.*, p. 88.

³⁸ GARCÍA PÉREZ, *Op. cit.*, p. 325, ó VERDERA SERVER, *Op. cit.*, p. 425.

³⁹ Como se sabe, son varias las posibilidades de realizar la partición de la herencia. La partición puede ser efectuada directamente por el testador (artículo 1056.1 Código Civil) o por un contador-partidor designado por éste en testamento (1057.1. C.C). También los propios coherederos, de común acuerdo, podrán realizar directamente la partición (artículo 1058 C.C). Si no existiese unanimidad entre los coherederos y legatarios, aquéllos que representen al menos el 50 por ciento del haber hereditario podrán solicitar del juez el nombramiento de un contador-partidor dativo (artículo 1057.2 C.C). Ahora bien, a falta de acuerdo entre los coherederos mayores de edad sobre la forma de hacer la partición, podrán acudir al Juez para que sea él el que realice la partición (artículo 1059 C.C). Ello se efectuará de acuerdo con lo establecido en el artículo 782.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (procedimiento judicial para la división de la herencia).

Es muy importante trazar las diferencias, diferencias que no parecen estar muy claras en el Código de Sucesiones de Cataluña, al que ya hemos hecho referencia anteriormente. El artículo 58.2 de este texto legislativo parece estar contemplando, solamente, la partición arbitral y no el arbitraje testamentario en sentido puro.

La simple función particional no requiere, en mi opinión, el cumplimiento de los requisitos subjetivos del artículo 10 de la Ley de Arbitraje, es decir, no es necesario que la partición arbitral se realice entre aquéllos sujetos a los que se refiere el precepto (herederos no forzosos o legatarios). Por el contrario, resolver controversias o conflictos, sí requiere el cumplimiento de las condiciones del artículo 10, porque sólo en este caso estamos ante un verdadero arbitraje.

Visto ya que partición arbitral y arbitraje testamentarios son cuestiones diversas, entiendo que no es adecuado, como norma general, designar a un árbitro que, además de resolver controversias deba realizar, previamente, la partición de la herencia. No creo que la acumulación de ambas funciones en el sujeto que luego tiene que emitir un laudo arbitral sobre una contienda originada en su propia partición sea garantía de la imparcialidad e independencia que, como se sabe, deben presidir toda actuación arbitral.

Otra cuestión que pudiera suscitarse en el ámbito de las controversias arbitrales es la de si podría someterse a arbitraje lo relativo a la validez del testamento y a su hipotética impugnación, sustrayendo estas materias de la acción judicial.⁴⁰ En estos casos el arbitraje sólo alcanzaría a los casos en que la propia Ley de Arbitraje no lo excluya.

⁴⁰ El Prof. Albaladejo García se limita a plantear una cuestión que en la práctica podría tener cierta trascendencia. *Vid* «El arbitraje testamentario». En *Actualidad Civil*, *cit.* pp. 79-80. El Prof. Díez-Picazo, por su parte, entiende que el testador no puede remitir a arbitraje de un tercero la validez o nulidad de su testamento, cuestión que, sin embargo, sí podrían hacer los destinatarios del testamento. *Vid Op. cit.* p. 112.

La exclusión se produce cuando se lesiona la legítima o afecta al testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley (artículo 675.2 C.C.). Tampoco hay razones para excluir del arbitraje las cuestiones relativas a la interpretación del testamento,⁴¹ pero en este caso será necesario, en mi opinión, que den lugar a una controversia porque si se trata sólo de aclarar el significado de una cláusula testamentaria, no estaremos ante una función genuinamente arbitral.

Se aprecia, entre nuestros autores, la necesidad de ampliar el ámbito objetivo del precepto a todas aquellas materias que sean disponibles para el testador.⁴² El problema de esta ampliación reside en que podría constituir un motivo de anulación del laudo (... los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje) (artículo 41.1 e), en el caso de que los tribunales partan de una interpretación rígida del artículo 10 de la Ley de Arbitraje.

VI. EL ARBITRAJE TESTAMENTARIO EN OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

En Europa, los legisladores no han prestado especial atención al arbitraje testamentario.⁴³ Francia e Italia no contemplan esta figura en sus respectivos ordenamientos. En el derecho francés sólo se permite un compromiso para un conflicto actual pero no una cláusula compromisoria para resolver una eventual contienda futura, como sería el caso del denominado arbitraje testamentario (artículo 1447 del Código de Procedimiento y artículo 2061 del *Code Civil*).⁴⁴

En Italia, a pesar del silencio legislativo al respecto, existe una corriente doctrinal que considera válida y eficaz una cláusula testamentaria que instituya esta modalidad de arbitraje. Se trata de aquella co-

⁴¹ VERDERA SERVER. *Op. cit.*, p. 439.

⁴² Vid DÍEZ-PICAZO. *Op. cit.*, pp. 112-113. También MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA. *Op. cit.*, p. 423.

⁴³ Con la excepción de países como Alemania que, como hemos apuntado sucintamente, constituiría el precedente de la regulación española del arbitraje testamentario.

⁴⁴ Vid un mayor desarrollo del derecho francés en este aspecto en GARCÍA PÉREZ. *Op. cit.*, p. 46.

riente que sostiene una concepción jurisdiccional del arbitraje. Frente a la concepción jurisdiccional, existe otra contractual que no admite un arbitraje procedente de una fuente diversa del contrato y en el que los sujetos que estipulan la cláusula compromisoria (testador) no coinciden con las partes de la controversia (sucesores).⁴⁵ Cuestión interesante es el debate de la doctrina italiana sobre la aplicación de una cláusula arbitral testamentaria a los legitimarios, cuestión que en nuestro Derecho se resuelve —como se sabe— en sentido negativo. Son varios los autores partidarios de la extensión del arbitraje a estos sucesores por considerar que el laudo que vulnere la legítima es impugnabile y, por tanto, quedarían protegidos sus derechos de forma similar a la de un proceso judicial.⁴⁶ Los partidarios de la cláusula arbitral testamentaria son favorables, incluso, a la inclusión de una cláusula penal que refuerce la imposición del vínculo arbitral.⁴⁷

Así como en los ordenamientos europeos el arbitraje en el ámbito sucesorio no goza de especial acogida, en los ordenamientos jurídicos de Hispanoamérica, el arbitraje testamentario se ha hecho un hueco en las correspondientes legislaciones sobre arbitraje. Es el caso, por ejemplo, de Perú, Bolivia y Honduras. En el ordenamiento jurídico peruano, el arbitraje testamentario tiene un espectro mucho más amplio que el del derecho español. El artículo 13 de la Ley General de Arbitraje establece que:

Artículo 13.- «Surte efecto como convenio arbitral la estipulación testamentaria que dispone arbitraje para solucionar las diferencias que puedan surgir entre los herederos no forzosos o legatarios, o para la porción de la herencia no sujeta a legítima, o para las controversias que surjan relativas a la valoración, administración o partición de la herencia, o para las controversias que se presenten en todos estos casos con los albaceas».

⁴⁵ Las posiciones en contra y a favor de la cláusula arbitral testamentaria son puestas de manifiesto por FESTI, en «Testamento e devoluzione ad arbitri delle liti tra i successori». En *Revista di Diritto Processuale Civile*, 2002, pp. 809 y ss.

⁴⁶ Vid las opiniones recogidas en FESTI. *Op. cit.*, p. 817.

⁴⁷ Así TRIMARCHI. *La clausola penale*, Milano, 1954, p. 154. En contra de la licitud de la cláusula penal, puede verse MARINI. *La clausola penale*, Napoli, 1984, p. 92.

En mi opinión, el texto peruano mejora la regulación del arbitraje testamentario respecto a la del ordenamiento español. Aunque la denominación de «herederos no forzosos y legatarios» adolece de los problemas que ya hemos comentado para el derecho español, se añade, acertadamente, al objeto del arbitraje aquella parte de la herencia que, aun perteneciendo a un sucesor forzoso, no forma parte de la legítima. Por otro lado, es loable la sustitución del término distribución por el de partición y la adición de las controversias entre los sucesores antedichos y los albaceas, conflicto éste que no aparece reflejado en el derecho español y que, sin embargo, puede ser fuente de muchos contratiempos en este ámbito. Habría que añadir, en mi opinión, al lado de los albaceas, los contadores-partidores.

En el caso de Bolivia, a través de su Ley de Arbitraje y Conciliación (Ley n.º 1770 de 10 de marzo de 1997), se desarrolla extensamente este arbitraje (también denominado «testamentario») en el artículo 5, que transcribimos a continuación:

Artículo 5.-

- «I.- Salvando las limitaciones establecidas por el orden público sucesorio, el arbitraje instituido por la sola voluntad del testador será válido, a efectos de resolver controversias que puedan surgir entre sus herederos y legatarios, con referencia a las siguientes materias: 1. Interpretación de la última voluntad del testador.
2. Partición de los bienes de la herencia.
3. Institución de sucesores y condiciones de participación.
4. Distribución y administración de la herencia.
- II.- Cuando la disposición testamentaria no contemple la designación del tribunal arbitral o de la institución encargada del arbitraje, se procederá a la designación del tribunal arbitral con auxilio jurisdiccional de conformidad a lo dispuesto por la presente ley.
- III.- A falta de disposiciones expresas en el testamento, se aplicarán a esta modalidad de arbitraje las disposiciones contenidas en la presente ley».

La ley boliviana hace una remisión genérica al orden público sucesorio como límite impuesto a las controversias que pueden resolver los árbitros. El ámbito objetivo de la controversia es, como puede ob-

servarse, más amplio que el del ordenamiento español y además, se hace una distinción entre los términos partición y distribución de la herencia que carece, quizá, de sentido práctico.

Por su parte, Honduras, en su Ley de Conciliación y Arbitraje del año 2000 (Decreto n° 161-2000) regula esta modalidad de arbitraje. Transcribimos literalmente el contenido del artículo 32 de la citada Ley:

Artículo 32.- «Salvo las limitaciones establecidas por el orden público, el testador podrá, por su sola voluntad, instituir el arbitraje a efecto de resolver las controversias que puedan surgir entre sus herederos no forzosos y legatarios, sea respecto de la porción de la herencia no sujeta a asignación forzosa, de las controversias que surjan relativas a la valoración, administración o partición de la herencia o para las controversias que se presenten en todos estos casos con los ejecutores testamentarios».

El texto hondureño regulador del arbitraje testamentario tiene un contenido idéntico al de Perú y, por ello, me remito a los comentarios arriba realizados.

VII. UN MODELO CONCRETO DE CLÁUSULA TESTAMENTARIA ARBITRAL

La Cámara de Comercio de Valencia, en España, ha difundido, a través de su página web, a modo de ejemplo para los testadores que opten por el arbitraje como fuente de resolución de conflictos, la siguiente cláusula tipo:⁴⁸

Cláusula Testamentaria (a incluir en cualquier forma testamentaria)
Acogiéndose a la facultad que le reconocen los artículos 10 y 14 de la vigente Ley de Arbitraje, impone lo siguiente:

1° Que todas las desavenencias o cuestiones litigiosas que puedan surgir entre los herederos o legatarios sean no forzosos, o forzosos en la parte que exceda de la legítima estricta, relativas a la administración o distribución

⁴⁸ Vid <http://www.camaravalencia.com/servicios/>

de la herencia, se resolverán definitivamente mediante arbitraje administrado por la Corte de Arbitraje de Valencia, a la cual encomienda la administración del arbitraje y la designación de los Árbitros, de acuerdo con su Reglamento y Estatutos.

2º Que si alguno de los herederos forzosos no aceptase este arbitraje, quedará reducido a legítima estricta, acreciendo a los que lo acepten la parte no forzosa atribuida con cargo a los tercios de libre disposición o de mejora.

¿Se puede considerar válida esta cláusula testamentaria? El arbitraje institucional que se instituye en esta cláusula es plenamente válido, al amparo del artículo 14 de la Ley de Arbitraje. La extensión del arbitraje a las controversias surgidas entre los sucesores forzosos «*en la parte que exceda de la legítima estricta*» pudiera plantear, *prima facie*, alguna duda de validez. La duda, al amparo de todo lo dicho anteriormente, radica en si pueden considerarse arbitrables las controversias surgidas en torno al tercio de mejora o legítima larga. He apuntado la idea de que en este tercio de mejora la libertad de disposición del testador está limitada, pero existe y en esa medida, y en la medida en que puedan deslindarse en la práctica un tercio de otro, no hay razones para excluirla del objeto del arbitraje testamentario. Por ello, entiendo que estamos ante una cláusula válida.

¿Si no existiese la cláusula penal del ordinal 2º, el incumplimiento del deber de sometimiento a arbitraje tendría alguna sanción? En otros términos, ¿es necesaria la cláusula penal o el deber de sometimiento a arbitraje tiene fuerza obligatoria sin necesidad de aquélla? En principio, el arbitraje testamentario es una imposición del testador, sea a través de una disposición modal,⁴⁹ sea a través de una condición resolutoria⁵⁰ y, como tal, desencadena efectos obligatorios. La cláusula penal reforzaría esos efectos obligatorios.

¿Cabría la posibilidad de que los sucesores, por acuerdo unánime, decidiesen apartarse de la voluntad del causante y no sometiesen sus

⁴⁹ Así lo sostiene GARCÍA PÉREZ. *Op. cit.*, p. 123 y p. 141.

⁵⁰ *Vid*, en la doctrina italiana, FESTI. *Op. cit.*, p. 816.

⁵¹ VERDERA SERVER. *Op. cit.*, pp. 442 y ss.

posibles conflictos a la decisión de un árbitro? ¿Tendría, en este caso, los mismos efectos la cláusula penal o, por el contrario, sería irrelevante? La citada cláusula sólo alude a los efectos de la renuncia por parte de alguno de los sucesores, pero no contempla la eventualidad de que sean todos los que renuncien. Para los autores, la renuncia unánime tiene efecto liberatorio del vínculo arbitral.⁵¹ Entienden que la renuncia, que no sea unilateral o parcial, es válida siempre que no sea contraria al orden público ni perjudique a terceros.⁵² Se aduce, como apoyo del efecto liberatorio de la renuncia unánime de los implicados, aquellos pronunciamientos judiciales sobre partición de herencia en los que se permite que los herederos, por acuerdo unánime, prescindan de la intervención del contador-partidor y efectúen por sí solos la partición en el modo que tengan por conveniente.⁵³ Creo que no se puede establecer una identidad de razón, que desencadene la integración analógica, entre los supuestos de partición de la herencia en los que los herederos pueden prescindir, si están todos de acuerdo, de la figura del contador-partidor y el arbitraje impuesto por el testador para determinados supuestos, porque ello implicaría confundir figuras y funciones. La decisión del contador-partidor requiere la aprobación de todos los herederos para ser válida. En caso contrario, se podrá prescindir de ella. Si basta la negativa de uno sólo de los herederos para prescindir de la partición realizada por el contador-partidor, con mayor razón podrán prescindir de la intervención de este sujeto todos los sucesores de forma unánime.

Por el contrario, en el caso del árbitro, las cosas discurren por otros derroteros. El árbitro tiene funciones similares a las jurisdiccionales. Su misión es la de sustituir al juez cuando así se ha pactado o cuando el testador lo ha ordenado en sus disposiciones de última voluntad. Consiguientemente, prescindir de él —aunque se haga con el acuerdo unánime de todas las partes en conflicto— no puede ser inicuo cuando el testador se ha preocupado de incluir una cláusula penal que sanciona la no sumisión al arbitraje. Si se omitiese esa cláusula y todos los

⁵² MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA. *Op. cit.*, p. 427.

⁵³ *Vid.*, a título de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1992.

sucesores decidiesen renunciar al arbitraje, la renuncia sería válida siempre que no sea contraria al orden público o no perjudique a terceros. Por el contrario, si el que renuncia es uno o varios de los sucesores, pero otro u otros solicitan la sumisión a arbitraje de la parte que no quiere someterse, no sería necesaria, en mi opinión, la existencia de cláusula penal alguna en la institución del arbitraje testamentario porque éste cobraría toda su fuerza.

VIII. JUSTIFICACIÓN Y UTILIDAD DEL ARBITRAJE TESTAMENTARIO: REFLEXIONES CRÍTICAS PARA UN DEBATE

Hoy parece superada la polémica sobre la validez jurídica de la institución arbitral dimanante de la voluntad unilateral del testador. Si, como se ha dicho, cualquier cláusula testamentaria contraria a la tutela jurisdiccional (reconocida en el artículo 24 de nuestra Constitución) ha de considerarse no puesta, aquella disposición del testamento que restrinja el derecho reconocido en el artículo 24, imponiendo el arbitraje, sería inconstitucional.⁵⁴ A ello se añadía el argumento esgrimido en varias ocasiones por nuestro Tribunal Constitucional, según el cual, cualquier restricción a la tutela jurisdiccional ha de establecerse sólo a través de ley formal.⁵⁵

Se ha dicho también, que era muy dudosa la legitimidad del testador para imponer una solución a una posible controversia de la que él no es parte, sino los herederos o legatarios que son los que realmente pueden disponer de los derechos hereditarios⁵⁶. No obstante, no debemos obviar que, ante todo, el arbitraje establecido en la correspondiente disposición testamentaria concede a los herederos no forzosos y a los legatarios la libertad de decidir si quieren o no verse afectados por ese arbitraje, en la medida en que pueden aceptar o rechazar las

⁵⁴ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *Curso de Derecho hereditario*, 1990, p. 249.

⁵⁵ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ. *Ibidem*.

⁵⁶ Vid SERRANO ALONSO. «El arbitraje en la Ley de 5 de diciembre de 1988». En *Actualidad Civil*, 1989, n.º 8, pp. 515 y ss.

atribuciones sucesorias. El rechazo de esas atribuciones conllevaría la exclusión del arbitraje como mecanismo de resolución de sus controversias.

Lo cierto es que el denominado arbitraje testamentario goza de cobertura legal suficiente para constituir no una excepción a la tutela judicial efectiva sino una alternativa perfectamente válida en la sociedad contemporánea. En primer lugar, el legislador español, y también otros, han optado por reconocer su legitimidad expresa.⁵⁷ Por otro lado, la ley permite que en determinados casos el testador prohíba la intervención judicial en su sucesión, con lo que se está abriendo la puerta a los métodos alternativos de solución de conflictos, entre los cuales, el arbitraje cobra protagonismo, porque tiene todas o casi todas las ventajas de un procedimiento judicial, en un tiempo y con unos costes inferiores.

La doctrina, en líneas generales, no se muestra partidaria de este tipo de arbitraje. Son varios los autores que alaban el sentido común de los testadores que prescinden de una figura que está llamada a plantear más problemas que los que resuelve.⁵⁸ Otros destacan la estrechez del ámbito de aplicación que hace poco útil la figura.⁵⁹

No todos los autores se muestran disconformes con el arbitraje testamentario. El Prof. Díez-Picazo entiende que el arbitraje testameta-

⁵⁷ Especialmente legislaciones hispanoamericanas (Perú, Bolivia, Honduras ...).

⁵⁸ Así lo considera VERDERA SERVER. «Comentario de los artículos 9 y 10 de la Ley de Arbitraje». En *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinados por BARONA VILLAR. Navarra: Thomson-Civitas, 2005, pp. 444 y ss, criterio que parece compartir ROGEL VIDE. «El convenio arbitral y el arbitraje testamentario». En *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 3, 2006, p. 484.

⁵⁹ Este es el parecer del Prof. Albaladejo, para quien estamos ante una figura de escasa utilidad práctica, entre otras razones, porque contempla cuestiones muy poco frecuentes en la práctica (administración de la herencia) y deja, sin embargo, fuera del campo del arbitraje los casos más frecuentes de sucesión (legitimarios), *Op. cit.*, pp. 90 y ss. Por su parte, Hidalgo García señala que se sigue dejando de lado, para arbitrar, a las sucesiones con legitimarios, lo cual hace que no sea una vía de resolución de los problemas que más frecuentemente se dan en esta materia, *Op. cit.*, p. 210

rio es una parte de la *lex successionis* establecida por el causante dentro del ámbito de autonomía y libertad que le confiere la ley.⁶⁰ E incluso para aquellos autores que no son muy partidarios del arbitraje testamentario, el ejemplo del Derecho catalán es muestra de que:

La proyección del arbitraje al fenómeno sucesorio tiene unas posibilidades de desarrollo que el Legislador estatal ha preferido marginar [...] En abstracto, el arbitraje puede ser un instrumento muy útil para evitar los complejos pleitos sucesorios; pero, en concreto, el artículo 10 LA representa una nueva renuncia a aprovechar esas posibilidades.⁶¹

En mi opinión, no debe atribuirse la nula utilidad práctica de la figura a la regulación que la vigente Ley de Arbitraje hace del arbitraje testamentario. Es claro que el arbitraje testamentario es hoy, una figura muy poco conocida, pero ello no se debe, en mi opinión, a la sucinta y deficiente regulación de la misma, sino a otros motivos como la mayor confianza en los jueces, la falta de suficientes árbitros especializados, o la desconfianza en las garantías del procedimiento arbitral en el ámbito sucesorio.

A modo de conclusiones, expresamos, a continuación, una serie de reflexiones personales sobre el arbitraje testamentario, de las que puede colegirse la necesidad de reactivar una figura poco conocida y poco utilizada pero que puede ofrecer importantes ventajas prácticas:

1) Se trata, en mi opinión, de un mecanismo de resolución de conflictos de gran utilidad en el ámbito de la partición de la herencia, especialmente en aquellos casos en los que los coherederos no se ponen de acuerdo sobre el modo de hacer la partición, quedando «a salvo su derecho para que lo ejerciten en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil» (artículo 1059 Código Civil). En estos supuestos

⁶⁰ «Comentario de los artículos 9 y 10 de la Ley de Arbitraje», *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, coordinados por GONZÁLEZ SORIA. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2004, pp. 99 y ss.

⁶¹ VERDERA SERVER, *Op. cit.*, p. 444.

habrá de acudirse al denominado procedimiento para la división de la herencia, regulado en los artículos 782 y siguientes de la LEC.⁶² En estos casos, habrá de darse traslado a las partes de las operaciones divisorias para que formulen, si fuese el caso, oposición. Si no hay oposición, la división de la herencia se habrá convertido en un mero trámite de rápida resolución. Pero si se formula oposición, se celebrará una comparecencia, en la que si no hay conformidad, el tribunal deberá oír a las partes, admitir las pruebas que se propongan, continuando la sustanciación del juicio con arreglo a las normas reguladoras del juicio verbal. Ahora bien, la sentencia que se dicte no tendrá eficacia de cosa juzgada, por lo que los interesados podrán hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que corresponda (artículo 787.5 LEC).

Entiendo necesaria la exposición de las vicisitudes del procedimiento de división de la herencia para poder entender que si el testador hubiese instituido el arbitraje, como modo de resolución de las controversias originadas por la partición de su herencia, habría evitado los inconvenientes de una partición judicial que se puede presentar larga y costosa (en dinero y emociones) y que además, no tiene efectos de cosa juzgada. Por tanto, quien no esté de acuerdo con esa partición judicial, aun sin razón, puede dilatar la resolución del problema acudiendo a un procedimiento judicial ordinario que, de nuevo, puede ser largo y costoso. El arbitraje sería en este caso, un mecanismo alternativo mucho más rápido y eficiente.

2) No tiene fundamento, a mi juicio, la creencia de que el procedimiento arbitral carece de garantías frente a los procedimientos judiciales o a las decisiones de los ejecutores testamentarios que pueden ser impugnadas en la vía judicial, quedando salvaguardada, así la tutela judicial efectiva. El laudo arbitral es susceptible de ser anulado ante los tribunales por un motivo que protege los derechos de las partes en

⁶² Son los casos en los que no existe contador-partidor, ni nombrado por el testador, ni designado por el Juez, ni elegido por los propios coherederos.

el ámbito sucesorio. Este motivo de anulación del laudo es el «orden público» que, en este campo, hay que interpretarlo como orden público sucesorio (artículo 41.1.f de la Ley de Arbitraje).

3) No pueden confundirse las cláusulas testamentarias en las que se prohíbe la intervención judicial en la herencia (artículo 782 LEC) y se nombra, a la vez, un albacea o un contador partidador, con las cláusulas en las que se instituye el arbitraje testamentario. El albacea ejecuta la voluntad del testador. El contador-partidador realiza la partición de la herencia. Pero ninguno de ellos tiene como función la de resolver, con efectos de cosa juzgada, las contiendas que surjan entre los sucesores. Por tanto, el arbitraje testamentario representa, en nuestro sistema jurídico, un papel insustituible.

4) Tampoco debe confundirse la llamada partición arbitral con el arbitraje testamentario. La partición arbitral no es, propiamente, un caso de arbitraje. La simple función particional no requiere, en mi opinión, el cumplimiento de los requisitos subjetivos del artículo 10 de la Ley de Arbitraje, es decir, no es necesario que la partición arbitral se realice entre aquéllos sujetos a los que se refiere el precepto (herederos no forzosos o legatarios). Por el contrario, resolver controversias o conflictos, sí requiere el cumplimiento de las condiciones del artículo 10, porque sólo en este caso estamos ante un verdadero arbitraje. Los supuestos del artículo 58.2 del Código de Sucesiones por Causa de Muerte de Cataluña constituyen casos de partición arbitral pero no de verdadero arbitraje testamentario.

5) Partiendo de que la partición arbitral y el arbitraje testamentarios son cuestiones diversas, entiendo que no es adecuado, como norma general, designar a un árbitro que, además de resolver controversias deba realizar, previamente, la partición de la herencia o, viceversa, un contador-partidador que, a su vez, deba ser árbitro. No creo que la acumulación de ambas funciones en el sujeto que luego tiene que emitir un laudo sobre una contienda originada por su propia partición sea garantía de la imparcialidad e independencia que, como se sabe, deben presidir toda actuación arbitral.

6) Sería deseable la extensión objetiva del precepto a las controversias entre los sucesores voluntarios y los albaceas o entre aquéllos y los contadores-partidores. En este sentido, entiendo que la preposición «entre» que delimita, como partes de la controversia, a los herederos no forzosos o a los legatarios, debe ampliarse también a cualquier controversia en la que haya, al menos, uno esos sujetos, pero no debería quedar circunscrita exclusivamente a los mismos.

7) También sería deseable poder extender el ámbito del arbitraje testamentario a los sujetos legitimarios, aunque si en este caso se incluyese una cláusula penal de pérdida de sus derechos legitimarios, ésta se tendría, naturalmente, por no puesta.

8) Si todos los sucesores obligados a someterse al arbitraje testamentario renunciasen al mismo, siempre que esa renuncia no sea contraria al orden público ni perjudique a terceros, podrían liberarse del arbitraje testamentario y quedaría abierta la vía judicial. Sin embargo, cuando el testador haya incluido en su testamento una cláusula penal, entiendo que la renuncia, aun siendo unánime, no tendrá efectos liberatorios del arbitraje, salvo que renuncien a las atribuciones hereditarias.

9) La voluntad del testador, a la hora de establecer el arbitraje testamentario, no es la de imponer una carga sino la de facilitar a sus sucesores un mecanismo para resolver de forma ágil sus diferencias. El arbitraje testamentario se incardina en la tendencia actual de ampliación de la autonomía del testador hacia una, cada vez mayor, libertad de testar. Si la autonomía testamentaria es cada vez mayor, el arbitraje testamentario tiene, cada vez más, abonado su campo de aplicación.

