

# **EL ARBITRAJE EN EL DERECHO SUCESORIO. EL ARBITRAJE TESTAMENTARIO.**

Ignacio Gomá Lanzón.

Notario de Madrid.

Patrono de la Fundación Notarial Signum para la Resolución Alternativa de Conflictos

INTRODUCCIÓN. EL ARBITRAJE Y EL DERECHO DE SUCESIONES. EL ARBITRAJE TESTAMENTARIO. A) Su evolución, características y normativa aplicable. 1) Evolución. 2) Características. 3) Normativa aplicable. B) Su constitucionalidad, su presunto carácter atípico o excepcional y su alegada inutilidad. C) Los árbitros en el arbitraje testamentario. D) Otras figuras. La partición arbitral. E) La materia arbitrable en el arbitraje testamentario. 1) La amplitud de la materia arbitrable en el arbitraje testamentario en general. 1.1) El alcance de la expresión “administración y distribución” 1.2) La impugnación del testamento. 1.3) La partición arbitral y los juicios divisorios. 1.4) La liquidación de la sociedad conyugal. 1.5) El nombramiento de contador partidador dativo. 2) La limitación del arbitraje testamentario a los “herederos no forzosos y legatarios”. 2.1) El AT y otros sujetos no sucesores 2.2) El arbitraje testamentario y los herederos forzosos. a) Arbitraje y legítimas. b) La cláusula de opción compensatoria. c) Otras legítimas. El cónyuge viudo. d) Las legítimas en las legislaciones forales. E) Especialidades en materia de forma de la cláusula arbitral en el arbitraje testamentario F) Especialidades de en el procedimiento en el arbitraje testamentario 1) Plazo de comunicación. 2) Posibilidad de apartarse del arbitraje. 3) Motivos de impugnación. 4) Provisiones de fondos. 5) Arbitraje de equidad. RECAPITULACION Y CONCLUSIONES. ANEXO. CLAUSULAS ARBITRALES.

## **INTRODUCCIÓN**

La conveniencia de fomentar el desarrollo de los sistemas alternativos de resolución de conflictos (ADRS) es ya un lugar común. La prensa, los políticos y otras muchas instancias se refieren desde hace algún tiempo a estas fórmulas diferentes de las judiciales como una novedad a la que es preciso dirigir la atención porque pueden ser vías para remediar o al menos atenuar los males que atenazan al medio “principal” de resolución de conflictos: la Administración de Justicia. El colapso de los tribunales desemboca en una indeseable lentitud en la obtención de justicia y a veces en soluciones apresuradas o estereotipadas y ello, aparte de la obviedad de que una justicia tardía no es justicia, implica unas mensurables pérdidas económicas derivadas de que la inversión, inmovilizada mientras esté en discusión, sufre una devaluación ostensible y, aparte, las relaciones personales entre los litigantes se ven enormemente deterioradas por un largo procedimiento que, además, es público y puede afectar gravemente a la reputación de las partes.

Esto, en el mundo mercantil, se traduce en pérdidas económicas, pérdida de clientes y pérdida de imagen. Y por ello, en este ámbito, el arbitraje goza de una antigua tradición, un presente robusto y un futuro prometedor alentado por el hecho evidente de que la internacionalización de las relaciones mercantiles hace poco deseable la sumisión

de los conflictos a la jurisdicción nacional de una de las partes y el de que la flexibilidad y celeridad de los contratos, fomentada por la rapidez de las comunicaciones, huye de procedimientos muy formales y largos en el tiempo. Y el arbitraje permite huir de esos inconvenientes al establecerse por regla general la irrecurribilidad de las decisiones (sistema del *one shot* que, sin duda, puede ser a veces retraer a las partes), una mayor dosis de flexibilidad en el procedimiento y la confidencialidad del contenido, lo que hace mucho menos invasiva la solución de los conflictos, muy importante cuando el elemento reputacional es un elemento decisivo. Estas razones positivas, unidas a las negativas de la masificación y lentitud de la Justicia, promueven el desarrollo de instituciones en las que las partes pueden resolver privadamente, pero bajo el amparo público, sus conflictos, conservando así un mayor control sobre la contienda, particularmente cuando se pactan cláusulas *escalonadas* con la mediación, institución que permite buscar soluciones alternativas a las contiendas arriesgando muy poco y sin comprometer posibles demandas posteriores.

En el ámbito del Derecho de sucesiones quizá no se da ese elemento internacional del que hablaba antes en igual medida –aunque cada vez es más frecuente– pero sí desde luego el daño económico derivado de la paralización durante mucho tiempo del haber hereditario a consecuencia de un conflicto entre los sucesores o legatarios o entre unos y otros. Y, sobre todo, el ámbito sucesorio es especialmente sensible a la lentitud y dramatismo de la resolución judicial de conflictos en un ámbito muy particular: el de las relaciones personales, pues una tardía resolución de las diferencias jurídicas o económicas entre los llamados a la herencia suele implicar una putrefacción y enquistamiento de los problemas personales que, con mucha frecuencia, se encuentran debajo de aquellas diferencias jurídicas o económicas, y particularmente en el ámbito de la familia, donde los afectos son clave para el desarrollo y el equilibrio personal y psicológico.

Sin embargo, el Derecho de sucesiones no tiene tradición el uso del arbitraje ni de la mediación, mucho menos intervencionista, cuando los beneficios que podrían proporcionar estas instituciones podrían ser en este ámbito, *prima facie*, muy importantes.

Para entender este hecho pueden proporcionarse varias explicaciones. Por un lado, que el arbitraje se ha dado más bien en ámbitos mercantiles, de donde procede históricamente, y son mercantilistas y quizá especialistas en derecho público procesal los que han tratado mayoritariamente esta cuestión, por lo que, quizá debido a un comprensible *sesgo cognitivo de confirmación* tienden a ver inaplicable el –reconozcámoslo– poco claro precepto que la ley de arbitraje dedica a esta cuestión, al no sentirse cómodos en terrenos complicados que no son su especialidad. Y lo cierto es que, como gráficamente destacaba hace poco el anuncio de un libro sobre particiones hereditarias, “no es fácil entender el Derecho de sucesiones. La mayoría de los profesionales del Derecho.... hasta que no se enfrentaron a la redacción de su primer cuaderno particional no entendieron gran parte de la terminología...” Pero eso es parcialmente verdad: ni siquiera es suficiente enfrentarse a un cuaderno particional, es que es preciso conocer a fondo una rama del derecho que a su vez implica dominar el de Obligaciones, Derechos reales y Familia, todos los cuales se entran en acción con motivo del proceso sucesorio.

Pero esa falta de presencia del arbitraje en el ámbito sucesorio no es culpa solo de los especialistas en el arbitraje, pues también es atribuible a los profesionales del

Derecho sucesorio no han –hemos- tenido, quizá por conservadurismo o excesiva prudencia, la valentía de afrontar esta interesante cuestión que podría redundar en beneficio de los ciudadanos y de la colectividad en general.

Es de reconocer, no obstante, que la complejidad del Derecho sucesorio y la rigidez que se deriva de la prohibición de la sucesión contractual y del sistema legitimario, al menos en Derecho común, lo hace poco proclive a experimentos. Y tampoco se puede decir que la redacción del art. 10 ayude mucho a la fácil aplicación del arbitraje testamentario.

Personalmente soy un firme convencido de la utilidad del arbitraje y también, dicho sea de paso, de la necesidad de flexibilizar el Derecho de sucesiones, incluso por la vía de reducir la importancia de las legítimas. Este trabajo –lo adelanto- se encamina a facilitar el desarrollo del arbitraje sucesorio en nuestro derecho con los elementos que tenemos, debidamente interpretados, y en la medida que considero posible, que es amplia, y a abogar por la derogación de las barreras que dificultan su implantación.

## **EL ARBITRAJE Y EL DERECHO DE SUCESIONES**

En relación al arbitraje en Derecho sucesorio, señala acertadamente O'CALLAGHAN<sup>1</sup>, que deben separarse claramente las tres fases del fenómeno hereditario: la que se da antes de la delación, la que se da en la delación de la herencia y la que se inicia después de la adquisición de la herencia.

Según el momento en que se haya suscrito la cláusula, convenio o disposición arbitral, estaremos en una fase u otra, aunque todos ellos puedan considerarse arbitrajes sucesorios porque se referirán a materias de Derecho sucesorio. Ahora bien, su naturaleza y efectos no son en absoluto las mismas.

El arbitraje que se da *en la delación* es el arbitraje que fundamentalmente vamos a estudiar en este trabajo: el arbitraje testamentario (AT, en adelante), ordenado por tanto por el testador en su disposición de última voluntad y que contempla el artículo 10 de la Ley de arbitraje (LA en adelante), que necesita una importante labor interpretativa ante las cuestiones que suscita.

El arbitraje *anterior a la delación* es el que se pacta antes del fallecimiento de aquél de cuya sucesión se trata, mediante un acuerdo firmado al efecto. Como es bien sabido, en Derecho común, el artículo 1271 del Código civil proscribía cualquier pacto sobre la herencia futura, salvo aquellos contratos cuyo objeto sea pactar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme al art. 1056 del Código civil (Cc, en adelante). La interpretación de este precepto ha sido variada, pero la mayoría de la doctrina considera clara la prohibición y que las excepciones mencionadas no son tales porque deben tener su soporte en un testamento (el art. 1056 habla de “testador”, aunque es cierto que hay alguna verdadera excepción como el art.

---

<sup>1</sup>O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: “El arbitraje en Derecho Sucesorio”, La Notaria, Noviembre-diciembre 2007, número 47-48, pág.57.

826 y 827 y el art 1341, todos del Código civil). O'CALLAGHAN, sin embargo, entiende que este arbitraje, que ya no sería testamentario sino común, es perfectamente posible porque el art. 9.1 de la LA permite el arbitraje sobre controversias futuras, y como estas controversias y la institución del arbitraje se van a producir cuando fallezca el causante, en cuyo momento la legítima es ya disponible, el arbitraje es perfectamente lícito. Un poco antes que este autor, CAMPO VILLEGAS<sup>2</sup> aceptó la licitud de este pacto pues siendo la finalidad de esta prohibición de origen romano el que la voluntad sucesoria siempre es mudable, en este caso no se aplicaría porque: 1) no hay pacto sobre la herencia, sino sobre la vía procedimental y adjetiva para resolver un conflicto; 2) en este pacto no se limita la libertad sucesoria del causante, que incluso puede no firmar el pacto; 3) el art. 1271 es una norma prohibitiva y debe interpretarse restrictivamente; y 4) en los territorios forales en que se admite la sucesión contractual, sobran todos los argumentos anteriores.

Con excepción de este último aserto, no convengo con estos dos autores. Con O'CALLAGHAN, porque el hecho de que la legítima sea disponible poco tiene que ver con la prohibición, que se refiere a la total herencia, y además lo que el art. 1271 prohíbe precisamente es el pacto, no el resultado. En cuanto a Elías CAMPO, aun siendo ciertos sus argumentos, no son suficientes para desvirtuar la prohibición, aunque esta esté obsoleta. Se prohíben todo tipo de pactos, sean adjetivos o no, tanto al causante como a los sucesores y no hay margen, en mi opinión, para excluir este caso por vía de interpretación restrictiva del art. 1271, por mucho que podría ser interesante.

En aquéllas legislaciones que permiten el pacto sucesorio cabría este arbitraje, aunque esta cuestión la mencionaremos posteriormente al tratar de la forma en el arbitraje testamentario.

Por supuesto, el arbitraje convenido por los sucesores una vez fallecido el causante, aun siendo un arbitraje sucesorio, es un arbitraje común, sujeto a las reglas generales del arbitraje y no a las especialidades del art. 10 LA.

## **EL ARBITRAJE TESTAMENTARIO**

### **A) Su evolución, características y normativa aplicable**

#### **1) Evolución**

No es frecuente todavía encontrar cláusulas en las que se instituya el arbitraje testamentario, pero sí lo ha sido incluir disposiciones en las que se prohíbe la intervención judicial en la herencia, estableciendo privación de derechos sucesorios en la parte disponible si no se atendía a dicho mandato, o simplemente prohibiendo la partición judicial, acompañada de un nombramiento de albacea que interprete el testamento y un contador partidor que realice la partición. Pero tal cosa no es equivalente al arbitraje, sino un simple deseo del testador de evitar que sus herederos se

---

<sup>2</sup> CAMPO VILLEGAS, Elías: “La partición hereditaria arbitral”, en el libro “La partición de herencia”, obra colectiva coordinada por O'Callaghan, Madrid, 2006, pág. 263.

enzarcen en disputas interminables, poniendo en peligro su patrimonio y sus relaciones personales, especialmente importantes en el ámbito familiar.

El arbitraje tiende en parte a la misma finalidad pero no por la vía de evitar un juicio decisorio sobre una materia –a lo que tendería en cambio la mediación, compatible con el arbitraje a través de las cláusulas escalonadas mediación-arbitraje- sino por la de buscar un sustitutivo de naturaleza privada, pero que supone un completo equivalente jurisdiccional, que resolverá la cuestión en un periodo más corto de tiempo y normalmente sin ulterior recurso –salvo el de nulidad- haciendo que el conflicto no perdure en el tiempo enquistándose, enrareciendo las relaciones personales y mermando el patrimonio de los contendientes.

El arbitraje testamentario fue reconocido legalmente en la ley de arbitraje de derecho privado de 1953, aunque anteriormente la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN en adelante) había resuelto sobre ello en algunas resoluciones, como las de 1 y 25 de septiembre de 1902, en las que al albacea se le faculta para resolver como amigable componedor, decidiendo de un modo irrevocable; en la de 28 de marzo de 1944 el tema se trata de un modo incidental, diciendo que los albaceas facultados tienen para dictar resoluciones de tipo arbitral. También ha habido sentencias del Tribunal Supremo, como la de 20 de marzo de 1918, en la que se resuelve en un caso en que el albacea ha sido nombrado amigable componedor y se prohíbe la intervención judicial en la herencia, y en la de 24 de junio de 1940 el caso que se contempla es muy parecido al de esta última.

Estas son, sin embargo, resoluciones que, aunque atisban algo y parecen reconocer la posibilidad de arbitraje testamentario, no están contemplando cabalmente problemas específicos de esta figura.

La ley de 1953, en su artículo 5 decía que *“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”*.

El artículo 7 de la ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje, decía: *“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 y administración de la herencia”*.

El artículo 10 de la vigente ley de Arbitraje de 23 de diciembre de 2003, dispone: *“También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la administración y distribución de la herencia”*.

Como se puede apreciar, la evolución no es muy grande: respecto a la ley de 1953, la ley de 1988 incluye la mención a los legatarios en el 88, que persiste; también en el 88 se añade la expresión “excepcionalmente”, que desaparece en 2003 y la referencia a la “administración de la herencia”, que persiste hoy. Todas estas expresiones y su significado las trataremos en este trabajo.

## 2) Características.

En todo caso, conviene recordar que nos encontramos ante un verdadero arbitraje al que, por tanto, adornan las características básicas de éste: su eficacia negativa, al fundar una excepción de incompetencia de jurisdicción, excluyendo a los tribunales ordinarios de la cuestión discutida como previeron las partes u ordenó el testador, que se invoca mediante declinatoria (art. 11.1 LA); su eficacia positiva, la sumisión a un tercero que resuelva la cuestión, con fuerza de cosa juzgada, eficacia ejecutiva y sin ulterior recurso (salvo que estuviera previsto en el convenio o en los estatutos de la institución arbitral, y por supuesto el de nulidad del artículo 41 LA).

Estas características son las que claramente diferencian al arbitraje testamentario de otras figuras que se le aproximan, como posteriormente veremos.

### 3) Normativa aplicable.

Se sigue criticando por la mayoría de los autores la inadecuada ubicación sistemática del precepto, en cuanto que la ley lo incluye en el título dedicado a “El convenio arbitral y sus efectos”, cuando obviamente este es el único caso en el que no hay propiamente un convenio, señalando VERDERA<sup>3</sup> que hubiera sido preferible regular este arbitraje en sede sucesoria. De hecho, esta autor considera que esta figura se encuentra a caballo entre la institución arbitral y las disposiciones sucesorias. No opino lo mismo, como defenderé en este trabajo.

Y en este sentido, parecería que esta regulación debería ser competencia exclusiva del estado, en cuanto que supone legislación procesal y esta corresponde en exclusiva al Estado en virtud del artículo 149.1.6, de la CE (así sentencia del TC 62/1991, de 22 de marzo), pero de no seguirse la tesis procesalista sino la contractualista (en este caso civilista)<sup>4</sup>, cabría entender, como VERDERA, que las Comunidades Autónomas con competencia en legislación civil podrían regularlo, y de hecho Cataluña lo ha hecho en un precepto de su Código civil que hoy dice:

“Artículo 464-7. Partición arbitral o judicial.

*1. El causante, en previsión de que los herederos no lleguen a un acuerdo para hacer la partición, puede instituir un arbitraje testamentario a tal efecto. Los herederos también pueden, de común acuerdo, someter a arbitraje la realización de la partición o las controversias que deriven de la misma, incluso las relativas a las legítimas.*

---

<sup>3</sup> VERDERA SERVER, RAFAEL: Comentario al artículo 10 en “Comentario a la ley de arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de a ley 11/2011, de 20 de mayor de 2011, coordinado por Silvia Barona Vilar, 2ª Edición, Civitas Thomson-Reuters, 2012, pág. 521.

<sup>4</sup> Considero que en nada influye el reconocimiento del arbitraje testamentario en la ya antigua polémica relativa a si el arbitraje es una institución procesal o contractual. La cuestión es que el testamento encaja mal en el concepto “contrato” que aparece en la dicotomía, pues depende de la voluntad unilateral del testador, pero ello en nada influye en la mencionada polémica (como parece apuntar HIDALGO GARCÍA, S: Arbitraje testamentario, Comentarios Prácticos a la Ley de Arbitraje dirigidos por Vicente Guilarte, Lex Nova, pág. 208), que trata de dilucidar si el arbitraje se acerca más al derecho público o al privado, pues el AT sólo implicaría que la tesis “contractualista” debería más bien denominarse “civilista”, o de la “autonomía de la voluntad”, para romper el sesgo cognitivo que impregna, como decía al principio, toda esta materia presuponiendo que el arbitraje sólo se da en los contratos.

*2. Si los herederos no llegan a un acuerdo para hacer la partición ni procede hacerla de otra forma, cualquiera de ellos puede instar la partición judicial”.*

Personalmente, considero que esta no es una institución de Derecho sucesorio por el hecho de ser instituida en el testamento, del mismo modo que el nombramiento en testamento de tutor no convierte a esta en una institución del Derecho de sucesiones, aunque el vehículo de la disposición lo sea y haya que someterse a sus reglas; por lo que la regulación autonómica debería considerarse inconstitucional; si bien es cierto que la regulación catalana no altera excesivamente lo establecido en la ley de arbitraje nacional, pues sólo recoge la posibilidad de partición arbitral (aunque esta cuestión la trataremos posteriormente y aquí quizá sí se excede la regulación catalana de la estatal) y a recoger el arbitraje pactado por los herederos que, aunque expresamente señala que afecta a la legítima, no hace sino seguir la regla general<sup>5</sup>.

### **B) Su constitucionalidad, su presunto carácter atípico o excepcional y su alegada inutilidad.**

Sobre el arbitraje testamentario, como apuntábamos al principio, se sitúa una nube de incompreensión y escepticismo que cubre desde su posible inconstitucionalidad, pasando por su probable excepcionalidad para llegar hasta su indudable inutilidad.

La cuestión de su inconstitucionalidad ha sido apuntada por algunos autores (por ejemplo ROGEL VIDE<sup>6</sup> y GARCIA PEREZ<sup>7</sup>), sobre la base de la posible incompatibilidad del principio de tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE, en la medida de que no se cuenta con la voluntad de quienes van a ser parte en el arbitraje. Sin embargo, parece evidente que la opción, propia de toda sucesión hereditaria, de aceptar o repudiar la herencia hace que el elemento de renuncia libre a esa tutela judicial efectiva propia de todo arbitraje está aquí también presente. Su origen y justificación está en la autonomía de la voluntad del testador, dado que ésta es la ley de la sucesión y aunque ésta suponga una merma de la libertad de actuación de los sucesores, estos pueden valorar si les conviene aceptar o no.

La segunda cuestión, la de la excepcionalidad parte de la idea de que en el arbitraje tradicionalmente existe un convenio; pero como en este caso el arbitraje surge por la voluntad unilateral del causante se concluye que nos encontramos ante un supuesto excepcional, como lo revela –entiende esta tesis- que la ley de arbitraje está estructurada primordialmente en torno a la existencia de un convenio enmarcado en el

---

<sup>5</sup> José Luis MEZQUITA DEL CACHO (Comentarios al Código de Sucesiones”, tomo I, Bosch, 1994, página 280) piensa todo lo contrario, pues considera que es una cuestión de derechos privados y no de orden constitucional, regida por el principio de autonomía de la voluntad, y que cabría una ley de arbitraje catalana sobre la base de la conservación y desarrollo del Derecho foral (art. 149.8 de la Constitución), al entender que el aspecto procesal de esta materia no es directo ni esencial sino indirecto. También entiende este autor que la limitación legitimaria no afecta a Cataluña porque en ella los legitimarios no son herederos forzosos. Posteriormente trataremos este tema.

<sup>6</sup> ROGEL VIDE, Carlos: “El convenio arbitral y el arbitraje testamentario”. Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, Tercera época, año CLIII, julio-agosto 2006, número 3, pág.485.

<sup>7</sup> GARCIA PÉREZ, Carmen: “El arbitraje testamentario”, Tirant lo Blanc, 1999, págs.. 109 y ss.

derecho de obligaciones. Tampoco esta idea me convence nada. Tal propuesta supone pensar que el modo principal de nacimiento de derechos y obligaciones es el contrato, cuando en realidad modos tan normales y seguramente más antiguos pueden serlo la ley, la donación y por supuesto la sucesión, pues las obligaciones pueden surgir originaria y derivativamente, por constitución o transmisión universal o particular. Y piénsese en tantas instituciones que nacen a través de la sucesión testamentaria, como las fundaciones, nombramiento de tutor, etc.

VERDERA<sup>8</sup>, siguiendo a CAPILLA<sup>9</sup>, resalta varias perspectivas de su supuesta excepcionalidad: uno el de su origen y ubicación sistemática, ya indicados; otra, el del requisito formal, porque cabe al AT en testamento ológrafo, pero esto ya no es tal excepción porque no es necesaria escritura para el arbitraje en general, como antes; otra respecto a la actualidad de la controversia, pues antes era nulo el arbitraje si la controversia no era actual, pero ya no (art. 2 y 5.1 LA); y finalmente respecto a la singularidad del objeto, pues antes se precisaba una fijación, al menos de principio de la relación jurídica singular, pero hoy esa singularidad está difuminada. Por tanto, concluye VERDERA, la singularidad no va más allá de la circunstancia de que el AT lo impone un tercero. Y en mi opinión, en el panorama jurídico general, la particularidad de la unilateralidad no implica excepcionalidad.

Es por tanto totalmente infundado este presunto carácter excepcional, que produce ya un sesgo negativo respecto del arbitraje testamentario, al que se vería como una anomalía extraña que es necesario evitar, proscribir o, al menos, interpretar restrictivamente como tal excepcionalidad.

Finalmente, y con eso entramos en el último supuesto, todo ello llevaría a una supuesta inutilidad práctica: la parca y dificultosa regulación, las dificultades casi insolubles de solventar los problemas que se plantean, la imposibilidad de que el instituyente intervenga en el desarrollo de la figura que ha creado hacen que en opinión de VERDERA haya que *“alabar el sentido común de los testadores que prescinden de una figura que está llamada a plantear más problemas que los que resuelve”*<sup>10</sup>. CAPILLA, por su lado, dice que es una figura *“tan difícil de interpretar como inútil en la práctica”*<sup>11</sup>; e HIDALGO señala que aunque se haya suprimido la palabra “excepcionalmente” que contenía la ley de 1988, los términos en que está planteado el precepto lo condenan *“a un papel puramente residual”*<sup>12</sup>.

Y esto no es nuevo: ya en 1990 ALBALADEJO<sup>13</sup> había enviado unas *“razones torpedo”* contra el “buque del arbitraje testamentario”: la expresión inútil de “administración” que contiene el precepto legal; la expresión “distribución” más bien se refiere a la partición; la necesidad de no presencia de legitimarios deja fuera del

---

<sup>8</sup> Ob. cit. pág. 531.

<sup>9</sup> CAPILLA RONCERO, Francisco: Comentario al artículo 10 en “Comentarios a la ley de arbitraje”, coordinado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, 1991. Pág. 82.

<sup>10</sup> Ob cit. Págs. 523 y 548.

<sup>11</sup> Ob.cit. pág.95.

<sup>12</sup> HIDALGO GARCÍA, S: ob.cit. pág. 210.

<sup>13</sup>ALBALADEJO: ob.cit. págs.. 90 y 91.

arbitraje los casos más frecuentes; la posibilidad de nombrar un contador partidor, que resuelve la mayoría de los problemas; y porque lo que verdaderamente interesaría al testador sería la posibilidad de una partición arbitral, y no la simple sumisión a arbitraje de “diferencias”, pero esto era imposible en 1988 por la expresión “excepcionalmente” que contenía el art. 77 de la ley de 1988, que impedía que los árbitros hicieran otra cosa que la señalada; aparte de que tal “partición arbitral” no sería arbitraje, pues no hay sumisión a árbitros de la cuestión litigiosa.

Considero esta última cuestión, la diferencia partición arbitral y arbitraje, de mucha relevancia práctica, y la trataremos a lo largo de este trabajo, particularmente al hablar de los requisitos de idoneidad y la materia arbitrable. Y espero que las reflexiones que haremos sobre esta cuestión y sobre otras, podrá descartarse la pretendida inutilidad práctica de la figura.

### **C) Los árbitros en el arbitraje testamentario. Otras figuras. La partición arbitral.**

Parece que no hay especialidad ninguna en lo que podríamos llamar idoneidad del árbitro en el arbitraje testamentario, por lo que deberán aplicarse los requisitos y procedimientos establecidos en los art. 13, 15 y 17 de la LA y concretamente los requisitos de estar “en pleno ejercicio de los derechos civiles”, que no se lo impida “la legislación a que se someta en el ejercicio de su profesión”, que tenga y mantenga su “independencia e imparcialidad” y que no mantenga “relación personal, profesional o comercial” con las partes.

Es un tema ya clásico en esta materia si los albaceas y contadores partidores son árbitros *per se* o, de no serlo, si al menos pueden ser árbitros si les nombra el testador como tales.

A la primera pregunta se contesta por la doctrina que no porque ni en las funciones que el Código civil atribuye a uno u otro se contemplan esas facultades ni se pueden entender incluidas en las que les corresponden<sup>14</sup>. El *albacea* es el ejecutor del testamento, de la voluntad del testador, y al *contador partidor* le corresponde “la simple facultad de hacer la partición”. No corresponde, pues, ni a uno ni a otro, facultades decisorias con carácter definitivo sobre aquellas diferencias que pudieran existir entre los herederos o legatarios. Sin duda su actuación tiene una gran utilidad pues o ejecutarán la voluntad del testador o realizarán actos que quizá no quieran hacer los herederos o realizarán la partición, cuando quizá alguno de los interesados no quiera colaborar, sustituyendo en definitiva una actividad que estos podrían haber realizado. Pero esos actos no suponen terminar con las diferencias, sino dar una solución resolverá situaciones de bloqueo pero sin impedir que los herederos o legatarios puedan impugnar esos actos ante la autoridad judicial, o el arbitro, si no hubieran respetado la legalidad en materia de partición (formación de lotes homogéneos, valoración, etc).

A la segunda pregunta, la mayoría de la doctrina suele responder que si el testador lo dispone así en su testamento son acumulables las funciones de albacea y

<sup>14</sup> Ver VERDERA SERVER, R.: ob. cit. pág. 526; CAPILLA RONCERO, F.: ob.cit.pág.90

árbitro, aunque sean heterogéneas, dado que el art. 901 autoriza al testador a atribuirle al albacea otras funciones, y lo mismo hay que entender respecto al contador partididor<sup>15</sup>. De hecho, CAPILLA RONCERO señala que de los discusiones parlamentarias se deduce la creencia de que en principio los albaceas iban a ser los árbitros *naturales* y que la función arbitral es una facultad que viene a completar las que tiene el albacea<sup>16</sup>. Por supuesto, todos los autores exigen que este albacea reúna los requisitos de independencia e imparcialidad propias de todo árbitro y antes mencionados.

Otros autores –notarios- como Pilar de PRADA y Carlos de PRADA señalan que, aunque fuera posible a priori, es dudoso que los sea cuando el arbitraje versa sobre la propia actuación del albacea y contador partididor y, como esto puede suceder, es por eso poco conveniente acumular los cargos<sup>17</sup>.

Mi postura es más restrictiva incluso que la de estos dos últimos autores. Me parece que el albacea o el contador partididor, que han estado operando sobre una herencia, cumpliendo la voluntad del testador y entrando en contacto previo con los herederos están en principio “contaminados” en su imparcialidad, de un modo similar al que el Tribunal Constitucional ha entendido que el juez que instruye un sumario no puede juzgarlo, porque pierde su imparcialidad<sup>18</sup>. Por otro lado, la necesidad de que el árbitro no tenga relación personal o profesional con las partes podría entenderse infringida aquí, pues esas actividades previas suponen una cierta relación personal que quizá favorece que el árbitro se haga una opinión del asunto y de las personas implicadas<sup>19</sup>. En cambio, estos posibles “prejuicios”, no afectan al albacea o contador partididor, que son ejecutores de la voluntad del testador.

---

<sup>15</sup> VERDERA SERVER, R: Ob.cit. págs. 526 y 527; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X: Ob.cit.pág. 61; ALBALADEJO, Manuel: “El arbitraje testamentario”, Actualidad Civil, 1990-1, núms. 1 a 17, .pág. 292; GARCIA PEREZ, Carmen: b.cit. págs. 88 y ss; MERINO y CHILLON: Tratado de Derecho Arbitral, 2º es. Civitas, 2006, pág. 426; ; YAÑEZ VIVERO, María Fátima: Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez. Volumen II. Coordinadores: Josefina Alventosa del Río y Rosa Moliner Navarro. Universitat de València, 2008 (páginas 1299 a 1318), pág.1305. Esta autora piensa lo mismo aunque indica que no en todo caso al duplicidad de funciones en una misma persona garantizará la imparcialidad necesaria en todo árbitro.

<sup>16</sup> CAPILLA RONCERO, F: Ob.cit. pág. 88. Posteriormente desarrollaremos más esta cuestión.

<sup>17</sup> PRADA SOLAESA, Pilar: “El arbitraje testamentario”, pendiente de publicación; DE PRADA GUAITA, Carlos: Arbitraje Testamentario” Memento Experto Francis Lefevbre, 2012, Capítulo 12, de arbitrajes especiales, número 4500.

<sup>18</sup> El Tribunal Constitucional en su sentencia de 12 de julio de 1988 dice que "la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Incluso aunque ello suceda es difícil evitar la impresión de que el Juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible" Esta sentencia, basada en criterios anteriores del TEDH, originó una reforma legal, aunque luego el propio TC la ha matizado

<sup>19</sup> La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1984 acepta, sin embargo, la compatibilidad de ambos cargos, aunque es de señalar que se refiere un supuesto muy anterior a la vigente ley de 2003 en la que se perfila mucho más claramente la idoneidad de los árbitros. En el artículo 23 de ley que se aplica en este caso, la de 1953, hay una remisión a las causas de abstención y recusación de los jueces, que pueden además ser dispensadas expresamente por las partes. El compromiso se hacía surgida ya la contienda, con lo cual el nombramiento se hace a sabiendas de la situación y circunstancias del árbitro.

No obstante, pienso que cabría excluir de la inidoneidad aquellos supuestos en que tanto la función del contador partidor como la del árbitro son institucionales y uno y otro cargo hayan sido designados por una misma institución, dado que es en los árbitros en quienes deberían concurrir los requisitos de idoneidad y no en la institución.

Pero, aunque creo que es así, creo que es preciso profundizar un poco más, perfilando otras figuras que se han propuesto por la doctrina (e incluso por la ley) y valorar si los requisitos de idoneidad son los mismos o diferentes.

En este punto conviene hacer referencia a la llamada *partición arbitral*. Esta figura consistiría en la designación de un árbitro cuya función fuera realizar la partición sin ulterior recurso, con fuerza de cosa juzgada y ejecutiva, un a modo de contador partidor reforzado por la irrecorribilidad de sus decisiones. Decía ALBALADEJO, refiriéndose al artículo 7 de la ley del 88, que lo que contemplaba esa ley no era la partición encargada directamente al árbitro, sino confiar a éste la resolución con fuerza de cosa juzgada de las diferencias existentes entre los sucesores. Basaba su criterio en que la función encomendada al árbitro no era “partir”, sino “resolver diferencias”, y la expresión “excepcionalmente” que contenía el artículo 7 no permitía extender las funciones del árbitro a otras materias<sup>20</sup>.

Personalmente opino lo mismo, aunque en el artículo 10 de la ley vigente haya desaparecido la expresión “excepcionalmente” y aunque aparezca expresamente mencionada en el art. 464.7 de la norma catalana, antes transcrito<sup>21</sup>. En efecto, los efectos especiales que la ley atribuye al laudo, anudándole valor ejecutivo, de cosa juzgada e irrecorrible no me parece que puedan ser extendidos más allá de los supuestos a los que ha sido concebido, es decir, al caso de conflicto<sup>22</sup>, y por tanto, no deben atribuirse estos efectos *directamente* a un contador partidor al que se eleva de rango.

Ello no significa, sin embargo, que no se puedan obtener efectos parecidos (que expresamente admitía ALBALADEJO) de las dos formas siguientes:

a) Cuando no haya contador partidor designado y los interesados ejerciten la acción de división de la herencia ante el árbitro, que procedería no a partir aquélla directamente sino a aprobar la que se haga en el procedimiento divisorio similar al que se lleva a efecto ante el juez, con intervención en su caso de peritos. Esta posibilidad la trataremos más extensamente al tratar la materia arbitrable, con motivo del examen de la expresión “distribución” que contiene el artículo 10.

b) Cuando se designe un árbitro que decida sobre las diferencias que pudieran resultar de la partición efectuada por el contador partidor, en paralelo a la posibilidad de impugnación judicial de la partición realizada por el contador partidor cuando no cumpla los parámetros legales.

En el caso de la letra a) no hay confusión posible entre contador partidor o albacea y árbitro. En el segundo caso podría haberla si se considera, como hace ALBALADEJO, que ese árbitro podría serlo podría el propio contador partidor.

<sup>20</sup> Ob. cit. pág. 86 y también las “razones torpedeo” de las páginas 90 y 91.

<sup>21</sup> Por ello, y tal y como se apuntaba antes, quizá la norma catalana si se exceda en este punto de la legislación estatal, si se acepta la tesis que mantengo aquí.

<sup>22</sup> En sentido parecido, YAÑEZ, ob.cit. pág. 1311; y CAPILLA, ob.cit. pág. 80.

Por lo que he dicho anteriormente, opino que no pueden coincidir las figuras de contador partidor y árbitro y que cada uno tiene sus respectivos requisitos de idoneidad.

En efecto, considero que para estos dos supuestos de *pseudo partición arbitral* mencionados en las letras a y b, la posición del árbitro sigue siendo distinta de la del contador partidor: el primero resuelve diferencias –o aprueba particiones- de acuerdo a la ley; el segundo parte de acuerdo con las instrucciones del testador, del cual es un brazo ejecutor, por lo que no importa, por ejemplo, que tenga relaciones personales, profesionales o comerciales con alguno de los interesados en la herencia, cuando esto sí que vedaría la actuación del árbitro.

Sus funciones son, pues, distintas, por lo que sus personas y los requisitos de su idoneidad son diferentes. Si el testador quiere que existan las dos figuras, deberá designar personas diferentes, o una institución que designe personas diferentes, y cada una de ellas deberá reunir sus condiciones propias de idoneidad.

Otras figuras que conviene deslindar del arbitraje son las del contador partidor-dativo y la del arbitrador. Para una adecuada diferenciación debemos recordar de nuevo las características propias del arbitraje que señalábamos en apartados anteriores: exclusión de los tribunales, resolución de las diferencias por un tercero, sin ulterior recurso, salvo el de nulidad, y con fuerza de cosa juzgada y ejecutividad.

Así, el *contador partidor dativo* del párrafo segundo del artículo 1057 del Código civil es nombrado por el juez para realizar la partición y la que haga deberá ser aprobada por aprobada por éste y cabe recurso. No es, por tanto un árbitro sino un contador nombrado por el juez.

Por su lado, el *arbitrador* es un tercero al que las partes encomiendan la solución de una cuestión, y esta solución vinculará a las partes por virtud del contrato que suscribieron. El artículo 402 del Código civil prevé esta figura cuando habla de “árbitros y amigables componedores” a quienes se puede encomendar la división de la cosa común. Evidentemente, el término “árbitros” es usado impropiaemente, porque lo que emitirá este árbitro no es un laudo irrecurable y ejecutivo, sino una propuesta de división a la que quedarán sometidas las partes por su voluntad contractual previa (aunque sin que sea necesario la aprueben de nuevo las partes, como parece indicar YAÑEZ<sup>23</sup>, pues de otro modo para nada serviría), si bien cabrá su impugnación si el arbitrador no se hubiera sujetado a lo pactado o las normas que rigen las divisiones de cosa común<sup>24</sup>. Si se trata de una cuestión sucesoria y el “arbitrador” ha sido nombrado por el testador, sencillamente estamos hablando de un albacea o de un contador partidor, según los casos.

No creo que sea preciso esforzarse en distinguir entre árbitro y mediador. La mediación trata de evitar la contienda judicial o arbitral por medio de un proceso en el que las partes tratan de llegar por sí mismos a un acuerdo, por intermedio de un profesional, el mediador les ayuda a encontrar sus verdaderos intereses, que se encuentran más allá de las posiciones externas que muestran. Creo que, eso sí, que en el

---

<sup>23</sup> Ob.cit. pág. 1304.

<sup>24</sup> La distinción se ha complicado un tanto al desaparecer el art. 2.11 de la ley de 1953 que señalaba que no se considerará arbitraje la intervención de un tercero que no se haga para resolver un conflicto pendiente sino para completar o integrar una relación jurídica aun no definida totalmente”.

caso de mediador-árbitro existiría un conflicto paralelo al que hemos visto en relación al contador y albacea convertidos en árbitros<sup>25</sup>.

#### **D) La materia arbitrable en el arbitraje testamentario**

La cuestión del objeto en el arbitraje testamentario es, quizá, la que más interés puede suscitar para aquellos que sean partidarios –y para los que no lo sean- del arbitraje testamentario, porque va a suponer que la figura sea viable en la práctica o que no lo sea, que es, en definitiva, lo que interesa.

Dentro de este apartado correspondiente al objeto quisiera tratar dos cuestiones que, quizás, podrían haberse tratado en otro lado y que reconozco conllevan una toma de partido por anticipado, pero es preciso seguir la sistemática que a cada cual parezca oportuna. Dichas cuestiones fundamentales son:

- El alcance de la expresión “administración y distribución” que contiene la ley.
- La amplitud de la limitación del arbitraje testamentario a los “herederos no forzosos y legatarios”

Y digo que incluir estas dos cuestiones en el apartado correspondiente a la materia arbitrable ya constituye una cierta toma de partido porque, en cuanto a la primera, de admitirse que el arbitraje testamentario se limita estrictamente a esas dos cuestiones, sí estaríamos hablando de una cierta excepcionalidad, cuestión que hemos tratado y descartado anteriormente; y en cuanto a la segunda, introducir la limitación a herederos no forzosos y legatarios está presuponiendo que la cuestión no se refiere a sujetos sino, como mucho, a porciones hereditarias. Pero, en fin, lo cierto es que en ambos casos estamos tratando la cuestión de la materia arbitrable, por lo que no parece mal ubicada aquí la cuestión.

No obstante, es muy importante ser cuidadoso en la cuestión de la materia arbitrable pues, conforme al art. 41.1.c) y e), el 41.3 y el 39.1d) de la LA uno de los motivos que permiten fundamentar la anulación del laudo es que los árbitros hayan resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión o cuestiones no susceptibles de arbitraje.

#### 1) La amplitud de la materia arbitrable en el AT en general:

##### 1.1) El alcance de la expresión “administración y distribución”

En efecto, como ya se ha indicado, el artículo 10 de la ley de Arbitraje fija como objeto del arbitraje testamentario el de “solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios sobre cuestiones relativas a la administración y distribución de la

---

<sup>25</sup> El art. 9 de la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, establece una confidencialidad del mediador respecto a un posterior juicio o arbitraje, salvo que las partes le dispensen, y el art. 13 obliga al mediador a revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad, como la relación personal, contractual o empresarial con una de las partes, aunque también puede ser dispensado. Entiendo, en definitiva, que en principio el mediador no puede ser árbitro si no se le dispensa expresamente por las partes, sin perjuicio de reconocer que existen modalidades de ADRS en las que se combinan mediación y arbitraje de formas muy imaginativas, sobre todo en el mundo anglosajón.

herencia”. O sea que, literalmente, el precepto está acotando las diferencias entre aquéllas que se refieran a la administración y distribución. Por su lado, el artículo 2.1 de la misma ley establece con carácter general respecto al arbitraje que tiene como función resolver diferencias sobre materias *de libre disposición* y a su vez el artículo 9 habla de cualquier controversia que haya surgido o pueda surgir respecto de una determinada relación jurídica.

La pregunta que inmediatamente surge es si el artículo 10 está restringiendo de alguna manera el arbitraje testamentario respecto de la amplitud general del artículo 2, que lo extiende a toda materia disponible o si, por el contrario, el artículo 10 no dice nada diferente del artículo 2.

A tal respecto cabe adoptar tres posturas diferentes, como acertadamente señala O’CALLAGHAN<sup>26</sup>: suponer que esa expresión limita el AT estrictamente a la administración y distribución de la herencia; entender que comprende todo sobre la administración y distribución de la herencia, incluyendo cuestiones relacionadas, como la actuación del albacea o del contador partidor; o finalmente, la postura más amplia considerar que el AT contiene cualquier cosa sobre la sucesión testamentaria de quien instituyó el arbitraje.

No parece que haya razones suficientes para considerar que la expresión del artículo 10 suponga una limitación adicional a la ya existente con carácter general a la materia de libre disposición. Por el contrario, da más bien al impresión de que la dicción del precepto obedece a causas accidentales y erróneas, señala CAPILLA RONCERO, como la creencia que el albacea iba a ser el árbitro natural o la conexión del arbitraje con la prohibición de la intervención judicial en la herencia<sup>27</sup>. Tampoco existe en el Código civil o en otra norma indicio ninguno de que “distribución” quiera señalar algo diferente de la “partición” de la herencia<sup>28</sup>.

Por tanto, no existe ninguna razón clara para restringir la amplitud del AT más allá de la materia no disponible –las legítimas, a las que nos referiremos luego- porque aunque la ley haya incluido expresamente la mención a dos actividades concretas motivada por razones erróneas, estos errores, como bien indica CAPILLA, no deben vincular al intérprete.

---

<sup>26</sup> Ob.cit. página 63.

<sup>27</sup> Señala este autor (ob.cit. pág. 90), como antes se ha indicado, que la referencia a la administración, en principio poco necesaria, obedece a la creencia de que en principio los albaceas iban a ser los árbitros *naturales*, por lo que tenía mucha lógica que, administrando la herencia el albacea, se mencionara esa facultad (a pesar de la poca conveniencia de sumar ambos cargos, como hemos mencionado anteriormente). Así lo entendía el diputado Granados, que venía a entender que la función arbitral es una facultad que viene a completar las que tiene el albacea; asimismo, la referencia a la distribución de la herencia, según este autor (refiriéndose a la LA de 1988), puede tener su origen en la conexión del AT con los artículos 1039 a 1045 de la LEC de 1881, que contemplaban la prohibición de promover el juicio voluntario de testamentaría, y el hecho de que esta norma preveía para este juicio diversas operaciones como inventario, avalúo, liquidación y división (que la LEC actual también prevé), aunque ciertamente la conexión entre AT y prohibición de intervención judicial en la herencia sea meramente tangencial.

<sup>28</sup> El artículo 1058 del Código civil dice: *"Cuando el testador no hubiese hecho la partición ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fueren mayores de edad y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente"*. Pero no parece que la distinción entre “distribución” y “partición” signifique nada: se refieren ambas a la misma operación.

No existe razón alguna para entender que el árbitro no pueda entender de los mismos conflictos de los que pudiera entender el juez y, por tanto, el inventario, avalúo, liquidación y división de la herencia o, en general, de todas aquellas materias a las que se extiende la libertad de disposición mortis causa<sup>29</sup>. La mayoría de la doctrina parece inclinarse por esta postura<sup>30</sup>. Ni siquiera las salvedades que algunos autores hacen, indicando que quizá la introducción de los términos “administración y distribución” podría proceder de las reticencias del legislador a que el arbitraje testamentario pudiera servir para obviar la prohibición del testamento por comisario (arts. 670 y 671) – designando heredero si procede la sucesión intestada o en otros casos no previstos por el testador- tienen fundamento, porque el árbitro podrá hacer lo que hace el juez, pero no más<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> En opinión de Carlos De PRADA (ob.cit ) podrán ser objeto de arbitraje:

“- Cuestiones suscitadas por la actuación del albacea, como encargado que es de la administración de los bienes de la herencia hasta su adjudicación a los herederos o legatarios.

- Los actos de administración realizados por el administrador de la herencia nombrado por el testador o por el Juez al amparo del artículo 1020 del Código Civil, o cuando no exista ni administrador ni albacea, los actos de administración realizados por los propios herederos.

- Las disputas relativas a la partición de la herencia, que no es sino la distribución de la misma entre los herederos y legatarios y, como sinónimo de partición, ha de interpretarse el término distribución empleado por el Artículo 10 de la Ley de Arbitraje. Pudiendo quedar sujetas a arbitraje tanto las controversias surgidas en la partición realizada por el contador partididor, como en la realizada por el propio testador o por los herederos.

- Controversias relativas a la interpretación del testamento, si bien no la interpretación misma del testamento, ya que ésta corresponde a los albaceas y contadores partidores y no al árbitro.

- Controversias derivadas de la valoración e inventario de los bienes.

- Cuestiones relativas al cumplimiento o incumplimiento de condiciones, modos o términos establecidos por el testador a una determinada persona para heredarle.

- Cuestiones relativas a la capacidad para ser heredero, ya que la posible incapacidad o indignidad para suceder de uno de los herederos nombrados afecta, sin lugar, a dudas a la distribución de la herencia.

- Cuestiones relacionadas con la porción hereditaria que corresponda a cada uno de los herederos.

En definitiva, como regla general puede afirmarse que podrá someterse a arbitraje testamentario cualquier materia que afecte a la sucesión y, respecto de la cual, el testador tenga la libre disposición de la misma”.

<sup>30</sup> CAPILLA RONCERO, F: ob.cit. pág 90; VERDERA SERVER, R: ob.cit. pág 543; O’CALLAGHAN, X: ob.cit.pág. 63; YÁÑEZ: ob.cit. pág. 131; CAMPO VILLEGAS, E: ob.cit. pág.256; y también DIEZ PICAZO, L: “Comentarios a la nueva ley de arbitraje 60/2003” coordinados por González Soria, Aranzadi-Thomson Reuters, 2ª ed, 2011, página 145.

<sup>31</sup> Ob. cit. pág. 91. También VERDERA SERVER (Ob. Cit. Pág. 54) y GARBERI (ob. cit. pág. 234). ALBALADEJO (Ob.cit. pág. 88) entiende que el término distribución comprende las cuestiones que surjan sobre el reparto de bienes hecho por el propio testador, “no como *dividendo* de la herencia, sino como *instituyendo* él los sucesores”, lo que englobaría las cuestiones de si cierta persona es o no partícipe de la sucesión, o sobre la cuantía que le corresponde en la herencia, o sobre los términos, condiciones o circunstancias en que la sucesión se dejó a alguno. Pero como bien indica ELIAS CAMPO (ob.cit. pág. 256 y ss) una cosa es decidir en un conflicto interpretando el testamento y otra muy distinta testar por delegación, cosa que, desde luego, no entra en el campo arbitral.

Por supuesto, no hay óbice ninguno a que el testador pueda restringir el arbitraje a una o varias cuestiones, dentro del ámbito de su sucesión, dado que su voluntad es la ley de aquélla.

### 1.2) La impugnación del testamento.

Admitido en principio que el ámbito de actuación de los árbitros es mayor que la administración y distribución de la herencia y se extiende a todo lo que alcanza la libertad dispositiva del testador, cabría preguntarse: ¿pueden los árbitros testamentarios decidir sobre la validez o nulidad del testamento?

Como es sabido, el art. 22.1 de la LA establece -para el convenio arbitral- la regla “competencia de la competencia” (Konpetenz-konpetenz) que permite a los árbitros decidir sobre su propia competencia, incluso sobre la validez del propio convenio arbitral, partiendo de la separabilidad del convenio arbitral subyacente y concluyendo que la decisión de los árbitros sobre la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la del convenio arbitral.

Sin embargo, en opinión de algunos autores, si se acepta que el arbitraje se extiende tanto como se extiende la libertad dispositiva y que el causante carece de libertad para disponer sobre la impugnación de su testamento, conforme al artículo 675.2 del Cc, no cabe que los árbitros decidan sobre la validez o nulidad del testamento<sup>32</sup>. Otros consideran que, si bien el art. 22.1 LA admite que la nulidad del contrato no implique por sí sola la nulidad del convenio arbitral, no puede predicarse lo mismo respecto al AT, y más bien hay que entender que la nulidad del testamento implica también la nulidad del AT, pues no se da la independencia que predica el art. 22<sup>33</sup>.

Parece, pues, que el carácter fuertemente formal del testamento lleva a pensar que difícilmente va a subsistir la cláusula arbitral si el testamento es nulo, por lo que no procede que el árbitro entre en esta cuestión porque está en entredicho su propio nombramiento, lo que llevaría a la nulidad del laudo por inexistencia del convenio arbitral (art. 41 LA)

Sin embargo, cabría pensar que no todo supuesto de nulidad del testamento pudiera afectar a la nulidad de la cláusula arbitral. Elías CAMPO VILLEGAS, por ejemplo, entiende que el mencionado art. 675.2 (“El testador no podrá prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley”) se limita a *prohibir la prohibición* de impugnación, pero no presupone que esta haya de ser judicial o arbitral, si bien reconoce que el carácter formal del testamento hará que normalmente su nulidad arrastre la de todo su contenido y por supuesto la de la cláusula arbitral, aunque no ocurrirá tal cosa cuando excepcionalmente no debe producirse tal

---

<sup>32</sup> CAPILLA RONCER, F: ob.cit.pág.90; YAÑEZ, F: ob.cit. pág.1312.

<sup>33</sup> VERDERA SERVER, R: ob.cit. pág. 546; MERINO Y CHILLON: ob.cit. pág.425.

propagación, como en el caso de la nulidad del estamento por falta de institución de heredero, posible en Cataluña<sup>34</sup>.

Eso mismo pienso, e incluso que es ampliable el elenco de supuestos arbitrables a aquellos casos en los que la nulidad no arrastre la de la cláusula arbitral pues, como señala RIVAS<sup>35</sup>, el concepto de nulidad parcial establecido para la teoría general del negocio jurídico es aplicable también a los testamentos, pudiendo distinguirse así entre aquellas nulidades totales, que afectan a todo el testamento, y parciales, que afectan a una cláusula determinada; y si bien es cierto que tal posibilidad no aparece expresamente señalada en la ley, si puede deducirse del principio *favor testamenti*, en virtud del cual debería preferirse la nulidad parcial cuando la causa de la nulidad pueda limitarse a alguna parte del testamento. La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1964 distingue entre la nulidad total -por causas como la capacidad, consentimiento y solemnidades esenciales- y la parcial, cuando afecta una cláusula que contraviene un determinado precepto.

Veamos algunos supuestos de nulidad. El art. 687 prevé la nulidad por defecto de forma, que es una nulidad absoluta por inexistencia. Pero incluso aquí cabría una excepción en el caso del artículo 715 del Código civil que prevé la subsistencia del testamento cerrado nulo por defecto de forma como testamento ológrafo si cumple los requisitos de éste.

En cuanto a la nulidad de los testamentos otorgados con “violencia, dolo o fraude” de que habla el artículo 673 Cc, cabe decir que estas causas son de examen más complicado<sup>36</sup>: quizá sea difícil admitir esta distinción en la violencia o dolo, pero, sí en cambio, sería posible la nulidad parcial en el caso del error, que el Código civil no contempla pero que, de aceptarse, sería más fácil que se dé en relación a alguna de sus cláusulas que como *error in negotio*, en la totalidad del testamento.

Los casos de falta de capacidad o consentimiento, contemplados por las reglas generales serán normalmente de nulidad absoluta.

Por supuesto, habría que excluir aquellos supuestos de nulidad previstos en la ley pero que no afectan al testamento sino a la institución de heredero, como por ejemplo la desheredación injusta (art. 851 Cc) o la preterición no intencional (art. 814 Cc), y que por tanto permitirían mantener la validez de la cláusula arbitral, si bien al afectar esta cláusula a los herederos forzosos el arbitraje tendría una muy limitada aplicación, al abrirse en ese caso la sucesión intestada, salvo que se pudiera aceptar la subsistencia de esa cláusula frente a los herederos abintestato en los términos que diremos -básicamente la opción compensatoria- que puede subsistir frente a los legitimarios.

---

<sup>34</sup> Ob.cit.pág.257.

<sup>35</sup> RIVAS MARTÍNEZ, JJ: “Derecho de Sucesiones. Común y Foral”, Dykinson, 2005, Tomo I, pág. 676.

<sup>36</sup> Ver GOMÁ SALCEDO, JE: “Instituciones de Derecho Civil Común y Foral”, Tomo 4. 2ª edición, 2010, págs. 2273 y ss.

La ley 207 de la Compilación Navarra y también el artículo 422-5 del Libro IV del Código civil de Cataluña, aceptan expresamente la nulidad parcial<sup>37</sup>.

La conclusión que se puede sacar es que, como regla general, no debe mantenerse respecto al arbitraje testamentario un criterio distinto del que se mantiene respecto al convenio arbitral.

### 1.3) La partición arbitral y los juicios divisorios.

Hay otra cuestión que, aunque no haya sido tratada por demasiados comentaristas, considero de gran importancia para la eficacia del AT y es la de si las funciones arbitrales se extienden a todas aquellas materias sucesorias en las que interviene el juez o solo en aquellas en las que existan realmente “diferencias”. En este último sentido se pronuncia, por ejemplo VERDERA, que considera que “*en principio, la mera previsión de arbitraje testamentario no supone que se excluya la posibilidad de solicitar judicialmente la división de la herencia: entre las funciones del árbitro testamentario no está la de partir la herencia, sino la de resolver las diferencias que, en su caso, puedan derivarse de la distribución de la herencia. Existe, pues, una clara diferencia entre las funciones atribuidas a una y otra persona*”<sup>38</sup>. También Elías CAMPO<sup>39</sup> señala que los efectos positivos y negativos de la cláusula arbitral sólo se producen cuando se trata de la partición hereditaria por vía judicial contenciosa, “*pero no ante actuaciones de Jurisdicción Voluntaria como es el caso del procedimiento de este artículo 782 y siguientes*” (de la LEC, en el procedimiento especial de división de herencia). Este autor distingue, pues, dos tipos de partición judicial: una, que considera como de jurisdicción voluntaria, en la que se designa un contador partidor por el juez y a los interesados que no instan el procedimiento se les cita pero no son demandados; otra, la partición contenciosa, en la que hay diferencias concretas entre las partes y éstas están en posiciones diferentes: unos como demandantes y otros como demandados.

El problema es, pues, si los herederos pueden seguir utilizando la vía de la división judicial de la herencia a través del art. 782 y siguientes de la LEC. Si es así, la eficacia del arbitraje testamentario quedaría limitada, porque la mayoría de los problemas que suelen plantearse son precisamente cuestiones de valoración de los bienes inventariados y falta de acuerdo o negativa de alguno para la división.

Para resolver esta cuestión es preciso deslindarla de otras que se suelen mezclar con ella: la prohibición de la intervención judicial de en la herencia, la llamada partición arbitral que anteriormente hemos tratado, la distinción de funciones entre el contador

---

<sup>37</sup> Ley 207 Navarra dice: “Nulidad: Total.- La nulidad e ineficacia del nombramiento contractual de heredero llevará consigo la de todas las disposiciones contenidas en el contrato. Parcial.- La nulidad e ineficacia de cualquier otra disposición contenida en pacto sucesorio llevará consigo la de las demás que tuvieran en ella su causa. En los demás actos por causa de muerte, la nulidad e ineficacia de cualquiera de sus disposiciones no afectará a la validez o eficacia de las otras”. La norma catalana: “nulidad parcial” dispone: “La nulidad de cualquier disposición testamentaria no determina la nulidad total del testamento en que se ha ordenado, salvo que de su contexto resulte que el testador no habría ordenado las disposiciones válidas sin la disposición nula.

<sup>38</sup> Ob.cit. pág. 530.

<sup>39</sup> Ob.cit. pág. 289.

partidor y el árbitro y la naturaleza especial del procedimiento de división judicial de la herencia.

En relación a la primera de esas cuestiones, cabe recordar que la LEC de 1881 impedía a los sucesores no forzosos la promoción del juicio voluntario de testamentaria si el testador lo ha prohibido y había contador partidor. El artículo 782 de la vigente no alude ya a la prohibición expresa del testador, pero excluye la reclamación de la división de la herencia cuando ésta ha de realizarla un comisario o contador partidor. De ello deduce VERDERA que el hecho de que se haya instituido el arbitraje no excluye esta posibilidad, dado que solo se menciona al contador partidor y entiende que la opinión contraria de que el juez debe abstenerse choca con la regulación de la declinatoria. No me parece que este argumento sea definitivo, dado que por la misma razón debería citarse el arbitraje en todos los supuestos arbitrables que en la LEC corresponden al juez.

La segunda, la cuestión de la partición arbitral, la hemos tratado anteriormente y ciertamente induce a cierta confusión. En mi opinión, no cabe que el árbitro realice directamente la partición, pero sí cabría plantearse, como señalábamos allí, si cabría que apruebe la partición en caso de ejercicio de la acción de división por alguno de los herederos. Es decir, no nos preguntamos si el árbitro puede partir sino, presupuesto que no lo puede hacer directamente, si puede resolver sobre la partición del mismo modo que lo haría el juez en caso de que alguno de los interesados legitimados lo pida por negarse los demás y si esa competencia, por el efecto negativo de la cláusula arbitral es exclusiva, de manera que no cabe ir ya a la partición judicial del art. 782 LEC.

La tercera “cuestión” podría ser también un argumento en contra de la exclusividad de la competencia del árbitro en las divisiones: la idea de las diferentes funciones de árbitro y contador partidor, que incluso en este mismo trabajos defendíamos anteriormente, permitiría aducir que no debe el árbitro acometer la misma partición. Así, puede decirse que el árbitro dirime diferencias, mientras que el contador partidor realiza la partición: digamos que *sustituye la voluntad* de los herederos realizando la partición que podrían haber hecho estos ante notario pero no lo han hecho. Puede que haya diferencias de criterio o que no las haya: que simplemente alguno no quiera partir de momento. Pero desde luego, la partición hecha por el contador partidor no dirime esas diferencias ni impide que se impugne posteriormente la partición si se considera que no se ha hecho conforme a Derecho. Pero este argumento de que árbitro y contador partidor son cosas distintas decae también porque lo que el árbitro hará en el caso que ahora estamos examinando no será partir directamente, sino resolver sobre el ejercicio del derecho de salir de la indivisión que tienen todos los herederos y que por alguno de ellos es negado; y para ello no *realizará* la partición, sino que *aprobará* la que sea realizada por un contador partidor nombrado al efecto, del mismo modo que, de no haber nombrado árbitro, haría el juez, sin que a éste nadie le tilde de contador partidor.

La cuarta “cuestión” que antes señalaba pudiera ser también un argumento contrario a la exclusividad de las competencias del árbitro, pues podría considerarse que en el procedimiento de división de herencia no hay propiamente contienda sino que simplemente se ejercita por algún coheredero su derecho de salir de la comunidad hereditaria y, por tanto, en realidad tal función no es arbitral sino particional, por lo que debería mantenerse la posibilidad de que los herederos acudieran al juez por vía del

artículo 782 de la LEC, sobre la base de ser más bien este un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Sin embargo, en mi opinión, no debe defenderse tal cosa aunque, sin lugar a dudas, el juicio divisorio tiene una naturaleza particular. Cabría hacer algunas reflexiones al respecto. En primer lugar, diré, como consideración general, siguiendo a DIAZ FUENTES<sup>40</sup>, que no parece haber inconveniente –aunque es un tema tratado en la doctrina y en la jurisprudencia– a que las pretensiones derivadas de la acción *familiae erciscundae* y *communi dividundo* se ejerzan a través de un juicio declarativo ordinario, aunque exista una tramitación especial para el ejercicio de una acción, como es el caso del art. 782 y siguientes de la LEC, para el juicio divisorio.

Ahora bien, en esa supuesta sentencia en juicio declarativo no se pueden contener adjudicaciones, porque tales sentencias no resuelven la situación de indivisión, sino que aplican el Derecho, y éste no establece cómo hayan de realizarse los lotes, más allá de unas normas generales: no hay un derecho a un conjunto concreto de bienes, si no es un legado o una disposición concretas. De hecho, pareciera como si el juicio divisorio (antes voluntario de testamentaría) tuviera una vocación de ser el cauce procesal oportuno para la “ejecución” de las bases de la partición que se hubieran fijado en una sentencia en juicio declarativo. Pero, sea o no así, lo cierto es que cabe perfectamente acudir al juicio divisorio sin necesidad de tal sentencia en juicio declarativo y tampoco se dan las circunstancias especiales de los procedimientos de ejecución (entre los que, por cierto, no se regula el relativo a la herencia), porque todas las partes gozan en ella de la posición de actor y demandado y soportan por igual la carga de la prueba, por lo que no cabe considerar al juicio divisorio como un procedimiento de ejecución de los regulados en la LEC. Según DIAZ FUENTES<sup>41</sup> ni es un juicio ni un procedimiento de jurisdicción voluntaria, sino que equivale a un procedimiento de ejecución de sentencia condenatoria a partir de una herencia, pero como puede tramitarse sin pleito ni sentencia previos, parece ser un “procedimiento de ejercicio directo de acciones divisorias en fase ejecutiva o bien por el que se ejercita en fase de ejecución la acción “*familiae erciscunde*” de una sentencia en juicio declarativo o del que se ha hecho elipsis.

No obstante, es cierto que bajo la antigua LEC de 1881 existía una clara dicotomía entre ésta, que regulaba el juicio de testamentaría como un juicio contencioso, y lo que decían la jurisprudencia y la doctrina, que más bien lo consideraban un supuesto de jurisdicción voluntaria. Y esta dicotomía se mantendrá bajo la LEC de 2000 que sigue regulando este juicio divisorio como contencioso, aunque es cierto que se utilizan términos propios de la jurisdicción voluntaria como “interesados” o “solicitud” frente a los de “partes” o “demanda” de la jurisdicción contenciosa, interviene fundamentalmente el secretario judicial en el inventario y en la junta y la actividad del tribunal es mínima, pues se limita a aprobar la partición, pues sólo cuando hay alguna oposición se acaba dicho procedimiento y se sigue por el juicio verbal, recayendo una sentencia.

---

<sup>40</sup> DÍAZ FUENTES, Antonio: “División de la herencia y liquidación del régimen económico matrimonial”, Bosch, 2001, pág. 110 y ss.

<sup>41</sup> Ob.cit.pág.116, manifestando que en este punto sigue a FERNÁNDEZ-PORTAL.

Y, de hecho, la doctrina y la jurisprudencia no acaban de perfilar su naturaleza, señalando varios autores que se trata de un procedimiento contencioso de carácter especial, por sus particularidades procedimentales, porque puede iniciarse, seguirse y terminarse con la simple aprobación del juez, casi como un procedimiento de jurisdicción voluntaria, pero que en caso de oposición da paso a un juicio verbal que terminará la discusión con una sentencia<sup>42</sup>.

En resumidas cuentas, se trata de un procedimiento especial que no se contempla en la regulación de los ejecutivos y que no es propiamente de jurisdicción voluntaria ni cabe subdividir en dos, un proceso de jurisdicción voluntaria y otro contencioso; y es un procedimiento que no excluye pero que es independiente de un juicio declarativo por cualquier cuestión o diferencia sucesoria, pues puede tener su origen en una sentencia anterior en juicio declarativo o no tenerlo porque, como hemos dicho, puede ser instado con este solo objeto. Así lo entiende también OSTOS MOTA, que señala que el arbitraje es uno de los supuestos que impiden reclamar judicialmente la división de la herencia, remarcando que debería haber sido incluido –junto con la partición realizada por el testador vía 1056.1- en el elenco que expresa el artículo 782.1 de la LEC<sup>43</sup>. También YAÑEZ acepta indirectamente esta solución, al destacar las ventajas que tendría la existencia de un árbitro en caso de falta de acuerdo de los herederos sobre la partición, porque impediría acudir a un procedimiento ordinario, a diferencia de lo que ocurre en el proceso judicial de herencia del art. 782 y ss, que no produce eficacia de cosa juzgada<sup>44</sup>.

Siendo así, no parece haber razones suficientes para la exclusión del arbitraje de estos procesos divisorios de la herencia ni tampoco lo hay para que su actuación sea compartida con la intervención judicial, sino que más bien parece que sea exclusiva, como es la regla general en el arbitraje. Ello es coherente con la finalidad del arbitraje de resolver las “diferencias” relativas a la “distribución” de la herencia, pues precisamente la mayor diferencia –y probablemente la más frecuente- será que unos quieran distribuir y otros no, o no se pongan de acuerdo en la forma de hacer las adjudicaciones. En todo caso, parece claro que si el testador ha querido instituir el arbitraje es poco probable que haya querido excluir esta posibilidad, no obstante lo cual será conveniente que se especifique su voluntad en la cláusula arbitral.

Y ¿cómo se deberá hacer ese proceso arbitral divisorio? ¿tiene especialidades?

Elías CAMPO VILLEGAS hace, manteniendo inicialmente una posición diferente a la que aquí se defiende<sup>45</sup>, una serie de consideraciones sobre la que llama

<sup>42</sup> Véase DE MIRANDA VÁZQUEZ: “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil”, 2ª ed, Vol. II, obra colectiva, Thomson-Reuters, 2011, pág.931; DE LA SERNA BOSCH, Joaquín: “División judicial de patrimonios. Aspectos procesales”, Bosch, 2009, pág. 21. Este último cita las sentencias de la AP de Madrid de 19 de abril de 2007 y de la AP de Burgos de 22 de mayo de 2003, que consideran que tiene naturaleza contenciosa, y el auto de la AP de Las Palmas de 24 de mayo de 2007, que lo considera “un proceso cercano a la jurisdicción voluntaria”.

<sup>43</sup> OSTOS MOTA, María Jesús: “Proceso de división judicial de la herencia”, en el libro “La partición de herencia”, obra colectiva coordinada por O’Callaghan, Madrid, 2006, pág. 24.

<sup>44</sup> Ob.cit. pág. 1317.

<sup>45</sup> En conversación personal con él, ha considerado que el arbitraje debería también excluir la división judicial de herencia de los arts. 782 y siguientes de la LEC. Las consideraciones siguientes se contienen en las páginas 285 de su obra mencionada.

partición arbitral litigiosa que son aplicables, en mi opinión, a la partición de los artículos 782 y siguientes de la LEC. Me refiero al inconveniente que pudiera suponer para esta partición aprobada por árbitro la existencia de acreedores del causante o de los herederos o la necesaria intervención del Ministerio Fiscal. En su opinión, en realidad, el papel de los acreedores no difiere en esta partición arbitral de la que pudieran tener en una partición extrajudicial: a los acreedores de la herencia, el art. 1082 del Cc les faculta para oponerse a la partición en tanto no se pague o afiance el importe de sus créditos, y esto deberá respetarse en esta división de herencia, no admitiendo el árbitro que se entreguen los bienes en tanto ese requisito se haya cumplido. En cuanto a los acreedores de los herederos, conforme al art. 1083 del Cc podrán intervenir en la partición para que evitar que se haga en fraude o perjuicio de sus derechos, y este derecho se puede respetar perfectamente en el procedimiento arbitral. Entiendo que si la partición les perjudicara podrían impugnar judicialmente esa partición, que a ellos no les puede perjudicar<sup>46</sup>.

En relación a la intervención del Ministerio Fiscal, señala CAMPO VILLEGAS que, habiendo eliminado la ley de 2003 la prohibición de que la vía arbitral para las cuestiones en que intervenía el Ministerio Fiscal (art. 2 c), no hay que tener escrúpulos en que éste intervenga en procedimientos arbitrales, ejerciendo su función tuitiva o de protección, máxime cuando tampoco existe hoy en el arbitraje una delimitación por la naturaleza del sector de Derecho que la regule.

#### 1.4) La liquidación de la sociedad conyugal.

Una cuestión de enorme trascendencia práctica es la cuestión de la liquidación de la sociedad conyugal. Cuando la partición se efectúa ante el juez no existe problema alguno, dado que el juez es competente tanto para la partición como para la liquidación de la sociedad conyugal. La regulación de la división de la sociedad conyugal se contiene a continuación de la regulación de la división de la herencia, en los artículos 806 y siguientes y concretamente en el artículo 807 se dispone que será competente el juez ante el que se sigan las actuaciones sobre disolución régimen económico del matrimonio.

Tratándose de arbitraje testamentario es preciso tener en cuenta que la disposición que contenga el arbitraje afectará a los herederos en su caso, pero no podrá afectar directamente al cónyuge que, en cuanto tal, puede que no tenga parte en la herencia, como en el caso de cónyuges separados pendiente la liquidación de la sociedad conyugal, y que el supérstite podría exigir ésta por las vías judiciales ordinarias.

Destaca LORCA NAVARRETE, en este sentido, que no cabe la extensión de los términos “administración y distribución” a la disolución (liquidación, entiendo) de la sociedad de gananciales, citando al efecto una Sentencia de la APM de 15 de octubre de 1991<sup>47</sup>. No estoy yo tan seguro de esta imposibilidad si el cónyuge participa en la

<sup>46</sup> En este sentido GARBERI LLOGREGAT, en relación a los acreedores de la herencia; en relación a los acreedores de los herederos, entiende que su derecho no puede ser superior que la acción subrogatoria del 111 del Cc en relación a los medios de impugnación del laudo arbitral (ob.cit. pág.231).

<sup>47</sup> LORCA NAVARRETE, Antonio María: “Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre”, Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, 2004, pág. 614.

herencia y en el testamento se le deja una porción hereditaria o unos derechos superiores a los que les correspondería como legitimario, en cuyo caso, si los acepta, debería asumir también la clausula arbitral en los términos que luego se indicarán pues, sin duda, la liquidación de la sociedad conyugal es paso ineludible para la distribución de la herencia, y en la práctica se realiza conjuntamente.

Además, considero que normalmente este problema no será tan frecuente como otros, pues si el cónyuge no es el que impide la partición, podrá avenirse a realizarla en el procedimiento arbitral, prestando su consentimiento, del mismo modo que la jurisprudencia, por razones más prácticas que técnicas ha permitido que el contador partidor haga la partición con el viudo prescindiendo de los herederos del fallecido (ver por todas la STS de 25 de febrero de 2000)

En todo caso, parece prudente en este caso nombrar, además de árbitro, un contador partidor que deje solucionadas ambas cuestiones –sociedad conyugal y herencia. en una primera fase, y designar un árbitro que actuaría sólo en el caso de que se produzca impugnación de la partición realizada por el contador partidor.

#### 1.5) El nombramiento de contador partidor dativo.

Se puede plantear si cabría que el árbitro designara el contador partidor dativo del que habla el artículo 1057.3 del Código civil. Dicho artículo establece:

*"No habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, el Juez, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, podrá nombrar un contador-partidor dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece para la designación de Peritos. La partición así realizada requerirá aprobación judicial, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios".*

Es una figura que trata de evitar las dificultades evidentes del requisito de la unanimidad en las particiones y los problemas y gastos que planteará la división judicial de herencia, a la que antes nos hemos referido. Señala HIDALGO GARCIA<sup>48</sup> que, aunque considera que los argumentos de ALBALADEJO –antes mencionados- sobre la posibilidad de que el árbitro acabe indirectamente partiendo (más bien aprobando la partición) no son desdeñables, no le parece que en relación al nombramiento de contador partidor haya desacuerdo, sino que simplemente ocurre que los herederos no acuden a la facultad del artículo 1058 del Cc para hacer la partición; y además que la contienda acerca de la distribución no puede manifestarse mientras ésta no se realice de algún modo (el que sea) y esto no ocurre mientras no haya una partición.

Al punto de reflexión que hemos llegado, no resulta admisible esta conclusión: si los herederos no parten de común acuerdo conforme al art. 1058 del Cc es que están en desacuerdo en hacerla y eso es razón suficiente para entender que hay una “diferencia”, tal y como hemos expuesto. Por otro lado, parece obvio que, en este caso, quien puede lo más puede lo menos, y si se admite que puede resolver sobre la partición en un

---

<sup>48</sup> Ob.cit. pág.. 207

proceso divisorio, no se ve por qué no ha de poder resolver sobre el nombramiento de un contador partidario dativo cuyo trabajo, por otro lado, ha de ser aprobado luego por ¿el juez?

Si hemos interpretado que el nombramiento del árbitro ha de extenderse a toda a sucesión del instituyente, parece que también debe extenderse a esta posibilidad.

## 2) La limitación del arbitraje testamentario a los "herederos no forzosos y legatarios"

### 2.1) El arbitraje testamentario y otros sujetos no sucesores.

Procede plantearse aquí si cabe que el arbitraje no se limite a las diferencias entre "herederos no forzosos y legatarios" o si cabría incluir como materia arbitrable las relaciones que se den con otros sujetos. Es evidente que el arbitraje no podrá recaer sobre derechos de terceros, como los acreedores. No obstante, podría pensarse que el ámbito del arbitraje se extiende más allá de los intereses de herederos no forzosos y legatarios si se entiende que la mención de estos sujetos está básicamente destinada a la protección de la legítima pero no excluye que el arbitraje abarque toda la sucesión del testador, por lo que no habría por qué negarse a que tal arbitraje pudiera afectar y vincular a otros sujetos involucrados en la sucesión, que sean nombrados también en el testamento y que con la aceptación del cargo asumen también las condiciones establecidas, entre ellas el arbitraje.

En este sentido parece que debe aceptarse que el AT pueda afectar a los albaceas y contadores cuando se trate de alguna contienda entre sucesores o legatarios y albaceas o contadores partidarios (o administradores nombrados por el testador), o entre estos, por cualquier cuestión relacionada con la herencia, sea por la rendición de cuentas, la remoción e incluso en su caso responsabilidad. Y con mayor razón cuando el objeto de la controversia sea algún acto de albacea o contador que afecte a la administración o distribución (por ejemplo, la partición hecha por el contador).

Parece claro, no obstante, que de tratarse de controversias entre albaceas o contadores y sucesores, será conveniente que la cláusula arbitral incluya claramente este supuesto, sobre todo en aquellos casos que supongan en cierto sentido exceder los límites estrictos de la letra del art. 10 LA. Por otro lado, aunque la regla general parece que es que no quepa la aceptación del cargo y rechazar el convenio arbitral (analogías con el legatario de dos legados, oneroso y gratuito –art-890 Cc- , nombramiento de tutor al que se deja algo en la herencia y se excusa- art. 257 Cc), quizá convenga dejarlo aclarado en el testamento, sobre todo si van en cláusulas distintas el nombramiento de contador partidario o albacea y el del árbitro.

Ya hemos dicho que no cabe que otros terceros no vinculados por la sucesión, como los acreedores, se vean vinculados por el arbitraje. Tampoco, como señala ELÍAS CAMPO VILLEGAS, el viudo en cuanto a la liquidación de la sociedad conyugal

(aunque ya hemos dicho algo al respecto), los reservatarios, los donantes por reversión del artículo 812 del Código civil<sup>49</sup>.

En cuanto a los beneficiarios de las disposiciones modales, cuya inclusión en el arbitraje es sugerida por algunos autores como YÁÑEZ o DE PRADA (Pilar)<sup>50</sup>, cabe decir que su afección al arbitraje es más dudosa, puesto que el modo no es una obligación, sino una carga y el beneficiario no es titular de un derecho subjetivo que le permita exigirla, por lo que difícilmente podrá acudir al arbitraje con este objeto. Otra cosa es que haya nombrado albacea con facultades de exigir tal cumplimiento o lo haga alguno de los otros herederos, en cuyo caso la intervención del árbitro sería posible.

El tutor nombrado en testamento no debe entenderse vinculado por el arbitraje porque al tutor lo nombra el juez y porque la tutela no es disponible. Ciertamente, el artículo 223 Cc dispone: *“Los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados”*. Pero la mención de tales “órganos de fiscalización de la tutela” no parece suficiente para disponer que las actuaciones del tutor sean fiscalizadas por un árbitro.

Los cesionarios de cuota hereditaria antes de la partición también deberán verse afectados por el arbitraje, del mismo modo que lo estaba el que transmitió la cuota.

## 2.2) El arbitraje testamentario y los herederos forzosos

### a) Arbitraje y legítimas.

Como se ha dicho, el arbitraje testamentario, se limita a los “herederos no forzosos y legatarios”, a tenor del dictado del art. 10 LA. Ello implica la exclusión de los herederos forzosos, lo que es importante a efectos prácticos porque implica que la gran mayoría de las herencias no podrán acogerse a este sistema alternativo de resolución de conflictos.

No obstante, el artículo 10 actúa con buen criterio y coordinación con otros preceptos de la LA, pues su art. 2.1 señala que “son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho” y también con el derecho de sucesiones, pues –si tomamos como referencia el Derecho común– precisamente las legítimas son materia que está más allá de la libre disposición del testador, al punto que es tradicional hablar de la “intangibilidad cualitativa y cuantitativa de la legítima”, a tenor de la protección que contra cargas o limitaciones que el testador pudiera imponer o actos que disminuyeran su cuantía otorgan varios preceptos del Código civil, como el artículo 813, la institución de la preterición del 814, o de la injusta desheredación del 851, los que autorizan a pedir el complemento de la legítima como el 815, prohíben la renuncia o transacción como el 816 o disponen la reducción de las disposiciones inoficiosas (656, 819, 820 y otros). Y puede entenderse

---

<sup>49</sup> Ob.cit.pág.250

<sup>50</sup> YÁÑEZ, ob.cit. pág. 1309; DE PRADA, Pilar: ob.cit.

que la sujeción de las legítimas a arbitraje puede suponer un modo de limitación en cuanto que los legitimarios son privados de la tutela judicial efectiva sobre su cuantía y cualidad sin haber prestado su consentimiento a ello<sup>51</sup>; pues si bien en principio lo que querrá el testador es precisamente evitar las costosas contiendas judiciales y, en definitiva, beneficiar a sus sucesores, lo cierto es que puede que no sea así y que a través del arbitraje quiera el testador conseguir aquello que no puede conseguir por vía judicial, predeterminando la solución a las posibles controversias mediante un arbitraje no idóneo.

Ahora bien, el objeto de este estudio es determinar cuál es el alcance de esa limitación y constatar si es posible encontrar alguna alternativa. Comencemos con dos cuestiones previas que nos introducirán en la principal.

Es habitual comenzar con el estudio de la expresión “herederos no forzosos y legatarios” lamentándose de su poca precisión técnica, porque parece claro que la finalidad de la expresión contenida en el artículo 10 LA es la protección de la legítima, pero también lo es que ésta puede atribuirse sin necesidad de instituir heredero al legitimario, por ejemplo, mediante un legado o donación, por lo que, aplicando la norma al pie de la letra, cabría un arbitraje entre legitimarios a quienes su legítima se hubiera pagado por medio de un legado o una donación<sup>52</sup>. No obstante, se concluye, siendo la finalidad del precepto proteger la legítima con independencia del título por el que se atribuya, la prohibición comprende también estos casos.

A continuación, es frecuente plantearse si la limitación que establece este artículo es de naturaleza subjetiva, de manera que se prohíbe todo arbitraje entre quienes tengan la condición de herederos forzosos o legitimarios o si más bien es objetiva, de manera que la prohibición queda restringida a aquellas partes de la herencia en que consiste la legítima y no a aquellas otras libres, como por ejemplo el tercio de libre disposición; concluyendo algunos autores que es una limitación objetiva, pues siendo la finalidad de la norma la protección de la legítima, parece que debe entenderse que sólo se prohíben las actuaciones arbitrales que afecten a los legitimarios, ya sea como sujetos activos o pasivos, pero no, por supuesto, las que afectaran solo a los herederos voluntarios ni aquéllas que afecten a derechos que no sean legitimarios, pudiendo quedar sometido a arbitraje todo aquello que reciba un legitimario más allá de su legítima, incluyendo tanto el tercio de libre disposición como el de mejora<sup>53</sup>. Otros, en cambio, estiman que no debe entenderse incluido el tercio de mejora pues el obligado respeto del texto de la ley “impone no extender de modo desorbitado las matizaciones que, en sede interpretativa quepa formularle”<sup>54</sup>.

Es cierto que para estas y para todas las cuestiones no es honrado forzar la ley para conseguir la interpretación que nos interesa, y yo me confieso amigo del arbitraje y poco amigo de las legítimas. Pero ello no significa que no deban interpretarse las instituciones rectamente. En este sentido, creo que subyacen en las posturas anteriores

---

<sup>51</sup> Es preciso señalar que algo parecido ocurre en el caso de que haya contador partidor, como trataremos al recoger algunas conclusiones.

<sup>52</sup> YÁÑEZ: Ob.cit. Pág. 1308; VERDERA: Ob.cit. pág 538; CAPILLA RONCERO: Ob.cit.pág. 88.

<sup>53</sup> DIEZ PICAZO: Ob.cit.pág.144.

<sup>54</sup> CAPILLA RONCERO: Ob.cit.pág. 88

visiones un tanto superficiales sobre la naturaleza de la legítima, y ello puede influir de algún modo en las consideraciones que se hacen sobre esta cuestión.

Así, en cuanto a la crítica de la expresión “herederos no forzosos”, subyace en ella –no en la expresión, sino en la crítica– un malentendido sobre la verdadera naturaleza de la legítima y los modos de atribución de la misma. Lo cierto es que el artículo 806 y otros muchos del Código civil utilizan la expresión “herederos forzosos” a conciencia como equivalente de “legitimarios”, pues es bien sabido que nuestra legislación sucesoria supone una transacción entre el sistema romano de libertad de testar con un freno, que no implica atribución de la cualidad de heredero, a favor de ciertos parientes y el sistema germánico que, partiendo de la indisponibilidad general *mortis causa*, provoca un *non facere* del causante que implica la cualidad de heredero de los legitimarios. El artículo 806 recoge básicamente la tradición germánica. La mayor o menor influencia de los diversos elementos ha causado grandes polémicas doctrinales, que no son del caso<sup>55</sup>.

Lo que sí procede decir es que –en el Código civil– los legitimarios o herederos forzosos no tienen por su simple consideración de tales la condición de herederos que sucedan al causante en todos sus derechos y obligaciones, sino que, a falta de atribución de su legítima o su simple reconocimiento sin atribución, son considerados como cotitulares del activo líquido de la herencia, de manera que no responden de las deudas pero han de intervenir en la partición, ostentando un reconocimiento similar al del legatario de parte alícuota, razón por la cual la legítima del Código civil es considerada de las llamadas “*pars bonorum*”<sup>56</sup>.

Pero ¿y si se le ha atribuido la legítima por vía de donación o legado? El artículo 815 del Código civil permite, como es sabido, la atribución de la legítima “por cualquier título”, lo que significa que cabe haberla pagado por donación, legado o también a título de herencia. La relación entre el título de la atribución y la naturaleza de la legítima no es pacífica, pues hay autores que niegan que el legitimario forme parte necesariamente de la comunidad hereditaria porque cabe que sea extraña a ella mediante su atribución por otro título –donación o legado–, tal y como permite el art. 815, adquiriendo una posición diferente según los casos. En el de legado o donación, entiende esta dirección doctrinal, el derecho del legitimario no alcanza la cotitularidad del activo líquido pero es algo más que un crédito porque hay una especie de “afección real” de todos los bienes de la herencia, en tanto no se adjudique definitivamente el bien o derecho en pago de su legítima. Esta dirección doctrinal parte de que no hay un llamamiento forzoso a la legítima sino un freno a la libertad del testador y precisamente por ello, si el legitimario no acepta el legado, pierde su legítima y si el heredero renuncia a la herencia no puede aceptar la legítima.

Sin embargo, otras direcciones doctrinales entienden que la posición del legitimario es siempre una y la misma, como cotitular del activo líquido, de manera que

---

<sup>55</sup> De hecho, aunque otros preceptos el art. 806 tiene todos los elementos de la reserva germánica: “porción de bienes”, no de valor; indisponibilidad testamentaria; reserva por ministerio de la ley y atribución del carácter de heredero. Dice: Legítima es la porción de bienes de la que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamador por esto herederos forzosos”

<sup>56</sup> Distintos tipos de legítima: *Pars hereditatis* significa que el legitimario es coheredero; *pars bonorum*, cotitular del activo líquido; *pars valoris* es un simple crédito; *pars valoris bonorum* es un crédito pero con afección real de todos los bienes de la herencia.

la opción del art. 815 de atribuirle por cualquier título no está en la apertura de la sucesión, en el del nacimiento del derecho, sino en el de la adjudicación, de manera que el legitimario, que es siempre cotitular del activo líquido puede aceptar que sus derechos sean pagados por vía de legado de bienes concretos o en metálico, o por donación pero en tanto no lo haga, o se determine que con esa donación queda realmente pagada su legítima, sigue siendo cotitular de los bienes hereditarios. Según esta posición, sí existiría un llamamiento específico a la legítima -la sucesión forzosa- y por tanto, cabría rechazar el legado o la herencia y aceptar la legítima<sup>57</sup>.

En mi opinión, se acerca más a la realidad la segunda posición, pues es bastante claro en la práctica que la posición del legitimario no es la de un simple acreedor con afección real, sino la de un verdadero propietario que en la partición ha de recibir bienes de la misma “naturaleza, especie y calidad” (art. 1061 Cc), no cabe pagarle con dinero extrahereditario, salvo contadas excepciones, y para cualquier enajenación o para la simple entregada de legados se precisa su consentimiento, así como por supuesto para realizar la partición.

He querido hacer este breve *excursus* por la naturaleza de la legítima para dejar planteada la posibilidad de la independencia del llamamiento a la sucesión forzosa y la subsistencia de esa cotitularidad del activo líquido frente al llamamiento que el testador en los términos que tenga a bien establecer, como heredero, legatario o en otro concepto.

Esta cuestión es interesante a los efectos que me importan y me permite ahora engarzar con la segunda cuestión: si es subjetiva u objetiva la limitación a los “herederos no forzosos y legatarios” del arbitraje testamentario, y si en el segundo caso afecta a la mejora o no. En este segundo aspecto más bien me inclino por la posición restrictiva, pues sin duda la mejora forma parte de la legítima colectiva y las limitaciones o gravámenes solo caben a favor de legitimarios o descendientes, por lo que más bien parece que debe excluirse. Pero es que además entiendo que esta polémica es más bien estéril, pues en la práctica será en la mayoría de los casos difícil determinar cuándo es una determinada disposición corresponde la parte libre, dado que las imputaciones son una operación contable destinada a determinar su inoficiosidad o no.

Ahora bien, la cuestión no es en mi opinión tanto si la limitación es subjetiva u objetiva sino en qué plano se relacionan las atribuciones específicas que el testador haya podido realizar al legitimario con su condición de tal. Es decir, parece claro que si el testador simplemente ha atribuido a su hijo su legítima por vía de legado, difícilmente podrá admitirse un arbitraje en este caso.

Sin embargo, si el testador ha atribuido al legitimario bienes que superan la legítima o le ha instituido heredero, imponiéndole el arbitraje, ¿en qué situación se encuentra el legitimario en relación a esta imposición?

Siendo el heredero un sucesor universal, en todos los derechos y obligaciones del causante, un verdadero continuador de su personalidad jurídica, parecería que debe

---

<sup>57</sup> Ver resumen de la polémica en GOMÁ SALCEDO (Ob.cit, capítulo 106, págs.. 2650 y ss; y capítulo 116, págs.. 2900 y ss); VALLET considera que no hay ese llamamiento; PEÑA y GOMÁ entienden que sí, si bien para el primero el heredero es del tipo romano y para el segundo de tipo germánico.

cumplir su voluntad de éste; si en él coinciden las condiciones de heredero y legitimario, ¿cuál es la relación entre estas dos condiciones? Sin duda, y de igual manera que la naturaleza de la legítima, esta cuestión ha generado polémica acerca de si esa relación es de absorción, yuxtaposición, determinación o llamamiento subsidiario<sup>58</sup>

Si se acepta –tal y como proponíamos antes- que el legitimario tiene la opción de rechazar la herencia que conlleva la imposición del arbitraje o cualquier otra carga, pero aceptar la legítima, no hay obstáculo alguno en entender que si el legitimario acepta la herencia está aceptando también las cargas que le imponen, y el arbitraje en su caso, porque no es dable que se adquiera un plus de bienes de la herencia sin aceptar las otras condiciones que el testador le imponga; es más, no parece lógico que acepte la herencia y posteriormente ejercite las acciones de suplemento de la legítima o de eliminación de las cargas que le ha impuesto el testador, pudiendo exigir simplemente la legítima. Lo mismo habría que decir respecto al legitimario legatario de un legado superior a su legítima.

La mayoría de la doctrina, sin embargo, mantiene un criterio negativo sobre esta cuestión apoyándose en el carácter indisponible de la legítima, que se considera prácticamente una “cláusula de orden público”<sup>59</sup>, con alguna excepción notable como la de O’CALLAGHAN que, quizá presuponiendo la reflexión que acabamos de hacer aquí, considera que cabe el arbitraje testamentario sobre la legítima porque esta “entra en el marco de la disponibilidad en la delación de la herencia” (queriendo indicar, creo, que una vez fallecido la legítima es disponible)<sup>60</sup>.

No obstante, es de señalar que pueden existir materias que, por su propia naturaleza sean de más difícil inclusión en la vía arbitral, como nos hace ver Jose Ángel MARTÍNEZ SANCHÍZ: la validez del testamento; el reconocimiento de la cualidad de legitimario y la validez de las disposiciones testamentarias; el quantum legitimario (acción de complemento y de posible reducción de legados, así como la rescisión de la partición)<sup>61</sup>. Algunas de estas cuestiones han sido ya tratadas. Llamo la atención, no obstante sobre la cuestión de la preterición y desheredación. Será difícil admitir que se dirima por arbitraje la determinación de si una persona es legitimario o no, porque en ese momento no está vinculado por el testamento, que puede verse afectado por esa determinación. Algo hemos tratado de este tema al hablar de la impugnación del testamento, esbozando alguna posibilidad para el caso de que se les llame abintestato y subsista la cláusula arbitral.

---

<sup>58</sup> Sobre esta cuestión hay también opiniones: DAVILA dice que aceptada la herencia, la condición de heredero borra la de legitimario, que ya no puede reclamar contra los actos del causante; VIRGILI SORRIBES dice que el legitimario es heredero forzoso hasta la concurrencia de la cuota y VALLET entiende que el legitimario es un heredero como cualquier otro, aunque goza de una especial protección contra los actos gratuitos de su causante que pudieran mermar el mínimo asegurado por la ley. Ver VALLET DE GOYTISOLO, JB: “Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer”, Tomo I: “Las legítimas”, 2,págs.. 768 y ss.

<sup>59</sup> MERINO Y CHILLON: ob.cit. pág.422.

<sup>60</sup> O’CALLAGHAN: ob.cit. pág.65

<sup>61</sup> MARTÍNEZ SANCHIZ, Jose angel: “Función notarial y arbitraje”, pendiente de publicación y cortesía del autor.

b) La cláusula de opción compensatoria.

Aun considerando como lícita y correcta la hipótesis expresada en los párrafos anteriores, no cabe duda de que un conflicto sobre si esa cláusula es válida o no – máxime si lo último es defendido por la mayoría de los autores- generaría todavía más males que los que el arbitraje trata de evitar. Por ello, lo prudente es establecer las medidas para que ello no pase.

Así, parece preferible redactar la cláusula arbitral testamentaria de tal manera que no quepa duda de cuál es la voluntad del testador y que se determine cuál son las consecuencias de no cumplirla. Estoy hablando de la cláusula de opción compensatoria, cláusula *socini o gualdense*, que la mayoría de los autores acepta para el arbitraje testamentario<sup>62</sup>. Esto explicaría más correctamente la cuestión de si puede arbitrase la mejora, pues la mejora no dispuesta es legítima, pero siempre cabe que el testador disponga de ella a favor de uno u otro.

La cláusula *socini* surgió a causa del deseo de los testadores de atribuir a su cónyuge el usufructo universal de su herencia para garantizar su subsistencia y lograr al mismo tiempo que la totalidad de los bienes recayeran finalmente en los hijos una vez extinguido el usufructo al fallecimiento del viudo y no en extraños a través de la herencia de éste. Evidentemente, dicho usufructo supone un gravamen de la legítima prohibido por el art. 813.2, y, aunque el artículo 820.3 del Cc permitía el juego del tercio libre con este propósito, mediante una cláusula expresa –la llamada *socini*- se compele a los herederos a aceptar ese usufructo universal dejándoles más de los dos tercios que les corresponderían y restringiendo sus derechos a la legítima estricta, perdiendo por tanto todo derecho sobre la mejora, caso de que se negaran.

Se ha dicho que esta cláusula tiene un cierto matiz captatorio, en cuanto que tiende a coaccionar a un legitimario por reclamar algo a lo que tiene derecho, como es su legítima libre de cargas y de condiciones, pero lo cierto es que la jurisprudencia la ha admitido reiteradamente, aparte de tener una raigambre centenaria (LACRUZ la considera ilícita, aun reconociendo su admisión por la jurisprudencia)

La aplicación de esta idea al arbitraje daría también este resultado, el de la validez, sin que quepan objeciones derivadas de su carácter no arbitrable: desde el momento del fallecimiento del testador la legítima es renunciable y desde el momento en que se acepta la herencia perfectamente disponible, enajenable, gravable y por tanto, susceptible de ser sometida a arbitraje.

Y, en mi opinión, ello no supone que dicho arbitraje deje de ser testamentario para pasar a ser convencional, pues lo ha ordenado el testador y tal cláusula ha sido aceptada. No obstante, no cabe duda de que se genera un problema práctico que ha de ser tenido en cuenta pues, presentando uno de los herederos una demanda arbitral contra

---

<sup>62</sup> VERDERA: ob.cit.pág 540; DIEZ PICAZO: ob.cit.pág.144; CAPILLA: ob.cit.pág.88; también Pilar DE PRADA Y Vicente DE PRADA. YAÑEZ VIVERO (Ob.cit.pág.1318) dice: “También sería deseable poder extender el ámbito del arbitraje testamentario a los sujetos legitimarios, aunque si en este caso se incluyese una en cláusula penal de pérdida de sus derechos legitimarios, éste se tendría, naturalmente, por no puesta”. Si se refiere a la pérdida de derechos hereditarios, se estaría oponiendo a la cláusula *socini*.

uno de los legitimarios, el árbitro no estará seguro de su competencia en tanto no tenga conste que el demandado haya aceptado la cláusula.

Por tanto, es conveniente que la institución arbitral correspondiente tenga prevista esta eventualidad y, con carácter previo al inicio del arbitraje, exija la previa notificación al demandado para que manifieste cuál es su voluntad, si acepta la herencia con el arbitraje o prefiere quedar reducido a su legítima. El problema, por supuesto, se dará en el caso de que el demandado no se dé por enterado y no quiera manifestarse, porque no le conviene. En este supuesto quizá no haya más remedio que acudir al art. 1004 y 1005 del Código civil –la *interrogatio in iure*–, para que, pasados nueve días desde el fallecimiento, pueda el juez señalar un término que no exceda de treinta días para que el heredero acepte o repudie, apercibiéndole de que, si no lo hace, se tendrá la herencia por aceptada<sup>63</sup>, y habrá que entender que se tendrá por aceptada con inclusión de la cláusula arbitral; pues ¿cabría que después de todas estas actuaciones y requerimientos pudiera todavía el demandado acogerse a la opción y quedarse con la legítima y su tutela judicial una vez iniciado el procedimiento arbitral, poniendo la validez de este en riesgo?

La buena fe indica que la respuesta debería ser negativa, pero parece conveniente que, en este caso, se solicite al juez que requiera expresamente al demandado sobre esta cuestión, dándola por aceptada a falta de manifestación, pues no parece que deba haber inconveniente para que el art. 1004 y 1005 incluyan también esta previsión. Quizá también cabría para este supuesto una previsión testamentaria en la que se impusiera al albacea nombrado al efecto –o se facultara al nombrado con carácter general– para que requiera fehacientemente en este caso al demandado, a instancia del demandante, y le dé a aquél un plazo concreto para manifestarse, transcurrido el cual deba entenderse que queda automáticamente reducido a su legítima estricta. No parece que el albacea actúe aquí en contra de la prohibición de dejar al arbitrio de un tercero el nombramiento de herederos o legatarios ni las porciones en que hayan de suceder que establece el art. 670.2 Cc, porque el testador bien podría haberle dejado su legítima estricta: simplemente se establece un procedimiento objetivo para señalar dichas porciones.

#### c) Otras legítimas. El cónyuge viudo.

El cónyuge viudo es también legitimario, y no es heredero –como no lo son tampoco descendientes o ascendientes– si no se le ha atribuido esta condición expresamente, aunque también ha habido polémica en la doctrina. Parece no obstante que se le puede considerar un legatario forzoso de una parte alícuota en usufructo<sup>64</sup>. Cabe aplicarle la misma doctrina que hemos creado para los demás “herederos forzosos”.

#### d) Las legítimas en las legislaciones forales.

<sup>63</sup> Salvo en el Derecho civil catalán, en que se sigue el criterio contrario.

<sup>64</sup> Por todos, véase mi trabajo en *Instituciones de Derecho Privado* que patrocina el Consejo General del Notariado, concretamente la parte relativa a los derechos del cónyuge viudo (“*La sucesión legal (II): los derechos del cónyuge viudo*” en Tomo V. Sucesiones. Volumen 3º. Las Atribuciones legales. Thomson-Civitas, 2005, págs. 599-943).

La limitación que establece el artículo 10 de la LA no distingue entre los diferentes sistemas legitimarios, por lo cual, prima facie, deberían estar todos incluidos. No obstante, si como hemos señalado la expresión “herederos no forzosos y legatarios” se relaciona con la libertad dispositiva del testador y la regla general de la materia arbitrable, no deberían entenderse aplicables las restricciones legales en aquellos casos en los que la legítima es puramente formal, como en Navarra, ni en aquellos casos en los que la legítima se puede distribuir libremente entre un determinado tipo de herederos, si los conflictos se refieren a ellos, como en el caso de los descendientes en Aragón. MEZQUITA DEL CACHO considera que en Cataluña no se aplica la restricción del arbitraje a los herederos no forzosos dado que en Cataluña los legitimarios no tienen la consideración de herederos forzosos. Sin embargo, creo que la realidad se impone a la denominación, y el art. art 451.9 del libro IV del Código civil de Cataluña establece la intangibilidad de la legítima catalana, por lo que creo que ha de mantenerse el mismo criterio<sup>65</sup>.

#### **E) Especialidades en materia de forma de la cláusula arbitral en el arbitraje testamentario**

Evidentemente, la especialidad más notable del arbitraje testamentario frente al arbitraje contractual formalizado mediante un convenio bilateral es precisamente el vehículo utilizado, que es un acto normalmente unilateral, el testamento. Es bien conocido que la ley ha sufrido una cierta evolución: en 1953 la expresión utilizada era “disposición testamentaria”; en 1988 aludía al “arbitraje instituido por la sola voluntad del testador” y en 2003 se recupera la expresión “disposición testamentaria”.

Parece que en esta expresión hay que incluir cualquiera de las formas testamentarias admitidas en el Código civil –y por supuesto el ológrafo- y en nuestros diversos derechos forales, incluyendo algunas en las que no está la “sola voluntad del testador” sino la de varios, como en los testamentos mancomunados. DIEZ PICAZO<sup>66</sup> añade la posibilidad de instituirlo en codicilo en aquellas legislaciones que lo permiten, como en la catalana<sup>67</sup>, o en las particiones hechas por el padre en virtud de la facultad que concede el art. 1056 o en las mejoras que se pueden hacer por acto intervivos del art. 831 Cc. Respecto al codicilo, se podría admitir, dado que tiene las mismas

---

<sup>65</sup> Y por cierto que señala expresamente que de haber cargas o limitaciones, sigue el criterio que aquí sustentamos, al señalar el párrafo 2 de dicha norma: “Como excepción a lo establecido por el apartado 1, si la disposición sometida a alguna de las limitaciones a que se refiere dicho apartado tiene un valor superior al que corresponde al legitimario por razón de legítima, este debe optar entre aceptarla en los términos en que le es atribuida o reclamar solo lo que por legítima le corresponda”.

<sup>66</sup> Ob.cit.pág.142.

<sup>67</sup> **Artículo 421-20 del Código de Sucesiones de Cataluña.** Codicilo.1. En codicilo, el otorgante dispone de los bienes que se ha reservado para testar en heredamiento, adiciona alguna cosa al testamento, lo reforma parcialmente o, si falta este, dicta disposiciones sucesorias a cargo de sus herederos ab intestato. 2. En codicilo, no se puede instituir o excluir ningún heredero, ni revocar la institución otorgada anteriormente. Tampoco no puede nombrarse albacea universal, ni ordenar sustituciones o condiciones, salvo que se impongan a los legatarios. 3. Los codicilos deben otorgarse con las mismas solemnidades externas que los testamentos.

formalidades que el testamento y adiciona algo a éste. No obstante, se prohíbe poner en él condiciones ni sustituciones, por lo que sería preferible no hacerlo en codicilo si se introduce la opción compensatoria. En cuanto a la partición entre vivos o la mejora del art. 831, no se trata de disposición testamentaria por lo que la prudencia aconsejaría no intentarlo.

Entiendo, en cambio, que debería también entenderse admisible el arbitraje pactado en contrato sucesorio, si bien estimo que entonces no será un arbitraje testamentario propiamente dicho sino un arbitraje sucesorio que solo afectará a quienes lo hayan otorgado –salvo disposiciones a favor de tercero– y no tendrá las limitaciones derivadas de la legítima, porque habrá sido expresamente aceptado<sup>68</sup>.

¿Cuál es la naturaleza de la disposición en virtud de la cual se instituye el arbitraje? Algunos autores<sup>69</sup> consideran que es una disposición modal porque implica la obligación de herederos y legatarios de someter a arbitraje las controversias que se presenten. Sin embargo, en un testamento caben instituciones patrimoniales y otras no patrimoniales, como el nombramiento de tutores, albaceas o administradores que no dependen de un hacer o no hacer de los herederos, sino que les vincula directamente a ellos e incluso al juez, debidamente alegada. Es más bien una disposición no patrimonial ordenada directamente por el causante por vía de institución<sup>70</sup>. Otra cosa sería que el testador impusiera la obligación a sus herederos de formalizar el convenio arbitral, en cuyo caso si sería una obligación impuesta por el testador y el arbitraje ya no sería el testamentario del art. 10 LA.

Para algunos autores no es posible que el albacea con facultad de disponer proceda a designar árbitro, porque el arbitraje se basa en la facultad de disponer mortis causa y no la que corresponde al albacea. PILAR DE PRADA<sup>71</sup> lo entiende aceptable si el albacea tiene la facultad de disponer de la relación controvertida. Si es únicamente la designación de árbitro, no se ve porque no se va a hacer por tercera persona, como ocurre en el arbitraje institucional. Si es el sometimiento a arbitraje, entiendo que el albacea no puede<sup>72</sup>.

HIDALGO apunta la posibilidad de que el arbitraje sea establecido en donación a los legitimarios para dirimir las contiendas que puedan surgir respecto del ulterior cómputo, colación o no, y correspondiente imputación de la misma, señalando que sería un arbitraje ordinario y que podría tener algunas dificultades: que afectaría a lo donado y no al resto de la herencia<sup>73</sup>. Podría añadirse alguna más: que es un arbitraje sobre cuestiones sucesorias que no consta en testamento, y que es difícil de admitir que vaya a

---

<sup>68</sup> GARBERÍ lo considera totalmente identificable al arbitraje testamentario: Ob.cit. pág.235.

<sup>69</sup> GARCIA PEREZ, C: ob.cit págs. 132-179.

<sup>70</sup> Así lo entiende también Elías CAMPO: Ob.cit.pág.248.

<sup>71</sup> Ob.cit. pendiente de publicación.

<sup>72</sup> Así lo entiende GARBERÍ (ob.cit.pág.226); DIEZ PICAZO (ob.cit.pág.146) considera que cabe encomendar a terceros la designación de los árbitros. YÁNEZ (ob.cit.pág.1307) entiende que el albacea no puede hacerlo si la controversia esté relacionada con alguna de sus facultades.

<sup>73</sup> Ob.cit.pág.210

vincular a los herederos como si se tratase de una obligación del causante, que ya ha fallecido.

## **F) Especialidades de en el procedimiento en el arbitraje testamentario**

### 1) Plazo de comunicación.

En relación al plazo de la comunicación que establece el art. 16 LA (de quince días), se duda se debe computarse desde la apertura de la sucesión o desde la aparición de la contienda. Algunos autores entienden que ese plazo es desde el momento de la apertura de la sucesión, como ocurre en todos los casos de que se refieren a controversias futuras<sup>74</sup>. Sin embargo, en los arbitrajes “*inter vivos*” no se comunica el nombramiento de los árbitros cuando se firma el convenio, sino cuando surge la controversia y algún interesado solicita su intervención. En realidad, el fallecimiento del causante equivale a la firma del convenio, pues el testamento antes del fallecimiento es un acto irrelevante a estos efectos<sup>75</sup>.

### 2) Posibilidad de apartarse del arbitraje.

En cuanto a la posibilidad de que los sucesores se aparten se aparten del arbitraje, por acuerdo, o sencillamente no presentando la declinatoria, VERDERA opina que la regla general es que por acuerdo de las partes se puede dejar sin efecto cualquier previsión testamentaria, y que el albacea testamentario no puede hacer nada para impedirlo. Es cierto que, estando todos los herederos de acuerdo no será necesaria la intervención del contador partidor nombrado, pues pueden partir directamente. Pero para mí la cuestión no es exactamente la misma con el árbitro: si se ponen de acuerdo en el asunto no hay controversia; otra cosa es si, habiendo controversia, pueden prescindir de lo ordenado por el testador en materia tan delicada y si el juez está obligado a aplicarlo. De hecho MEZQUITA DEL CACHO<sup>76</sup> y GAVIDIA<sup>77</sup> entienden que hay vinculación inmediata de los interesados y que los jueces quedan impedidos de conocer estas cuestiones litigiosas y que está implícita –dice el segundo- la prohibición de acudir a la vía judicial. En todo caso, de establecerse una cautela socini, sería conveniente prever expresamente esta posibilidad.

### 3) Motivos de impugnación.

---

<sup>74</sup> VERDERA: ob.cit.pág.546; CAPILLA: ob.cit.págs. 93 y 94.

<sup>75</sup> Así, ALBALADEJO (ob.cit. pág. 90) considera que el plazo debe contar a partir de la sumisión de la controversia a arbitraje.

<sup>76</sup> Ob.cit. págs..279 y 280

<sup>77</sup> GAVIDIA SANCHEZ, Julio V. “Comentario a la ley de arbitraje”, coordinado por Marín Muñoz y Hierro Anibarro, Marcial Pons, 2006, pág. 1018.

Por lo que se refiere a los motivos de impugnación del laudo arbitral no aparecen mencionados la nulidad o inexistencia del arbitraje testamentario, pues el art. 41,1<sup>a</sup>) se refiere solo al convenio arbitral, pero VERDERA entiende que hay que entender aquí incluido este motivo de impugnación, y parece lo lógico<sup>78</sup>.

#### 4) Provisiones de fondos.

Finalmente, en cuanto a las provisiones de fondos que prevé el art. 21.1 LA, este precepto se refiere a las partes pero, como indica VERDERA, quizá lo lógico es que estos gastos se imputen a la herencia por aplicación del art. 659.1 del Cc. También GAVIDIA, por el art. 1033 Cc, porque son gastos en interés común de los coherederos y respecto a la administración de la herencia<sup>79</sup>.

#### 5) Arbitraje de equidad.

Señala CAMPO VILLEGAS que la fuerte incidencia de las norma imperativas en las cuestiones de Derecho sucesorio ha planteado, si es admisible el arbitraje de equidad en esta materia, a lo que se oponen muchos autores, porque no debe poder alcanzarse por vía del arbitraje lo que de otra manera no se puede hacer y en nuestro sistema de recursos no existe control de legalidad del laudo. CAMPO, sin embargo, admite el arbitraje de equidad, aunque estos árbitros deberán respetar la norma imperativa, lo que será controlable a través del recurso de nulidad del laudo, al amparo del art. 41.f LA (que el laudo sea contrario al orden público)<sup>80</sup>. También DIEZ PICAZO admite el arbitraje de equidad<sup>81</sup>.

### **RECAPITULACION Y CONCLUSIONES.**

1. El arbitraje testamentario tiene una regulación escueta en el artículo 10 de la ley de arbitraje y ha sido generalmente tachado de excepcional y poco útil. Sin embargo, una adecuada interpretación puede permitirnos obtener de esta figura mucho más frutos de los que en principio pudiera parecer.
2. Debido a los requisitos de idoneidad, no es conveniente que confluyan en una misma persona las funciones de albacea, contador partidor y árbitro.
3. El AT no se restringe a la administración y distribución de la herencia sino a todos los aspectos de la sucesión del testador.

---

<sup>78</sup> Ob.cit. pág.546

<sup>79</sup> Ob.cit.pág.1075.

<sup>80</sup> Ob.cit.pág.271.

<sup>81</sup> Ob.cit.pág.146.

4. Puede alcanzar también a la impugnación del testamento cuando la causa de nulidad no afecte a la cláusula arbitral.
5. El AT comprende también la acción de división de la herencia, pues no ponerse de acuerdo para realizar la partición es ya una suficiente “diferencia” como para justificar su intervención y así resulta de la naturaleza de estos procesos divisorios. No obstante, es conveniente expresar en la cláusula arbitral la voluntad del testador de que la materia arbitrable se extienda a la división.
6. Es conveniente que se designe también un contador partidor que actuará como una falsa “primera instancia” y que dejará a su vez liquidada la sociedad conyugal con el viudo. Sería conveniente incluir a éste en la cautela socini, en su caso.
7. También puede ser conveniente la designación de un albacea, sea o no el mismo contador, que vigilen por la ejecución del testamento, particularmente en algunos extremos que se indicarán.
8. Es muy importante ser cuidadoso en la cuestión de la materia arbitrable pues conforme al art. 41.1.c) y e), el 41.3 y el 39.1d) de la LA uno de los motivos que permiten fundamentar la anulación del laudo es que los árbitros hayan resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión o cuestiones no susceptibles de arbitraje.
9. Si se desea que el arbitraje rijan también para las relaciones con albaceas o entre los albaceas entre sí y otros sujetos no sucesores, es conveniente incluirlo en la cláusula arbitral, señalando que no cabe la aceptación del cargo sin la sumisión a arbitraje.
10. Debe entenderse que las limitaciones, condiciones o arbitrajes impuestos por el testador a los herederos surten todo su efecto si se acepta la herencia, pues la herencia absorbe la legítima, pudiendo el heredero repudiar la herencia y aceptar la legítima.
11. De no aceptarse esta dirección doctrinal, es conveniente establecer la cláusula de opción compensatoria o cautela socini, perfectamente admisible, y establecer un sistema para que los herederos manifiesten si aceptan o no, y en qué condiciones.
12. *De lege ferenda*, es conveniente suprimir la limitación del arbitraje a los no legitimarios a la vez que es conveniente reducir la importancia de la legítima, lo que desde diversos foros se exige reiteradamente. Es de señalar que resulta paradójico que el contador partidor pueda realizar la partición afectando sin duda a las legítimas al realizar las adjudicaciones, lo que es particularmente relevante a partir de la nueva ley de Enjuiciamiento civil de 2000 pues, como señala DÍAZ FUENTES<sup>82</sup>, antes de ella para que la prohibición del testador vede el juicio divisorio debería ir acompañada del nombramiento del contador partidor y no alcanzaba a los herederos forzosos y, tras ella, el nombramiento de contador impide la promoción del juicio divisorio tanto a herederos voluntarios como forzosos o legatarios de parte alícuota. Como

---

<sup>82</sup> Ob.cit. pág.23

dice este autor, “tal vez, a consecuencia de ello, la legítima es ahora algo menos intangible”.

13. Sería útil dejar claramente establecido si los herederos o legatarios interesados pueden de común acuerdo apartarse del arbitraje y las consecuencias en su caso, incluyendo entre las facultades del albacea vigilar por el cumplimiento de este punto.

### **ANEXO: CLAUSULAS RELATIVAS AL ARBITRAJE TESTAMENTARIO.**

CLAUSULA \*\*\* (*número*): Para el solo caso de que su actuación sea requerida por cualquiera de los herederos o legatarios, nombra a Don \*\*\* y, en su defecto, a Don \*\*\*, albacea contador partidador, por plazo legal y un año más a contar desde el requerimiento; sus facultades serán las legales, y además tendrá las especiales de liquidación de la sociedad conyugal con el cónyuge viudo, partición de la herencia, entrega de legados; también podrá realizar sobre las fincas de la herencia las modificaciones hipotecarias que estime convenientes para la adjudicación por partes a herederos o legatarios. Asimismo, queda facultado para vigilar sobre el cumplimiento de lo demás ordenado en el testamento y en particular de la cláusula arbitral, a la que queda también sujeto en todas las controversias que afecten a su actuación.

CLAUSULA \*\*\*(*número*): Ordena el testador que las controversias que pudieran suscitarse con motivo de la interpretación, ejecución, validez, eficacia, o cualquier otra contingencia que se relacione directa o indirectamente con este testamento, incluyendo expresamente la valoración, formación de lotes, entregas de legados, imputación y computación y cualquier otra cuestión derivada de la partición, incluyendo la acción de división de la herencia, la liquidación de la sociedad conyugal si el cónyuge presta su consentimiento o se somete al arbitraje, las relaciones entre los albaceas y los demás interesados en la herencia y las impugnaciones que pudieran interponerse contra la realizada por un contador-partidador, se someta a resolución mediante arbitraje desarrollado por medio de la \*\*\* (*Institución*). A tales efectos, dispone el testador que el tribunal arbitral que se designe a tal efecto esté compuesto por \*\*\* (*número*) árbitro/s, que el idioma del arbitraje sea \*\*\* que y la sede del arbitraje sea \*\*\*.

Es voluntad del testador que esta disposición comprenda igualmente las diferencias que pudieran existir entre sus herederos forzosos por lo que, si alguno de ellos no aceptase esta disposición y exigiese la intervención de los tribunales, quedará reducida su parte a lo que por legítima estricta le corresponda; y si todos los legitimarios la rechazasen, les lega su legítima e instituye heredero a \*\*\*.

Dispone el testador, que esta cláusula arbitral se cumpla siempre \*\*incluso aunque/\*\* salvo que \*\* los herederos de común acuerdo deseen prescindir del arbitraje.

Solicitado el arbitraje por cualquiera de los interesados, los demás implicados en la controversia se adherirán expresamente al arbitraje y si alguno no lo hiciera o se opusiese de cualquier forma al arbitraje ordena el testador que quede privado de todo derecho en la sucesión o, si se trata de un heredero forzoso, reducido a su legítima estricta acreciendo

su parte a los demás herederos. A tales efectos, se considerará que no ha existido contestación transcurridos quince días a partir de la notificación notarial fehaciente que a tal efecto le haya hecho el demandante, la institución arbitral o el albacea nombrado sin que el demandado se hubiera adherido al arbitraje.