

ARBITRAJE INSTITUIDO POR DISPOSICIÓN MORTIS CAUSA
MORTIS CAUSA INSTITUTED ARBITRATION

Rev. Boliv. de Derecho N° 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 498-533



Brian
BUCHHALTER-
MONTERO

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de mayo de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2022

RESUMEN: En las siguientes líneas se analizan los principales problemas que se suscitan respecto del art. 10 de la vigente Ley de Arbitraje, que se ocupa del llamado “arbitraje testamentario”. El trabajo analiza, pues, los antecedentes históricos de la institución, su fundamento y naturaleza jurídica, para posteriormente ocuparse de los elementos que configuran la norma. Finalmente, se propone de lege ferenda una modificación de la norma a efectos de ampliar su ámbito, tanto objetivo como subjetivo.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje; derecho sucesorio; autocomposición; disposición mortis causa; testamento.

ABSTRACT: *The following lines analyze the main problems that arise with respect to Article 10 of the current Arbitration Act, which deals with the so-called “testamentary arbitration”. The paper then analyzes the historical background of the institution, its foundations and legal nature, and then deals with the elements that make up the rule. Finally, it proposes a de lege ferenda modification of the rule in order to broaden its scope, both objective and subjective.*

KEY WORDS: *Arbitration; inheritance law; self-composition; disposition mortis causa; will.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL OBJETO DE ESTUDIO- II. INTRODUCCIÓN.- III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS: 1. Derecho Romano.- 2. Derecho histórico español.- 3. Siglo XIX.- A) LEC 1855. B) LEC 1881.- C) CC 1889.- 4. Siglo XX.- A) Ley de arbitraje de 1953.- B) Ley de arbitraje de 1988.- IV. REGULACIÓN ACTUAL.- I. Tramitación parlamentaria.- 2. Novedades.- V. FUNDAMENTO.- VI. NATURALEZA JURÍDICA.- 1. La excepcionalidad.- 2. Negocio jurídico unilateral en beneficio de tercero.- VII. DISPOSICIÓN MORTIS CAUSA DE SUMISIÓN A ARBITRAJE.- 1. Elementos subjetivos: capacidad del instituyente.- 2. Objeto del arbitraje.- A) Elementos predominantemente objetivos.- a) “Diferencias”.- b) “Distribución de la herencia”.- c) “Administración de la herencia”.- d) Recapitulación.- B) Elementos predominantemente subjetivos.- a) Herederos no forzosos.- b) Legatarios.- C) Otras cuestiones relativas al objeto del arbitraje: la validez del testamento.- 3. Forma de la disposición de sumisión a arbitraje.- VIII. ESPECIALIDADES DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL SUCESORIO.- 1. Relativas al tribunal arbitral.- A) Relativas a la designación.- B) Relativas a la capacidad para ser árbitro.- C) Distinción de figuras afines.- a) Albacea.- b) Contador partidor.- 2. Relativas al derecho aplicable: ¿equidad?.- IX. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL OBJETO DE ESTUDIO.

Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos proliferan velozmente, como lo demuestra la tramitación del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia del Servicio Público de Justicia, cuyo Título I (“Medios adecuados de solución de controversias”) está llamado a afectarlos sustancialmente¹. Pocos sectores del ordenamiento jurídico se muestran ajenos a esta expansión, ni siquiera el derecho sucesorio. Así, sobre la base de la actualidad de tales mecanismos alternativos de resolución de conflictos, este estudio se ocupa de analizar el arbitraje instituido por disposición *mortis causa* [art. 10 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje (LArb, en adelante)], concretando su ámbito de aplicación, previo tratamiento de su fundamento y naturaleza jurídica, para finalmente realizar algunas propuestas de *lege ferenda*.

1 La afectación al arbitraje instituido por disposición *mortis causa* es también patente. De ser aprobado el texto con el tenor literal que actualmente presenta, se plantearán algunos problemas de compatibilidad con el arbitraje instituido por disposición *mortis causa*. Sirva como ejemplo señalar que el art. 1.2 del citado Anteproyecto establece que «(l)as partes son libres para convenir o transigir, a través de estos medios, sobre sus derechos e intereses, siempre que lo acordado no sea contrario a la ley, a la buena fe ni al orden público (...)». La referencia a «las partes» dificulta, como se verá más adelante, el reconocimiento del papel de los sometidos a arbitraje en la institución del mismo.

• Brian Buchhalter-Montero

Máster (LL.M) en Derecho alemán por la Universität Konstanz (en curso) y Máster en Derecho de Familia por la Universidad Internacional de la Rioja (en curso). Graduado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Valencia, España. Premio Extraordinario de Grado (2021) y de la Sociedad Española de Excelencia Académica (2021). Ha sido becario de Colaboración en el Departamento de Derecho Administrativo y Procesal de la Universidad de Valencia. Es autor de diversos artículos publicados en revistas especializadas como la Revista General de Derecho Procesal, la Revista Acta Judicial o la Revista Internacional de Derechos Humanos. Correo electrónico: brianbuchhalter@gmail.com.

II. INTRODUCCIÓN.

La oportunidad y eficacia de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos ha sido positivamente valorada en múltiples ocasiones². Estas consideraciones generales son trasladables, *mutatis mutandis*, a la institución particularmente singular de que se ocupa este trabajo. Particularmente singular porque en ella confluyen uno de los instrumentos fundamentales del Derecho sucesorio (el testamento³) y, de otra parte, uno de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos más popular y reconocido (el arbitraje). De este modo, se “combinan normas de derecho indisponibles con el *ius dispositivum*, la voluntad de un tercero fallecido que instituye el arbitraje con la libertad de los que parecen estar sometidos al pacto arbitral necesario”⁴. La conciliación, sin embargo, entre los correspondientes conjuntos normativos, como señala Verdera Server, “no siempre resulta sencilla o ni tan siquiera posible”⁵.

Al margen de la en ocasiones difícil conciliación entre el arbitraje y las sucesiones, el derecho sucesorio no ha sido impermeable a las bondades del arbitraje, que puede evitar tanto los daños económicos que origina la parálisis del haber hereditario⁶, como los perjuicios familiares que se derivan de la “lentitud y dramatismo de la resolución judicial”⁷, a la par que se respeta la intimidad de los interesados (arts. 24.2 LArb). La doctrina no es unánime, sin embargo, en reconocer tales bondades⁸, de suerte que algunos autores han sido notablemente críticos con la institución⁹. A esta parcial censura doctrinal se suma un cierto

-
- 2 De manera sucinta se puede señalar que las principales ventajas del arbitraje radican en la flexibilidad, confidencialidad, en la rapidez del procedimiento y en la especialización de los árbitros, como recuerda VERDERA SERVER, R.: *Partición de la herencia y arbitraje*, Bosch, Barcelona, 2017, p. 15.
 - 3 También otros vehículos sucesorios, como se verá más adelante.
 - 4 MERINO MERCHÁN, J. F. y CHILLÓN MEDINA, J. M^o: *Tratado de Derecho arbitral*, Civitas, Madrid, 2014, p. 454.
 - 5 VERDERA SERVER, R.: *Partición*, cit. p. 13.
 - 6 GOMÁ LANZÓN, I.: “El arbitraje en el derecho sucesorio. El arbitraje testamentario.”, *El Notario del Siglo XII*, núm. 50^o, 2013, p. 2.
 - 7 GOMÁ LANZÓN, I.: “El arbitraje”, cit., p. 2. Igualmente, VERDERA SERVER, R.: *Partición*, cit., p. 11. Algunos autores han advertido que los procesos sucesorios son «campos de batallas alternativos» en los que los miembros de una familia ventilan conflictos que van más allá de lo estrictamente sucesorio, lo que dificulta de sobremanera las soluciones amistosas. Ver al respecto, BEHME, C.: *Mediations- und Schlichtungsklauseln in letztwilligen Verfügungen*, núm. 76, 2021, p. 396.
 - 8 En favor de la institución se muestran algunos como DE PRADA SOLAESA, M. d. P.: “El arbitraje testamentario” en AA. VV.: *Estudios de derecho privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez* (dir. por PÉREZ-BUSTAMANTE DE MONASTERIO), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 536 y 537. También lo acepta, aunque «con reservas», ROGEL VIDE, C.: “Comentario al art. 10” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (coord. por DÍAZ-BASTIEN, E., Díaz-Bastien & Truan Abogados, Madrid, 2007, p. 67.
 - 9 VERDERA SERVER, R. destaca el sentido común de los instituyentes «que prescinden de una figura que está llamada a plantear más problemas que los que resuelve» [VERDERA SERVER, R.: “Comentario al art. 10” en AA. VV.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (coord. por BARONA VILAR, S.), Civitas, Madrid, 2004, p. 444]. El mismo autor reitera su postura en *Partición*, cit., p. 155, al señalar que «con el actual régimen jurídico [la institución] se centra lastrada por oscuridades de tal magnitud que la convierten en prácticamente inoperativa». Para otros, el arbitraje testamentario es simplemente «residual», HIDALGO GARCÍA, S.: “Arbitraje testamentario” en AA.VV.: *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje* (coord. por GUILARTE, V.), Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 210. En la tramitación parlamentaria de la Ley de 1988 se propuso la supresión de esta modalidad de arbitraje, como recuerda ROGEL VIDE, C.: “Comentario”, cit., p. 65.

desaire por parte del legislador, que no dedica ni una sola mención a este particular arbitraje en la Exposición de Motivos de la LArb¹⁰, máxime cuando se trata de “un clásico de las leyes de arbitraje”¹¹.

III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

El estudio de los antecedentes más remotos de la institución es, complejo¹². Primero, porque el arbitraje es una institución cuya positivización es relativamente reciente en nuestro derecho¹³ y segundo, porque en el marco del derecho sucesorio, otras figuras como el albacea o el contador partidor han desempeñado funciones asimilables a las del árbitro, de modo que el estudio específico del arbitraje instituido por disposición *mortis causa* no se ha presentado como necesario, y por tanto, las referencias antiguas son escasas¹⁴.

I. Derecho Romano.

Los precedentes más remotos de la institución tal como es conocida hoy son difícilmente trazables en el derecho romano¹⁵, aunque los métodos de alternativos de resolución de conflictos parecieron gozar de notable predicamento en el derecho sucesorio del Imperio¹⁶. Más allá de esto, ya en la Ley de las XII Tablas “se preveía el nombramiento de un árbitro por magistrado, *legis actio per (iudicis) arbitri postulationem*, en los supuestos en los que se planteaba una controversia en la división de una herencia entre coherederos o legatarios”¹⁷. Sin embargo, esta

-
- 10 YÁÑEZ VIVERO, M° F.: “Arbitraje y derecho de sucesiones: el arbitraje testamentario” en AA.VV.: *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho* (dir. por COLLANTES GONZÁLEZ, J.L.), vol. 4. Palestra Editores, Lima, 2007, p. 75.
- 11 LORCA NAVARRETE, A. M°: *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre*, Editorial de la Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, San Sebastián, 2004, p. 612. El desinterés por la institución no es solo perceptible en nuestro país. Por ejemplo, para Alemania puede verse GLEIM, J.: *Letzwillige Schiedsverfügungen*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübinga, 2020, pp. 17 y ss.
- 12 GARCÍA PÉREZ, C.: *El arbitraje testamentario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 29.
- 13 GARCÍA PÉREZ, C.: *El arbitraje*, cit., p. 29.
- 14 GARCÍA PÉREZ, C.: *El arbitraje*, cit., p. 29.
- 15 «Desconocidas en el derecho romano y canónico, las disposiciones arbitrales de última voluntad aparecieron por primera vez con dos juristas renacentistas italianos» (GLEIM, J.: *Letzwillige*, cit., pp. 15 y 57). Tampoco da cuenta de la existencia de este arbitraje testamentario la clásica obra de ZIEGLER, K.-H.: “Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht”; *Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte*, vol. 58, 1971. La sugerencia de esta última obra debo agradecerla al Prof. Alejandro Valiño, Catedrático de Derecho Romano en la Universidad de Valencia. Lo mismo afirmaba en 1999 GARCÍA PÉREZ, C.: al señalar que «no podemos considerar a este tribunal —el de los *centumviri* de la época romana— como un precedente del arbitraje testamentario por cuanto se trataba de una jurisdicción especial integrada en el poder estatal (...)» (*El arbitraje*, cit., p. 29).
- 16 LEHNE-GSTREINTHALER, C.: “Schiedsgerichtsbarkeit und außergerichtliche Konfliktbereinigung im klassischen römischen Recht” en AA. VV. *Außergerichtliche Konfliktlösung in der Antike* (dir. por PFEIFER, G. y GROTKAMP, N.), Max Planck Institute for European Legal History, 2017, p. 150. Allí se citan distintos supuestos, por ejemplo: «Se suscitó controversia entre el heredero legítimo y el instituido, y, hecha una transacción se concluyó aquella por pacto cierto (...)» [Digesto, Libro II, Título XIV, Fragmento 14].
- 17 FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: *La deuda histórica del arbitraje moderno*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación Madrid, 2014, p. 144.

variante del arbitraje testamentario no es instituida por el causante, de modo que las similitudes con la institución actual -al margen de lo puramente nominal- son escasas. La intervención de este *arbiter* no encontraba su fundamento en la libertad de disposición *mortis causa* del instituyente, sino en el *imperium* del magistrado, en conjunción con la voluntad de las partes envueltas en el litigio. Así, mas allá de que este *arbiter* dispusiera de mayor discrecionalidad que la del magistrado (lo que podría suponer una cierta aproximación al actual arbitraje de equidad), poco singulariza este presunto arbitraje testamentario romano¹⁸.

2. Derecho histórico español.

El análisis del derecho histórico español no parece arrojar conclusiones muy diferentes. Así, nada en la regulación del Código de Eurico (finales del siglo V d. C.) conduce a pensar que el derecho visigótico vigente en la Península Ibérica se apartara del derecho romano, máxime cuando los regímenes sucesorios no diferían en exceso¹⁹. No es perceptible -para nosotros, por lo menos- ninguna disposición en el Código de Eurico de la que pudiera derivarse la admisibilidad expresa del arbitraje instituido por disposición *mortis causa*. Tampoco el *Liber iudiciorum* (654 d. C.) fue explícito, de modo que no existe mención alguna al arbitraje instituido por disposición testamentaria en el Título II del Libro IV. Sin embargo, del Cap. XII del Libro II del Título I se desprende la inadmisibilidad del arbitraje ordenado unilateralmente, pues “nadie puede dirimir causas excepto que haya recibido la potestad de los príncipes o bien que, por *consentimiento de las partes*, se haya escogido un juez y el pacto de elección haya sido confirmado por las firmas o suscripciones (...) de tres testigos”²⁰. Si es necesario el consentimiento de las partes, no parece admisible un arbitraje instituido unilateralmente por el causante²¹.

Otras disposiciones clásicas del derecho castellano medieval tampoco parecieron arrojar una solución expresa en la materia. Así, el Fuero de Escalona de 1130, dado por Diego y Domingo Álvarez por orden de Alfonso VIII y reelaborado en 1142, establecía que “el hombre que habiendo dado muerto sin parientes hiciera

18 Algunas reminiscencias expresas -por lo menos etimológicas- de este *arbitrium boni viri* pueden encontrarse, sin embargo, en el derecho comparado. Así, la Exposición de Motivos de la Ley 47/2014, de 18 de diciembre, de arbitraje del Principado de Andorra señala que «históricamente, los capítulos matrimoniales o los testamentos han previsto cláusulas que remiten al arbitrio de un tercero (“hombre bueno”) para resolver las eventuales controversias que pudieran producirse en este ámbito».

19 D' ORS, A.: *El Código de Eurico*, segunda edición, Colección Leyes Históricas de España, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2014, p. 248.

20 La cursiva es nuestra.

21 Respecto de la regulación del derecho sucesorio en el *Liber iudiciorum*, ver: RAMIS BARCELÓ, R.: *El libro de los juicios* (*Liber iudiciorum*), estudio preliminar de Rafael Ramis Barceló, traducción y notas de Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, p. 19.

testamento por salvación de su alma, *todo aquello que mandara valga*²². Nada obsta, por tanto, a la admisibilidad de tal disposición testamentaria, aunque la admisión tampoco es expresa. Por su parte, el Fuero de Alhama de 1495 (Granada) no se refirió expresamente institución de un arbitraje por disposición testamentaria. Exigía, sin embargo, escritura pública ante “*escruiano*” para la formalización de testamento, de suerte que podría admitirse el arbitraje instituido por disposición *mortis causa* siempre que constara en escritura pública²³. Disposiciones similares, aunque variando el número de escribanos públicos, contenían el Fuero Nuevo de Ronda²⁴, el Fuero Nuevo de Loja²⁵, el Fuero Nuevo de Málaga²⁶, el Fuero Nuevo de Vélez-Málaga²⁷, el Fuero de la Ciudad de Baza²⁸, el Fuero Nuevo de Guadix²⁹ y el Fuero Nuevo de Almuñécar³⁰.

Del Fuero Juzgo sí se desprenden, sin embargo, algunas normas relevantes en el Título V (“de las escrituras y testamentos”) del Libro II³¹. De una parte, la Ley I (apartado cuarto) disponía que: “los hijos y herederos no procedan contra lo mandado por su padre, por ser prohibido a todos quebrantar el hecho de sus mayores”. En este sentido, si el causante hubiera dispuesto que los litigios que se suscitaran entre todos los hijos y herederos se resolvieran arbitralmente, nada podría oponerse a ello. Una conclusión similar puede desprenderse de la Ley I, cuyo apartado décimo disponía que los “menores de 14 años no puedan testar, ni hacer otra manda de sus bienes por medio de escrito ni de testigos, sino en caso de enfermedad ó peligro de muerte, en el que bien pueden mandar lo que quisieren (...)”. Especialmente relevante es este inciso final, en el que se señala que “bien pueden mandar lo que quisieren”, incluido, por tanto, una disposición de sumisión a arbitraje aplicable a sus herederos. De otro lado, en el mismo texto del Fuero Juzgo se encuentran una serie de disposiciones contrarias a la admisibilidad de este tipo de arbitraje. En el Título I (“de los jueces y los juicios”) del Libro II, el apartado tercero de la Ley I disponía que “ninguno juzgue pleito sino el Juez puesto por el Rey, o escogido por las partes con testimonio de dos o tres hombres buenos (...)”. Una integración de ambos preceptos puede llevar a la conclusión de que el arbitraje instituido por disposición *mortis causa* no era, bajo este régimen, posible.

22 CHAMOCHO CANTUDO, M. A.: *Los fueros del Reino de Toledo y Castilla la Nueva*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017, p. 72. La cursiva es nuestra.

23 CHAMOCHO CANTUDO, M. A.: *Los fueros de los reinos de Andalucía: de Fernando III a los Reyes Católicos*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017, p. 151.

24 CHAMOCHO CANTUDO, M. A.: *ibid.*, p. 163.

25 CHAMOCHO CANTUDO, M. A.: *ibid.*, p. 174.

26 CHAMOCHO CANTUDO, M. A.: *ibid.*, p. 182.

27 CHAMOCHO CANTUDO, M. A.: *ibid.*, p. 191.

28 CHAMOCHO CANTUDO, M. A.: *ibid.*, p. 199.

29 CHAMOCHO CANTUDO, M. A.: *ibid.*, p. 203.

30 CHAMOCHO CANTUDO, M. A.: *ibid.*, p. 213.

31 Nos servimos de la versión editada por Juan de la Reguera Valdelomar en 1798.

Las Partidas tampoco fueron especialmente pródigas al regular un posible arbitraje instituido por disposición *mortis causa*. Más allá de la mención que la Ley I del Título IV de la Partida Tercera realiza a “otros que son llamados en latín árbitros (...) que son escogidos para librar algún pleito señalado con otorgamiento de ambas partes”, nada parece anunciar la presencia del arbitraje instituido por disposición *mortis causa* en las Partidas³². Tampoco la Partida Sexta, “(...) que habla de los testamentos y de las herencias”, contiene previsión alguna al respecto. Además, la Ley 23 del Título IV, de la Partida Tercera exigía la voluntad concordante de las partes para nombrar al árbitro, de tal forma que cuando el causante nombraba árbitros en el testamento, era necesario interpretar que la designación de estos árbitros traía causa de la voluntad de los herederos al aceptar la herencia³³. En definitiva, la notable influencia que el derecho romano ejerció en las Partidas podría ser el motivo por el cual esta modalidad de institución de arbitraje no tuviera reconocimiento³⁴. A una conclusión similar se puede llegar en relación con *Els Furs* valencianos -promulgados en 1261 y derogados en 1701-.

Para acabar, se puede señalar que en el derecho histórico de otras naciones sí parece haber tenido cabida tal modalidad de arbitraje instituido por el testador.³⁵ Así, a mitad del siglo XV, un jurista italiano llamado Alfani se figuraba posible un compromiso [en el sentido del ya derogado art. 1820 del Código Civil, (CC en adelante)] nacido de una disposición *mortis causa*³⁶.

3. Siglo XIX.

Durante el siglo XIX se promulgaron diversas normas relevantes en materia de arbitraje instituido por disposición *mortis causa*: las Leyes de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 1855 y de 1881 y el CC de 1889. Como recuerda García Pérez, sin embargo, “ni los preceptos del Código (civil), ni los de la LEC contenían la previsión de un arbitraje ordenado por el testador”³⁷.

32 De tal manera, como ha señalado GOMÁ LANZÓN, el arbitraje testamentario parece ser ajeno a la tradición jurídica española. Algunos de los motivos que fundamentan esta ajenedad, y que también se perciben hoy son: a) que tradicionalmente el arbitraje ha desplegado mayor virtualidad en el ámbito mercantil; b) que la complejidad del proceso sucesorio termina por excluir a profesionales del derecho no expertos en la materia; c) y que la rigidez del sistema legitimario del Derecho común y la prohibición de la sucesión contractual tampoco ayudan en gran medida [GOMÁ LANZÓN, I.: “El arbitraje” cit., pp. 2 y 3].

33 GARCÍA PÉREZ, C.: *El arbitraje*, cit., p. 33.

34 Al respecto se puede ver PÉREZ MARTÍN, A.: *Fuentes romanas en las Partidas*, *Glossae: Revista de Historia del Derecho Europeo*, núm. 4, 1992, pp. 215 y ss.

35 GLEIM, J.: *Letzwillige*, cit., p. 57 notas 210 y 211.

36 La cita original, en GLEIM, J.: *Letzwillige*, cit., p. 57 nota 211, dice que «*certe puto in ultima voluntate compromissa constitui (...)»*.

37 GARCÍA PÉREZ, C.: *El arbitraje*, cit., p. 34.

A) LEC 1855.

El arbitraje venía regulado en la LEC 1855 en el Título XV (“Del juicio arbitral”) de la Primera Parte, en los arts. 770 a 818. El art. 772 de la LEC 1855, concretando el ámbito objetivo del llamado juicio arbitral, disponía que “no pueden comprometerse en árbitros las cuestiones del estado civil de las personas, ni las en que deba intervenir el Ministerio fiscal con arreglo a las leyes”. De la literalidad del precepto no parece desprenderse ninguna limitación relativa al arbitraje instituido por disposición *mortis causa*, sin perjuicio de que el art. 773 establecía como preceptiva la escritura pública para el compromiso, lo que necesariamente restringe la libertad de instituir el arbitraje por medio de otras formas³⁸. Sí pueden derivarse algunas limitaciones, sin embargo, del art. 774 que, concretando las circunstancias de que debe dar cuenta la escritura pública de compromiso, se refiere en el ordinal tercero al “negocio que se someta al fallo arbitral, con espresión (*sic*) de sus circunstancias”³⁹. El tenor del precepto por tanto, obstaculiza la inclusión del testamento en la supracategoría “negocio”, pues aunque es dominante la posición que comprende el testamento como negocio jurídico no parece que esta fuera la idea que inspiró al legislador de 1855⁴⁰. Y de la misma manera, al tratar las causas de cese del compromiso, el art. 786.1° se refiere a la “voluntad unánime de los que lo contrajeron”. No parece, pues, que el legislador decimonónico tuviera en mente un arbitraje instituido por disposición *mortis causa*.

Tampoco parecía -a diferencia de lo que hoy sucede- admisible el arbitraje de equidad instituido por disposición *mortis causa*, en la medida en que el art. 803 establecía que “la sentencia ha de ser conforme a derecho (...)”, de modo que una interpretación integradora conduce a entender que, a falta de autorización expresa, los laudos deben fundarse en derecho necesariamente y no en equidad. Sí es admisible la equidad respecto del “juicio de amigables componedores” testamentario, pues el art. 819 facultaba a estos últimos para resolver “sin sujeción a formas legales y según su saber y entender”.

B) LEC 1881.

La delimitación del ámbito objetivo del arbitraje se produce en la LEC de 1881 en el art. 487.1 (Sección primera, Capítulo I, Título II, Libro II), que dispone lo siguiente: “toda contestación entre partes, antes o después de deducirla en

38 La misma exigencia reiteraba el art. 820 LEC 1855 respecto del «juicio de amigables componedores» (Título XVI), al señalar que «el compromiso se ha de formalizar en escritura pública, bajo pena de nulidad si de otro modo se contrajere».

39 Lo mismo establece el art. 821.3° LEC 1855 respecto del juicio de amigables componedores.

40 Por todos, DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 22, 31, 51 y 85, entre muchas otras que reconocen el testamento como negocio jurídico.

juicio, y cualquiera que sea su estado, puede someterse al juicio arbitral o al de amigables componedores por voluntad de todos los interesados, si tienen aptitud legal para contraer este compromiso". El precepto excluye, por tanto, el arbitraje instituido por la voluntad del testador, haciendo referencia expresa a la "voluntad de todos los interesados"⁴¹. Tampoco se desprende una conclusión distinta de la regulación del juicio arbitral (sección primera del Título V, Libro II), pues igualmente se exige escritura pública (art. 792), en la que debe constar, conforme al art. 793.3º, el "negocio que se somete al fallo arbitral"⁴². Vista la regulación "del juicio de amigables componedores" (arts. 827 y ss. LEC 1881), tampoco parece poder llegarse a una conclusión favorable al arbitraje instituido por disposición *mortis causa*⁴³.

C) CC 1889.

La redacción originaria del CC (arts. 1820 y 1821, relativos a los "compromisos") tampoco parecía favorable a la admisibilidad del arbitraje instituido por disposición *mortis causa*. El art. 1820 CC establecía en su primera redacción que: "(l)as mismas personas que pueden transigir pueden comprometer en un tercero la decisión de sus contiendas". Por su parte, el art. 1821 CC se remitía a las disposiciones relativas a la transacción (arts. 1809 a 1819 CC) y a la LEC. En este sentido, si como señala CASTÁN, el compromiso es "el contrato por el que dos o más personas defieren las cuestiones que tienen pendientes acerca de sus respectivos derechos al juicio especial de árbitros o amigables componedores"⁴⁴, no parece admisible el compromiso unilateral. En este sentido, tampoco la jurisprudencia del Tribunal Supremo pareció proclive a la admisión de este compromiso unilateral, entendiendo que no era soluble en la naturaleza contractual del mismo (STS 10 de diciembre de 1912). En cualquier caso, el 13 de enero de 1954 entraron en vigor las modificaciones que la Ley de Arbitraje de 1953 realizó en el CC, con lo que la admisibilidad del arbitraje instituido por disposición *mortis causa* quedó zanjada.

4. Siglo XX.

La admisión definitiva del arbitraje instituido por disposición *mortis causa* se producía, ya entrado el siglo XX, con la Ley de 22 de diciembre de 1953, por la que se regulan los arbitrajes de Derecho Privado. Al margen, sin embargo, de esta disposición normativa expresa, numerosas sentencias del Tribunal Supremo (TS)

41 El mismo razonamiento se puede realizar respecto de las causas de cese del compromiso, que, al igual que en la LEC de 1855, se refieren a la «voluntad unánime de los que lo contrajeron» (art. 800.1º LEC 1881).

42 Como recuerda GARCÍA PÉREZ, C.: *El arbitraje*, cit., p. 35, nota 15, «las SSTS 19 de junio de 1891 y de 25 de abril de 1902 consideraron que «la sumisión de las cuestiones litigiosas o decisión obligatoria de tres letrados es nula cuando no se formaliza el compromiso con arreglo a los artículos 791 y ss. de la LEC».

43 GARCÍA PÉREZ, C.: *El arbitraje*, cit., p. 36.

44 CASTÁN, J.: *Derecho civil español común y foral*, Tomo III, sexta edición revisada, Instituto Editorial Reus, 1944, Madrid, p. 386.

y resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) ya habían tratado de soslayo la cuestión⁴⁵.

A) Ley de Arbitraje de 1953.

El art. 5 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, por la que se regulan los arbitrajes de Derecho Privado establecía 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 la distribución de la herencia”.

Su precedente, como recuerda García Pérez, parece ser el § 1048 (hoy § 1066) de la Ley Procesal Civil alemana (ZPO DE, en adelante)⁴⁶, aunque tampoco puede descartarse que su precedente sea el § 581.II de la Ley Procesal Civil austríaca (ZPO AT, en adelante), que reconocía la validez de tales cláusulas ya en 1895⁴⁷. Al margen de sus precedentes germánicos o no, lo cierto es que el precepto positivizaba, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, la institución del arbitraje testamentario.

B) Ley de Arbitraje de 1988.

La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, establecía en su art. 7 (Título II: “Del Convenio arbitral y sus efectos”), que “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”. Así, el nuevo texto de 1988 presentaba notables diferencias respecto de lo dispuesto originalmente en 1953. En primer lugar, introducía el adverbio “excepcionalmente” que, suprimido en 2003, daría lugar a incesantes discusiones doctrinales sobre la naturaleza del arbitraje. De otra parte, introduce dos novedades más: la mención a los legatarios y a la administración de la herencia. De todo ello nos ocupamos más adelante con detalle. Sirva ahora destacar que, a pesar de la introducción de estos elementos, algunos autores han destacado que el espíritu de la Ley de 1953 se mantiene⁴⁸.

45 Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN, en adelante), de 1 y 25 de septiembre de 1902, de 22 de octubre de 1935 y de 28 de marzo de 1944. También las SSTS 20 de marzo de 1918, de 6 de octubre de 1932 y de 24 de junio de 1940. Un análisis detallado de estas y otras más puede verse en GARCÍA PÉREZ, C.: *El arbitraje*, cit., pp. 36 y ss. También se ocupa ello con detalle VERDERA SERVER, R.: “Comentario”, cit., pp. 413 y ss.

46 GARCÍA PÉREZ, C.: *El arbitraje*, cit., p. 49. Precedente del § 1066 ZPO es el art. 1344 de la Ley de Enjuiciamiento Civil bávara de 1869, como recuerda GLEIM, J.: *Lezwillige*, cit., p. 58.

47 HAHNKAMPER, W.: “Letzwillig angeordnete Schiedsgerichte”, *Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 9, 2017, p. 851.

48 YAÑEZ VIVERO, M^a. F.: “Arbitraje”, cit., p. 75.

IV. REGULACIÓN ACTUAL⁴⁹.

La regulación actual se encuentra contenida en el art. 10 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. El precepto, de cuyo análisis nos ocupamos de seguido, dispone que: “(t)ambién será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia”⁵⁰.

I. Tramitación parlamentaria.

El Proyecto de Ley remitido por el Gobierno del Partido Popular contemplaba el arbitraje testamentario en su art. 10, que ofrecía la misma redacción y ubicación sistemática que el texto finalmente aprobado⁵¹. Su *iter* parlamentario no fue excesivamente tortuoso, aunque tampoco estuvo el precepto exento de críticas. Así, el Grupo Socialista se opuso -sin concretar motivación- en el Congreso de los Diputados a la redacción dada inicialmente por el Gobierno del Partido Popular, pretendiendo la modificación del término “disposición testamentaria” por su plural “disposiciones testamentarias”. Mayor calado parecía tener, sin embargo, la distinta ubicación sistemática que propuso el Grupo Socialista, de suerte que el precepto debiera estar incardinado en el art. 2.3 (relativo a las materias arbitrables). La motivación expuesta por el Grupo Socialista expresaba que “en nuestra opinión, tiene cabida [en el art. 2] el actual artículo 10 del Proyecto -“arbitraje testamentario”, pues en la redacción actual está inserto en un Título -intitulado “Del convenio arbitral y sus efectos”- que no le corresponde”⁵². Desechada la enmienda, el precepto no sufre modificación alguna, ni gramatical ni sistemática a lo largo de los trámites restantes en el Congreso de los Diputados⁵³.

49 Este trabajo prescinde del tratamiento sistemático de la cuestión en el derecho foral o especial, sin perjuicio de algunas menciones esporádicas que se realizan a lo largo de la exposición. Para el caso de Aragón puede verse CALATAYUD SIERRA, A.: *El arbitraje testamentario desde el derecho aragonés*, Revista de derecho civil aragonés, núm. 18, 2012, pp. 163 – 184. En Cataluña se ocupa de la institución el art. 464–7 CCat. En Navarra, se puede ver la Ley 207 de la Compilación. Respecto del derecho valenciano recuerda VERDEIRA SERVER, R.: *Partición*, cit., p. 22, nota 16, el art. 278 del Anteproyecto de Ley Valenciana de Sucesiones, que señalaba que «(e)l testador o sus herederos pueden encomendar la partición, en su totalidad o en alguno de sus aspectos, a árbitros, quienes ajustarán su intervención a lo previsto en la legislación sobre arbitrajes de Derecho privado».

50 Respecto de otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos es posible ver el trabajo de CUCARELLA GALIANA, L. A.: “Impacto normativo del Real Decreto 5/2012, 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 27, 2012; del mismo autor se puede ver también, para el estudio de estas cuestiones en relación con el derecho a la igualdad y su proyección procesal (y arbitral), la siguiente monografía: *Derecho a la igualdad, prohibición de discriminación y jurisdicción*, LA LEY, Wolter Kluwers, Madrid, 2019.

51 Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG), Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, 3 de octubre de 2003, núm. 173–1, p. 10.

52 BOCG, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, 6 de noviembre de 2003, núm. 173–6, pp. 60 y 61. Tampoco resulta esclarecedora la defensa de las enmiendas realizada en la Comisión de Justicia e Interior. Allí se afirma que el cambio se debe a «una simple cuestión metodológica» (BOCG, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Justicia e Interior, 11 de noviembre de 2003, núm. 866, p. 27482).

53 BOCG, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, 12 de noviembre de 2003, núm. 173–10, p. 86; núm. 173–11, p. 104; y núm. 173–12, p. 122.

En el Senado, tanto Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés, como el Grupo Socialista proponen de nuevo la inclusión del arbitraje testamentario en el art. 2.3 LArb, utilizando en su motivación exactamente las mismas palabras que las ya reseñadas respecto de la tramitación en el Congreso de los Diputados⁵⁴. La enmienda tampoco es asumida, aunque la motivación es ahora más completa, pues en la Comisión de Justicia del Senado, el representante del Grupo Socialista (Joaquín Jesús Galán Pérez), defendió que “(...) aquí [en el art. 2], y no en el título relativo al convenio arbitral y sus efectos, debe regularse el llamado arbitraje testamentario, con lo cual en una enmienda suprimimos el artículo 10 y regulamos el artículo relativo al arbitraje suplementario como un apartado más del artículo segundo”⁵⁵.

Por último, en relación con la ubicación sistemática del arbitraje testamentario, el Grupo Socialista criticó en el Senado, de nuevo, que fuera incardinado en el Título II, relativo al convenio, pues “(...) el convenio arbitral en el arbitraje testamentario precisamente nace del testamento, es decir, surge de esa voluntad unilateral del premuerto, en consecuencia, tampoco es anormal o irregular que el testamento o el arbitraje testamentario quede regulado en los postulados propios del convenio arbitral”⁵⁶.

El texto del art. 10, por tanto, recorrió todo su *iter* legislativo sin sufrir apenas modificaciones. Tampoco resulta especialmente ilustrativo el dictamen del Consejo General del Poder Judicial respecto de la Ley de Arbitraje, que se limitó a señalar en su p. 7 que “(e)l Título II regula el convenio arbitral y sus efectos en sus tres artículos sobre la forma y contenido del convenio arbitral, arbitraje testamentario y convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal”⁵⁷.

54 BOCG, Diario de Sesiones del Senado, Serie II: Proyectos de Ley, 2 de diciembre de 2003, núm. 170, pp. 34 y 41.

55 BOCG, Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Justicia, 3 de diciembre de 2003, núm. 562, p. 7. La misma tesis reitera el Grupo Socialista en el Pleno del Senado, cuando afirma que: «(y) también debería regularse aquí, en la parte relativa al artículo 2, el arbitraje testamentario, cosa que hacemos suprimiendo el artículo 10, incluyendo un apartado nuevo en el artículo 2, que es donde creemos que debe regularse el arbitraje testamentario, ya que no tiene ningún sentido que aparezca en el título II de la ley, que es relativo al convenio arbitral» (BOCG, Diario de Sesiones del Senado, Pleno, 10 de diciembre de 2003, núm. 166, pp. 10494).

56 BOCG, Diario de Sesiones del Senado, Pleno, 10 de diciembre de 2003, núm. 166, pp. 10496.

57 El Consejo de Estado no emitió dictamen al respecto, por haberse tramitado la Ley por el procedimiento urgente. Dejamos para esta nota al pie de página una consideración más, y es que la crítica a la ubicación sistemática se ha repetido sistemáticamente en la doctrina, pues como se ha señalado anteriormente, el precepto viene incardinado en el Título II (arts. 9 a 11 ter), dedicado al «convenio arbitral y sus efectos», cuando este es justamente el único caso en que no existe convenio propiamente dicho (GOMÀ LANZÓN, I.: “El arbitraje”, cit., p. 4. La misma dificultad sistemática se da en la Ley de Enjuiciamiento Civil suiza (ZPO SZ, en adelante), cuyo art. 357 también se intitula «convenio arbitral» («*Schiedsvereinbarung*»). La doctrina procesalista suiza salva la cuestión y termina por admitir — no sin polémica— en su seno el arbitraje testamentario. Al respecto se puede ver SCHLUMPF, M.: *Testamentarische Schiedsklauseln*, Dike Verlag, primera edición, Zürich, 2011. El problema se planteó especialmente desde 2011, cuando fue promulgada la ZPO SZ que, siendo común para toda Suiza, derogó la regulación del proceso civil zuriquesa, manifiestamente contraria a la admisibilidad del arbitraje testamentario. Una panorámica general de la polémica puede verse en GLEIM, J.: *Letzwillige*, cit., pp. 254 y ss. Otra tesis sostiene una notable parte de

2. Novedades.

El mantenimiento del arbitraje testamentario en la Ley de 2003 supone, como ya se ha señalado anteriormente, la conversión de la institución en un “clásico de las leyes de arbitraje”⁵⁸. El ámbito de la norma será analizado más adelante, de modo que ahora, la exposición se restringe tan solo a las -pocas⁵⁹- novedades que introduce el precepto. En primer lugar, la institución recibe una intitulación expresa (“arbitraje testamentario”)⁶⁰. Intitulación no pacífica, de suerte que algunos han sugerido la más preferible denominación “arbitraje sucesorio”⁶¹. De otra parte, el precepto elimina el polémico adverbio “excepcionalmente”, zanjando -o por lo menos queriéndolo- la continuación de la polémica doctrinal. De la misma manera, se sustituye la mención a la institución del arbitraje “por la sola voluntad del testador”, para ahora referirse a la institución por “disposición testamentaria”, lo que parecería -criticablemente- restringir el ámbito del precepto tan solo a los testamentos, excluyendo otros vehículos de expresión de la voluntad del causante sucesorios (como los codicilos, en Cataluña). Finalmente, el término “cuestión litigiosa” se sustituye por “diferencia”⁶². De estas cuestiones, como se ha dicho, nos ocupamos más adelante con mayor detalle.

V. FUNDAMENTO.

La doctrina es unánime al sostener que el fundamento del arbitraje testamentario se encuentra en la libertad de disposición *mortis causa* del testador⁶³. Así, señala CAPILLA que el fundamento más claro del arbitraje testamentario “se encuentra en las facultades de disposición *mortis causa*”⁶⁴. Y precisamente, es

la doctrina italiana, para la que en el término «*convenzione d'arbitrato*» no es posible subsumir la voluntad unilateral del testador, como recuerda GLEIM, J.: *Letzwillige*, cit., p. 260.

58 LORCA NAVARRETE, A. M^o.: *Comentarios*, cit., p. 612.

59 Algunos sostienen que la única modificación relevante es la supresión del término «excepcionalmente» que contenía el art. 7 de la Ley de 1988, supresión que se debería tan solo a una cuestión gramatical o de estilo. Al respecto ver HIDALGO GARCÍA, S.: “Arbitraje”, p. 206. VERDERA TUJELLS, E.: *La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, entre la tradición y la innovación*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2005, p. 65 sostiene que la supresión del adverbio «excepcionalmente» tiene una finalidad: conceder al arbitraje testamentario la condición de normal. En la misma línea, habla DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: “Comentario al art. 10” en AA. VV.: *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 22 de diciembre* (coord. por GONZÁLEZ SORIA, J.), Aranzadi, Madrid, 2004, p. 109, de «alguna no muy grande variación gramatical».

60 YAÑEZ VIVERO, M^o F.: “Arbitraje”, cit., p. 75.

61 HERNÁNDEZ BURIEL, J.: “Comentario al art. 10” en AA. VV.: *Comentarios a la Nueva Ley de arbitraje* (dir. por HINOJOSA SEGOVIA, R.), Grupo Difusión, Barcelona, 2004, p. 73.

62 GONZÁLEZ CARRASCO, C.: “Comentario al art. 10” en AA. VV.: *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje* (dir. por GARBERÍ LLOBREGAT, J.), Bosch, Barcelona, 2004, p. 234.

63 También lo entienden así las doctrinas alemana y austríaca al señalar que la eficacia del testamento depende de si el causante gozaba de capacidad o no para testar (GLEIM, J.: *Letzwillige*, cit., p. 248).

64 CAPILLA RONCERO, F.: “Comentario al art. 10” en AA. VV.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (dir. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Tecnos, 1991, Madrid, p. 82. Para otros, su origen y justificación está en la autonomía de la voluntad del testador, dado que ésta es la ley de la sucesión (...)» (GOMÁ LANZÓN, I.: “El arbitraje”, cit., p. 7). La misma postura sostiene DE PRADA SOLAESA, al señalar que «el fundamento del arbitraje testamentario está en la libertad de disposición *mortis causa* del testador» (“El arbitraje”, cit., p. 527). E

este el motivo que comporta la exclusión de los derechos de los legitimarios del ámbito objetivo del art. 10 de la LArb⁶⁵. Por su parte, afirma Díez-Picazo que es congruente admitir “que el arbitraje se extendiera a tanto como se extiende la libertad de disposición *mortis causa*”⁶⁶. Tampoco puede obviarse, sin embargo, que la virtualidad del arbitraje instituido por disposición *mortis causa* depende de la aceptación de la herencia por parte de los llamados a la sucesión, de manera que estos aceptan igualmente el arbitraje, “por lo que la imposición del testador lo es relativamente”⁶⁷ (cfr. al respecto la STSJ Madrid 2 de marzo de 2021, FJ. 3.º C). La unilateralidad del fundamento, por tanto, se matiza, de modo que “la aceptación de la herencia por los afectados determinará, asimismo, la aceptación de la voluntad predeterminada por el testador que (...) se habrá convertido en la suya propia”⁶⁸ (vid. epígrafe III.2, respecto de las Partidas).

VI. NATURALEZA JURÍDICA.

Dejando de lado que el mismo concepto de “naturaleza jurídica” está sujeto a debate⁶⁹, este trabajo pretende aquí dar respuesta a las siguientes dos cuestiones: de una parte, si la institución es excepcional o no (en el sentido de la LArb 1988); y, de otra parte, concretar la naturaleza de la disposición. En este último sentido, este estudio propone que la disposición *mortis causa* que instituye el arbitraje es un negocio jurídico unilateral en beneficio de tercero (“en favor”, en el sentido del art. 1257.II CC).

I. La excepcionalidad.

La primera cuestión que se plantea es la de determinar si la institución, como parecieron establecer las leyes de 1953 y 1988, es excepcional o no. Para ello, deben concretarse primero los márgenes de la llamada “excepcionalidad” y, sobre todo, qué implicaciones comporta tal excepcionalidad. El Diccionario de la RAE establece que excepción es “cosa que se aparta de la regla o condición general de las demás de su especie”. En este sentido, la excepcionalidad del arbitraje instituido por disposición *mortis causa* radica en que se diferencia de la condición general que caracteriza a todo arbitraje: que se fundamenta en la voluntad confluyente de

igualmente GONZÁLEZ CARRASCO afirma que «rige la autonomía de la voluntad como fuente constitucional de la institución arbitral» (GONZÁLEZ CARRASCO, C.: “Comentario”, cit., p. 226). La misma tendencia parece perceptible en Alemania, aunque con fundamento constitucional (art. 14.1 de la Constitución Alemana). Al respecto se puede ver: HARDER, F.: *Das Schiedverfahren im Erbrecht*, C.H. Beck, Múnich, 2007.

65 CAPILLA RONCERO, F.: “Comentario”, cit., p. 82.

66 Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: “Comentario”, cit., p. 112. También coincide GONZÁLEZ CARRASCO, C.: “Comentario”, cit., p. 226.

67 HIDALGO GARCÍA, S.: “Arbitraje”, cit., p. 208.

68 CALVO CORBELLA, J. C.: *El arbitraje como cuestión de Estado*, Revista especializada La LEY mediación y arbitraje, núm. 3, 2020, p. 9.

69 LOIS ESTÉVEZ, J.: *Sobre el concepto de «naturaleza jurídica»*, Anuario de Filosofía del Derecho, 1956, pp. 159 y ss.

ambas partes. Esta nota de unilateralidad justifica, por sí sola, atribuir al arbitraje instituido por disposición *mortis causa* el carácter de excepcional⁷⁰, sin perjuicio de que algunos autores prefieren referirse a una presunta “especificidad”⁷¹. Otros sostienen que se trata, simplemente de una “variante del arbitraje común”⁷². A nuestro juicio, lo excepcional no es parte de la esencia del arbitraje, sino tan solo de la manera en que este es instituido. Así, la excepcionalidad no produce efecto alguno en la *vida* del arbitraje, sino tan solo en su *nacimiento* (o *concepción*). Además de ello, como se ha dicho, la imposición del testador es tan solo relativa, pues los sometidos a arbitraje pueden convenir otra cosa distinta si así lo estiman. De este modo, la aparentemente radical excepcionalidad, no comporta especiales consecuencias, más allá de la interpretación de la cláusula de institución de arbitraje.

2. Negocio jurídico unilateral en beneficio de tercero.

La disposición *mortis causa* que instituye el arbitraje es un negocio jurídico unilateral en beneficio de tercero. Fuera de este análisis queda la discusión sobre la naturaleza (contractual, procesal, institucional etc.) jurídica del arbitraje *en sí*. De lo que se ocupan las siguientes líneas es de la naturaleza jurídica de la disposición *mortis causa* que instituye el arbitraje. La discusión estriba en determinar si se trata de un negocio jurídico sucesorio -por estar incardinado en un vehículo sucesorio- o si se trata de un negocio jurídico obligacional unilateral. La respuesta correcta, a nuestro juicio, es la segunda: si la disposición *mortis causa* que instituye el arbitraje participara de la naturaleza del continente (el testamento, por ejemplo) en que viene presentada, habríamos de asumir que todas las disposiciones que contuviera un testamento serían negocios jurídicos sucesorios. Y sabemos, por ejemplo, que el reconocimiento de un hijo extramatrimonial (art. 741 en relación con los arts. 120 y ss. CC) puede realizarse en testamento notarial, sin que ello suponga que tal reconocimiento es un negocio jurídico sucesorio, y no familiar. En este sentido, como afirman algunos autores, el arbitraje instituido por disposición *mortis causa* no participa de la naturaleza contractual del arbitraje, pero sí *negocial*.⁷³ Más allá de eso, no puede obviarse que la institución *mortis causa* del arbitraje no deja de ser cierta quiebra de la comprensión tradicional del arbitraje⁷⁴.

70 YÁÑEZ VIVERO, M^o. F.: “Arbitraje”, *cit.*, p. 82. Para VERDERA TUELLS, E.: “La Ley”, *cit.*, p. 65, la supresión del adverbio «excepcionalmente» tiene una finalidad concreta: conceder al arbitraje testamentario la condición de normal.

71 DE PRADA SOLAESA, M. d. P.: (“El arbitraje”, *cit.*, p. 527.

72 MERINO MERCHÁN, J. F. y CHILLÓN MEDINA, J. M^o.: *Tratado*, *cit.*, p. 456.

73 GONZÁLEZ CARRASCO, C.: “Comentario”, *cit.*, p. 226. Así, no es posible sostener una tesis puramente contractual del arbitraje testamentario, pues como se ha señalado, «(e)l arbitraje testamentario quiebra con la concepción contractualista de la institución» (GARCÍA PÉREZ, C.: *El arbitraje*, *cit.*, p. 26).

74 GARCÍA PÉREZ, C.: *El arbitraje*, *cit.*, p. 27.

A) *Negocio jurídico.*

DE CASTRO define el negocio jurídico como “la declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base solo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos”⁷⁵. Así, la disposición testamentaria que instituye el arbitraje es una declaración de voluntad, *id est*, una exteriorización de la voluntad dirigida a la producción de una determinada consecuencia jurídica: que los conflictos entre herederos no forzosos y legatarios se diriman por arbitraje⁷⁶. También, como señala DE CASTRO, el resultado que nace de esta declaración de voluntad -en concurso con otros requisitos, como, por ejemplo, que no sea revocado el testamento, en nuestro caso- debe ser digno de tutela por el Derecho. En nuestro supuesto, este requisito queda explicitado en la medida en que el arbitraje instituido por testamento es reconocido explícitamente en el art. 10 de la LArb. Este reconocimiento expreso por el legislador (que data de 1953, como se ha señalado anteriormente) justifica que consideremos la institución como un negocio jurídico *en favor* (en beneficio) de tercero, y no como una traba o perjuicio a los herederos no forzosos o legatarios, tal como se expone de seguido.

B) *Unilateral.*

El negocio jurídico es unilateral en la medida en que concurre, en la institución, una sola voluntad: la del causante. Ahora bien, que concorra una sola voluntad en la institución concorra una sola voluntad no significa que en el momento de aceptación de la herencia puedan, los herederos no forzosos o legatarios, convenir otra cosa⁷⁷.

C) *En beneficio de tercero.*

La problemática más amplia se plantea al concretar si la institución del arbitraje es beneficiosa o es perjudicial para los obligados. Al margen de las cuestiones relativas a la afectación del derecho a la tutela judicial efectiva, es necesario partir de la regla básica que establece el art. 1257.II CC. De este precepto se desprende que los contratos -o los negocios jurídicos, en sentido amplio- solo producen efecto entre las partes que los otorgan. A la misma consideración puede llegarse

75 DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio*, cit., p. 34.

76 BOECKEN, W.: *BGB – Allgemeiner Teil*, Kohlhammer, tercera edición, Stuttgart, 2019, p. 78.

77 La disputa sobre si la voluntad unilateral es suficiente para crear obligaciones carece aquí de sentido, en la medida en que la polémica se restringe a las declaraciones de voluntad atípicas (y no a las típicas, como la que reconoce el art. 10 LArb). Y en este sentido, el reconocimiento expreso que realiza el art. 10 LArb exime de entrar en tal polémica, de suerte que la voluntad unilateral del causante es suficiente para hacer nacer el arbitraje — sin perjuicio de que, como se ha dicho, los herederos no forzosos o legatarios convengan otra cosa al momento de producirse el fallecimiento.

atendiendo al tenor del art. 1091 CC ["las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes" (...)]. Clara es al respecto la STS 19 de junio de 2006: "si el contrato es considerado como una manifestación de la autonomía privada en orden a la reglamentación de los propios intereses, resulta claro que dicha reglamentación ha de afectar, en línea de principio tan sólo a la esfera jurídica de sus **autores**, porque sólo respecto de ellos por hipótesis la autonomía existe". De otro lado, el párrafo segundo del art. 1257.II CC reconoce expresamente, como excepción a lo señalado, que "si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada". En este sentido, se plantea el problema de si el negocio jurídico *mortis causa* que instituye el arbitraje testamentario es subsumible en la previsión del art. 1257.II CC o no. De esta manera, se plantean aquí dos cuestiones: de una parte, que los negocios jurídicos en favor de tercero exigirían aceptación por parte de este; y, de otra parte, que los negocios jurídicos en favor de tercero deben ser justamente *en favor*, lo que excluiría la sumisión de arbitraje por no ser, presuntamente, favorable. Ambas objeciones son, a nuestro humilde juicio, salvables.

Respecto de la primera cuestión -que los negocios jurídicos en favor de tercero exigen aceptación por parte del tercero- es necesario señalar que existe cierta unanimidad en entender que la aceptación del tercero no es parte integrante del negocio jurídico que contiene la estipulación (STS 10 de junio de 1977)⁷⁸. De este modo, el deber que impone el art. 1257.II CC *in fine* al tercero (de hacer "saber su aceptación al obligado") no puede erigirse como un requisito de validez de la disposición de arbitraje contenida en el arbitraje, sino tan solo como un requisito de *eficacia* (STS 23 de octubre 1995). De esta manera, que el heredero no forzoso o legatario a que se refiere el art. 10 LArb acepte o no la herencia o legado es indiferente para valorar la *validez* de la institución de arbitraje, pues los efectos de la aceptación se proyectan tan solo en el ámbito de la *eficacia* del negocio jurídico. Claramente lo señala López Richart al establecer que "(s)olo una cosa es clara y es que la aceptación del beneficiario no puede ser considerada un requisito para la perfección del contrato celebrado a su favor, de otro modo estaríamos ante un contrato plurilateral y no cabría hablar de tercero sino de un tercer contratante"⁷⁹.

Respecto de la segunda cuestión (si el arbitraje es perjudicial o beneficioso), debemos realizar previamente un apunte conceptual. En sustitución del término "en favor de tercero" que emplea el art. 1257.II CC hemos preferido la utilización de "en beneficio de tercero" en la medida en que expresa con mayor exactitud

78 La cuestión es altamente discutida en la doctrina. Una exposición detallada de esta discusión puede verse en LÓPEZ RICHART, J.: *El contrato en favor de tercero*. Tesis doctoral, Universidad de Alicante, Alicante, 2001, pp. 370 y ss.

79 LÓPEZ RICHART, J.: *El contrato*, cit., p. 371.

la noción de que el arbitraje es beneficioso para los herederos no forzosos o legatarios que serán parte en él. Más allá de este apunte terminológico, lo cierto es que tradicionalmente se ha identificado la expresión “en favor” (“en beneficio de”, para nosotros) con un contenido eminentemente patrimonial. Esta consideración, sin embargo, no agota la posibilidad de una comprensión amplia del beneficio del negocio jurídico en favor de tercero, de suerte que este podrá comprender otra serie de ventajas que no sean estrictamente patrimoniales. Sin perjuicio de las ventajas que se han señalado en el epígrafe introductorio, no se entendería que el legislador promoviese activamente el recurso a mecanismos alternativos de resolución de conflictos -con el arbitraje como estandarte- si fueran considerados perjudiciales. Especialmente clara es la consideración del arbitraje como beneficioso en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, en cuya Exposición de Motivos se puede leer que: “(c) on la introducción de estos mecanismos, ya consolidados en el derecho comparado, se cumple la máxima de la Ilustración y del proceso codificador: que antes de entrar en el templo de la Justicia, se ha de pasar por el templo de la concordia”.

Y aunque el arbitraje instituido por disposición *mortis causa* no signifique necesariamente pasar por el templo de la concordia, lo cierto es que, como expresa la Exposición de Motivos del Anteproyecto, “la elección [unilateral y por parte del causante] del medio más adecuado de solución de controversias aporta calidad a la Justicia y reporta satisfacción al ciudadano”.

VII. DISPOSICIÓN *MORTIS CAUSA* DE SUMISIÓN A ARBITRAJE.

La primera cuestión que se plantea al analizar el ámbito de operatividad del arbitraje instituido por el causante es que la relación jurídica que produce la institución no es fácilmente soluble en las categorías clásicas de “elementos subjetivos” y “elementos objetivos”⁸⁰. No es soluble en la medida en que en el marco de lo que tradicionalmente se entiende como objetivo (la controversia) confluye un elemento subjetivo trascendental: la figura de los herederos no forzosos y de los legatarios⁸¹. De esta manera, para aprehender el ámbito de operatividad del arbitraje instituido por disposición *mortis causa* no es posible escindir artificialmente estos ámbitos subjetivo y objetivo, sino que más bien, la naturaleza misma de la institución aconseja un tratamiento conjunto. Por razones, sin embargo, expositivas, este estudio diferenciará, en relación con la controversia (esencialmente objetiva), unos elementos objetivos y otros subjetivos.

80 GLEIM, J.: *Letzwillige*, cit., p. 182.

81 GLEIM, J.: *Letzwillige*, cit., p. 182.

1. Elementos subjetivos: capacidad del instituyente.

Asumido anteriormente que la disposición testamentaria es un negocio jurídico unilateral en beneficio de tercero, la capacidad exigida debe ser la de los contratos en general (arts. 1254 y ss. CC)⁸². La LArb no establece ninguna regla especial al respecto, sino que se limita a señalar en su art. 9.1 que “(e)l convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de *cláusula incorporada a un contrato* o de *acuerdo independiente*, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje (...)”⁸³. En este sentido, las reglas que deberían aplicarse son las ordinarias de los contratos y no las testamentarias.

2. Objeto del arbitraje.

Asumir la inescindibilidad entre lo objetivo y lo subjetivo en esta modalidad de arbitraje no es óbice para admitir cierta preponderancia de características objetivas y subjetivas en el régimen jurídico de la institución. A la exposición de estas características nos dedicamos ahora.

A) Elementos predominantemente objetivos.

Respecto de los elementos predominantemente objetivos, el art. 10 LArb matiza lo dispuesto de manera general por el art. 2.1 LArb. Del tenor literal de este último se desprende que “son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho”. Quepa recordar que la Exposición de Motivos de la LArb señala que “en principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles. Es concebible que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable. Pero ello excede del ámbito de una regulación general del arbitraje y puede ser objeto, en su caso, de disposiciones específicas en otros textos legales”.

Se ha afirmado, en este sentido, que no parece que existan razones de peso para considerar que el art. 10 LArb limite de manera especial lo dispuesto de manera general por el art. 2 LArb⁸⁴. Otro sector de la doctrina ha afirmado, por el contrario, que “el objeto -del arbitraje- ha de limitarse a materia relacionada con discrepancias sobre la distribución de la herencia y, por tanto, no puede extenderse

82 Discrepamos humildemente de las muy autorizadas posiciones que se defienden al respecto, como por ejemplo las de DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: “Comentario”, cit., p. 113; CAPILLA RONCERO, F.: “Comentario”, cit., p. 92; o la de DE PRADA SOLAESA, “El arbitraje” cit., p. 535.

83 La cursiva es nuestra.

84 GOMÁ LANZÓN, I.: “El arbitraje”, cit., p. 14.

a otros aspectos que pudiesen exceder de los límites hasta donde es lícito que llegue la facultad dispositiva del testador en relación con su herencia (...)⁸⁵.

Sobre estas consideraciones, analizamos ahora detalladamente el ámbito de operatividad del precepto.

a) “Diferencias”.

El art. 10 LArb establece que puede instituirse arbitraje para solucionar “diferencias (...) por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia”. La cuestión del ámbito objetivo es de crucial relevancia en la medida en que, conforme a lo dispuesto en los arts. 39.I.d), 41.I.c) y e) y 41.3 LArb, que los árbitros decidan sobre cuestiones no sometidas a su decisión supone una posible anulación del laudo⁸⁶. Partiendo de la base de que “(l)a controversia no puede consistir en un mero desacuerdo entre las partes carente de efectos jurídicos, pues tal situación convierte en inútil el arbitraje”⁸⁷, se plantean dos cuestiones.

La primera cuestión que se plantea es determinar el alcance del término “diferencias” a que se refiere el art. 10 LArb, y que contrasta con el recientemente citado “controversias” de que se sirve el art. 2.I LArb. Sin embargo, la LArb no emplea en ningún precepto más de su articulado el término “diferencia”, lo que parece indicar que no existe un patrón de utilización y que, por tanto, su uso es meramente tangencial (para evitar quizás la repetición del más concreto término “controversia”). Sirva señalar que el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española (RAE) indica que por diferencia se entiende “controversia, disensión u oposición de dos o más personas entre sí” (acepción tercera). No parece existir, por lo tanto, una diferencia ontológica esencial entre ambos términos⁸⁸. El origen del término “diferencia” -aventuramos nosotros- parece radicar en el § 1048 ZPO DE, del que presuntamente procede el arbitraje testamentario de la Ley de 1953, como se ha señalado anteriormente. El § 1048 ZPO DE empleaba el término “*Streitigkeiten*”, que se deja traducir al castellano como “diferencias”, lo que explicaría su aparición súbita en el art. 5 de la Ley de 1953 (máxime cuando ni la LEC de 1855, ni la de 1881 emplearon el término “diferencia” en tal sentido)⁸⁹. Por tanto, el empleo del término “diferencia” parece responder a una cuestión

85 PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, L.: “Una nueva regulación del arbitraje”, *Revista de Derecho Privado*, 1954, p. 718. Para DE PRADA SOLAESA, se trata tan solo de una «concreción» del objeto del arbitraje (“El arbitraje”, p. 531).

86 GOMÁ LANZÓN, I.: “El arbitraje”, cit., p. 13.

87 VERDERA SERVER, R.: *Partición*, cit., p. 64.

88 A la misma conclusión se puede llegar analizando el CC y la LEC. La última emplea el término «diferencia» en dieciséis ocasiones, y prácticamente todas en el sentido de «resultado de la operación de restar» (RAE). Lo mismo se puede decir respecto del CC.

89 También el § 581.II ZPO AT, del que presuntamente podría provenir el art. 5 de la Ley de 1953 emplea el término «*Streitigkeiten*», de modo que es posible llegar a la misma conclusión.

meramente histórica y tangencial, carente de mayor significado que el de evitar el uso reiterativo del término “controversia”.

La segunda cuestión que se plantea, una vez asumida la identidad material entre “diferencia” y “controversia”, es la determinación del alcance de la última. Una aproximación etimológica arroja el convincente resultado de que el término español “controversia” proviene del latino “*contrôversia*”, que significa discusión, pleito, litigio u objeto del litigio⁹⁰. Esta última significación parece ser la más aproximada al sentido de la LArb. Y en este sentido, por controversia -y por “diferencia” (en el sentido del art. 10 LArb)- puede entenderse el antagonismo esencial u ontológico entre las pretensiones civiles de las partes. La controversia, por tanto, vendría delimitada por las pretensiones que las partes contraponen, al igual que el objeto del proceso civil se configura por la pretensión interpuesta por el demandante y contrarrestada por el demandado. Al abono de esta tesis contribuye el empleo indiferenciado del término “objeto de la controversia” que realiza la LEC en su Exposición de Motivos⁹¹.

b) “Distribución de la herencia”.

La siguiente cuestión que se plantea en relación con el ámbito objetivo es la delimitación del concepto de “distribución de la herencia”. La LArb emplea el término “distribución” tan solo en el art. 10 (al igual que las anteriores leyes de 1953 y 1988), de modo que, para aprehender los límites de la “distribución”, habremos de recurrir a la interpretación sistemática del precepto, en relación con otras normas de similar ámbito. Así, al margen de que algunos han señalado que el término es “técnicamente impreciso y ajeno en todo caso a la terminología legal en materia sucesoria (...)”⁹², lo cierto es que el CC emplea el término (o sus derivados) en dieciséis ocasiones, la gran mayoría de ellas en sede de sucesiones (arts. 671, 747, 749.II, 891, 907.II, 992.II, 1058 y 1072.II)⁹³. A nuestro juicio, es necesario partir aquí de la consideración que han realizado algunos de que no existe ningún indicio de que “distribución” quiera significar algo distinto a partición de la herencia⁹⁴. De todos estos preceptos del CC parece desprenderse

90 *Oxford Latin Dictionary*, Londres, 1968, p. 436.

91 Así, la Exposición de Motivos señala lo siguiente: «(...) en el proceso ordinario, el acto del juicio opera esa proximidad de la sentencia respecto de la prueba -y, por tanto, en gran medida, del caso-, y la audiencia previa al juicio, en la que ha de perfilarse lo que es objeto de la controversia, aproxima también las pretensiones de las partes a la actividad jurisdiccional decisoria del litigio». De un sentido similar parecen servirse otros arts. de la LEC, como por ejemplo el 39, 301, 330.2, 414.I.III, 428.2, 558.2.II, 679, 794.4 y 809.2. A una conclusión similar se puede llegar a la vista del único art. del CC en el que aparece el término «controversia»: el art. 1787.

92 GONZÁLEZ CARRASCO, C.: “Comentario”, cit., p. 233.

93 Incluso el art. 1517.I CC, en sede de compraventa, presenta relación con el fenómeno sucesorio al señalar que «si el comprador dejare varios herederos, la acción de retracto no podrá ejercitarse contra cada uno sino por su parte respectiva, ora se halle indivisa, ora se haya distribuido entre ellos».

94 GOMÁ LANZÓN, I.: “El arbitraje”, cit., p. 14.

este sentido natural del término que, conforme al Diccionario de la RAE, es “dividir algo entre varias personas, designando lo que a cada uno corresponde, según voluntad, conveniencia, regla o derecho”. De este modo, no parecería arriesgado atribuir al término “distribución” su sentido natural, sirviéndonos de una interpretación gramatical amplia (art. 3.I CC). Sin embargo, la postura más clara parece ser la sostenida O’ CALLAGHAN, para quien, respecto del término “distribución” en la LArb, solo cabe la adopción de tres posturas: de una parte, suponer que la expresión no va más allá de su tenor literal; de otro lado, entender que la expresión abarca, en un sentido amplio, toda materia relacionada con la administración y la distribución de la herencia (incluyendo, por ejemplo, el control de la actuación del albacea o del contador-partidor); y por último, entender que la expresión no despliega relevancia alguna y que mediante arbitraje instituido por disposición *mortis causa* es posible resolver cualquier litigio sobre la sucesión⁹⁵. DE PRADA SOLAESA ha señalado, con razón, que esta última postura es “la más congruente con el fundamento del arbitraje testamentario, la facultad de libre disposición *mortis causa* del causante”, de modo que “(n) hay razón alguna que impida someter a esta forma de arbitraje todo aquello sobre lo que el testador tenga capacidad de disposición”⁹⁶. Así, el término “distribución” no parece aportar nada esencialmente nuevo al ámbito objetivo del arbitraje, que deberá concretarse por la vía del art. 2.I LArb en relación con los preceptos sustantivos de otras normas⁹⁷, que determinen la disponibilidad o no de la controversia -en este caso, en el marco del proceso sucesorio-.

De otra parte, es posible aproximar el término “distribución” en un sentido amplio a las operaciones de división a que se refiere el art. 786 LEC, tales como el inventario, la valoración de los bienes, la liquidación y, por último, la división en un sentido estricto de los bienes. Lo que no cabe, de ninguna manera es entender que en el término “distribución” pueden entenderse subsumidas “las cuestiones relativas la designación de herederos en aquellos casos en que, a pesar de existir testamento, es preciso abrir la sucesión intestada total o parcialmente (...)”⁹⁸. Pues, “la determinación de quién haya de suceder (...) es una cuestión de orden público (...) indisponible para el testador”⁹⁹, tesis que abona el art. 670.II CC, al señalar que no puede dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia de nombramiento de herederos o legatarios.

95 O’ CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “El arbitraje en Derecho sucesorio”, *La Notaria*, núm. 47-48, 2007, p. 63.

96 DE PRADA SOLAESA, M. d. P.: “El arbitraje”, cit., p. 533.

97 Como establece la Exposición de Motivos de la LArb, anteriormente citada [vid. epígrafe VII.2.A) de este estudio].

98 GONZÁLEZ CARRASCO, C.: “Comentario”, cit., p. 233.

99 GONZÁLEZ CARRASCO, C.: “Comentario”, cit., p. 234.

c) “Administración de la herencia”.

Además de la distribución de la herencia, el art. 10 LArb permite someter a arbitraje los litigios relativos a la “administración de la herencia”. En este sentido, el Diccionario de la RAE establece, que por “administrar” se entiende ordenar, disponer, organizar una hacienda o bienes (acepción tres), así como graduar o dosificar el uso de algo, para obtener mayor rendimiento de ello o para que produzca mayor efecto (acepción ocho). De esta manera, el entendimiento más natural del término parece ser el de gestión y conservación del haber hereditario¹⁰⁰. Más allá de esto, lo bien cierto es que el CC no ofrece una definición legal del término “administración”, aunque sí lo emplea (o sus derivados) en diversos preceptos¹⁰¹. Tampoco contienen una definición ni la LArb, ni la LEC, aunque de manera general, y derivado de estos preceptos, es posible entender que se trata de actos de gestión y de cuidado del patrimonio y que no abarcan, por tanto, la disposición del mismo. Sirvan como ejemplo de este sentido del término los arts. 630 y ss. o el 727.2^a LEC, respecto de la administración judicial.

d) *Recapitulación.*

A la vista de lo anterior, no parece que las expresiones “distribución y administración de la herencia” aporten nada sustancialmente diferente al régimen jurídico del arbitraje instituido por disposición *mortis causa*. De esta manera, no parece lógico interpretar el precepto en el sentido de restringir el ámbito de decisión del árbitro respecto del que hipotéticamente tendría el juez¹⁰². Ahora bien, nada obsta a que el causante restrinja por sí mismo, el *thema decidendi* del árbitro¹⁰³. Por todo ello, es razonable concluir con Gomá Lanzón 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”¹⁰⁴.

100 YAÑEZ VIVERO, M^o F.: “Arbitraje”, cit., p. 95.

101 Arts. 103.4^o, 154.2^o, 162.II.3^o, 164 y ss. (Capítulo III, del Título VII, del Libro I: «(d)e los bienes de los hijos y de su administración»), 183 y ss., 227, 233, 269.4^o, 270, 299 bis, 398, 490, 494, 520, 801, 802 y ss., 831.2, 965, 999, 1020, 1026 y ss., 1052, 1058 — que se refiere a «libre administración» —, 1163, 1280.5^o, 1322, 1362.3^o, 1365.2^o, 1366, 1376, 1382, 1384, 1387 y ss., 1412, 1416, 1437, 1439, 1459.2^o y 4^o, 1548, 1692 y ss., 1773, 1798, 1932.

102 GOMÁ LANZÓN, I.: “El arbitraje”, cit., p. 15.

103 GOMÁ LANZÓN, I.: “El arbitraje”, cit., p. 16.

104 GOMÁ LANZÓN, I.: “El arbitraje”, cit., p. 16. La misma tesis sostiene HERNÁNDEZ BURIEL, al señalar que «no parece que en esta materia deba establecerse un criterio de arbitrabilidad más estricto que el que establece el art. 2 LA». Y en este sentido, «es sostenible admitir el arbitraje sucesorio en aquellas materias de la libre disposición del testador y no solamente en las de distribución y administración del caudal relicto (“Comentario”, cit., p. 74).

B) Elementos predominantemente subjetivos.

El art. 10 LArb establece que el arbitraje testamentario solo puede operar para solucionar controversias que surjan entre herederos no forzosos o legatarios¹⁰⁵.

a) Herederos no forzosos.

Los herederos no forzosos se delimitan *a sensu contrario* a partir de los arts. 806 y 807 CC, de suerte que herederos no forzosos son todos aquellos a quienes la Ley no haya reservado una porción del haber hereditario. Sin embargo, “el testador puede cumplir dejando *por cualquier título* la legítima (art. 815 CC)”¹⁰⁶, por lo que el legitimario no es necesariamente heredero, de manera que lo que el CC garantiza es la percepción de esa cuota reservada, sin distinguir el título por medio del cual se produce esta atribución patrimonial¹⁰⁷. A la vista de esta circunstancia, una interpretación literal del art. 10 LArb podría conducirnos a entender que es posible someter a arbitraje un conflicto nacido entre legitimarios que hayan recibido su porción hereditaria a través de *cualquier otro título*, pues no se trataría, en tal caso, de herederos *stricto sensu*¹⁰⁸. Sin embargo, no parece ser esta la voluntad que rigió la creación del precepto, pues el *télós* de la norma debe verse en la protección de los intereses de los legitimarios, con independencia de cuál sea el título por el que estos reciben su cuota¹⁰⁹. A la misma conclusión -la exclusión del arbitraje cuando exista riesgo para los intereses de los herederos forzosos- puede llegarse desde el art. 2.1 LArb, que dispone lo siguiente: “son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho”. En este sentido, no siendo disponible la legítima, la exclusión de la misma del ámbito objetivo del arbitraje es clara¹¹⁰. Y así, se entiende que el art. 10 LArb esté “concebido como “cláusula de orden público” para defender subjetivamente al heredero legitimario y objetivamente a su legítima como porción hereditaria intangible e indisponible frente al testador y frente al resto de herederos sean o no forzosos”¹¹¹. Se entiende así, también, que -junto con la declaración de herederos *ab intestato* (STS 2 de octubre de 1946, ni las herencias futuras (STS 14 de marzo

105 Este es un lugar común en los países de nuestro entorno, como ya señaló OGAYAR Y AYLÓN, T.: “Origenación contractual y testamentaria del arbitraje”. *Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 41, 1955.

106 La cursiva es nuestra.

107 HIDALGO GARCÍA, S.: “Arbitraje”, cit., p. 209.

108 YAÑEZ VIVERO, M° F.: “Arbitraje”, cit., p. 91.

109 YAÑEZ VIVERO, M° F.: “Arbitraje”, cit., p. 91.

110 Otra cosa es que sea deseable desde la perspectiva de la política legislativa. A la misma conclusión llega el Tribunal Supremo alemán (BGH, en adelante), como recuerda GLEIM, J.: *Letzwillige*, cit., p. 53, nota 188. Cfr. igualmente, STSJ Cáceres 1 de febrero de 2021.

111 MERINO MERCHÁN, J. F. y CHILLÓN MEDINA, J. M°: *Tratado*, cit., p. 457. La misma tesis sostiene DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: “Comentario”, cit., p. 112, al señalar que «el único fundamento de la restricción es el respeto de las legítimas». En el mismo sentido se ha afirmado que «el único objetivo de la limitación subjetiva del art. 10 LA es (...) la intangibilidad de los derechos legitimarios de los llamados herederos forzosos» [GONZÁLEZ CARRASCO, C.: “Comentario”, cit., pp. 227 y 229].

de 1974)- el TS determinara que las legítimas no pueden someterse a arbitraje (STS 28 de octubre de 1933).

La segunda de las cuestiones, altamente debatida, que se plantea respecto del ámbito objetivo del precepto es si es posible someter a arbitraje las controversias que surjan entre herederos forzosos sobre porciones de libre disposición para el testador, incluido el tercio de mejora.¹¹² A nuestro juicio la respuesta debe ser negativa respecto de la mejora en la medida en que los mejorados, siendo herederos forzosos, quedan excluidos por el propio tenor literal del art. 10 LArb. Algunos como DÍEZ-PICAZO¹¹³, GARCÍA PÉREZ¹¹⁴ o YAÑEZ VIVERO¹¹⁵ entienden posible la sumisión, en la medida en que lo que se excluye del ámbito del arbitraje es cualquier cuestión litigiosa que afecte a la legítima, pero no aquella que afecte a los derechos e intereses de los herederos más allá de la legítima¹¹⁶. Así, una vez satisfecha la legítima, “las diferencias surgidas entre este [el legitimario] y otros herederos no forzosos o legatarios en torno a la administración o distribución del resto del caudal hereditario han de considerarse sometidas al arbitraje testamentario, salvo determinación contraria del testador”¹¹⁷. Del mismo modo, entiende Albaladejo que “la sola presencia de herederos forzosos en la sucesión no excluye el arbitraje, siempre que este no alcance a sustraer a aquellos de llevar a los Tribunales las posibles discrepancias que surjan en extremos que no sonde libre disposición del causante”¹¹⁸. Una postura más restrictiva adopta Hidalgo García, al sostener que “arbitraje debería reducirse a los casos en que sólo existan herederos o legatarios de carácter voluntario o, en todo caso, cuando se atribuya la legítima y el tercio de mejora a los forzosos y el de libre disposición a extraños, es decir, a herederos voluntarios, tan solo respecto de estos”¹¹⁹. La solución a tal cuestión depende de si se considera que la mejora de los hijos o descendientes es una porción hereditaria indisponible, o si por el contrario la mejora es una posibilidad de disponer diferente de la legítima¹²⁰. GONZÁLEZ CARRASCO se muestra partidaria “de entender que la legítima ha de considerarse de forma unitaria respecto de la posibilidad de someterla a arbitraje por parte del testador. Y ello porque la legítima larga o mejora es una parte de la legítima colectiva que corresponde a los

112 YAÑEZ VIVERO, M^a. F.: “Arbitraje”, cit., p. 92.

113 DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: “Comentario”, cit., p. 112.

114 GARCÍA PÉREZ, C.: *Arbitraje*, cit., p. 44.

115 YAÑEZ VIVERO, M^a. F.: “Arbitraje”, cit., p. 93.

116 YAÑEZ VIVERO, M^a. F.: “Arbitraje”, cit., p. 92. Así, «(n) hay inconveniente en aceptar que el testador puede instituir el arbitraje sobre cuestiones litigiosas que pueden plantearse sobre bienes y derechos que excedan de la legítima, p. ej., sobre el tercio de libre disposición» (MERINO MERCHAN, J. F. y CHILLÓN MEDINA, J. M^o: *Tratado*, cit., p. 456.) Cfr. igualmente STSJ Madrid 2 de marzo de 2021 (FJ. 3.º B).

117 GONZÁLEZ CARRASCO, C.: “Comentario”, cit., p. 229.

118 ALBALADEJO GARCÍA, M.: *El arbitraje testamentario*, Actualidad Civil, núm. 1, 1990, p. 89.

119 HIDALGO GARCÍA, S.: “Arbitraje”, cit., p. 209.

120 GONZÁLEZ CARRASCO, C.: “Comentario”, cit., pp. 229 y 230.

hijos y descendientes”¹²¹. De este modo, un entendimiento amplio de la legítima comportaría la exclusión del arbitraje con la sola presencia de herederos forzosos. La solución más adecuada, desde una perspectiva de política legislativa, en ampliar el ámbito objetivo del arbitraje a los conflictos que se susciten respecto de la legítima, como se dirá en las conclusiones.

b) *Legatarios.*

Los problemas respecto de los legatarios parecen ser menores y se identifican en gran medida con lo expuesto anteriormente respecto de los herederos no forzosos. La principal dificultad que se plantea, como hemos señalado antes, es que el legado puede ser una vía para el pago de las legítimas¹²². La solución pasa por entender que no es admisible el arbitraje instituido por disposición *mortis causa* cuando exista un riesgo patrimonial para los intereses de los herederos forzosos -reciban la cuota por el título que la reciban-.

c) *Otras cuestiones relativas al objeto del arbitraje: la validez del testamento.*

Aquí se plantea la cuestión de si es posible someter a arbitraje la validez misma del testamento. El art. 22.I LArb establece la regla de la competencia de la competencia (*Kompetenz-Kompetenz*) que permite a los árbitros decidir sobre su propia competencia, incluso sobre la validez del propio convenio¹²³. Algunos se han mostrado contrarios a asumir la validez de esta regla en el arbitraje instituido por disposición testamentaria, de suerte que “la nulidad del testamento debe producir la nulidad de su institución [del arbitraje], sin que entre el juego el mecanismo *pro arbitraje* contenido en el art. 22.I de la Ley de arbitraje (...)”¹²⁴. En este sentido, “en caso de la nulidad del testamento en que se instituye el arbitraje o revocación total del mismo (...) no habrá arbitraje”¹²⁵. A la misma conclusión se puede llegar desde la comprensión de que si el arbitraje se extiende tanto como la libertad de disponer del testador -y el causante carece de libertad para disponer sobre la impugnación del testamento (art. 675.II CC)- es razonable entender que los árbitros no pueden decidir sobre la validez o nulidad del testamento¹²⁶. Otra cosa es que sea nula la institución de heredero, como por ejemplo por desheredación injusta, lo que nada afecta a la validez de la cláusula arbitral¹²⁷.

121 GONZÁLEZ CARRASCO, C.: “Comentario”, cit., p. 230.

122 YAÑEZ VIVERO, M° F.: “Arbitraje”, cit., p. 92. Lo mismo observa ROGEL VIDE, C.: “Comentario”, cit., p. 67.

123 GOMÁ LANZÓN, I.: “El arbitraje”, cit., p. 16. Para Alemania se sostiene una opinión distinta, de manera que no existirían diferencias al respecto entre el arbitraje convencional y el testamentario. Ver: GLEIM, J.: *Letzwillige*, cit., p. 193.

124 DE PRADA SOLAESA, M. d. P.: “El arbitraje”, cit., p. 527.

125 DE PRADA SOLAESA, M. d. P.: “El arbitraje”, cit., p. 535.

126 GOMÁ LANZÓN, I.: “El arbitraje”, cit., p. 16.

127 GOMÁ LANZÓN, I.: “El arbitraje”, cit., p. 17.

3. Forma de la disposición de sumisión a arbitraje.

Parece comúnmente admitido que los preceptos relativos a la forma que deben tenerse en consideración son los del vehículo sucesorio que contiene la disposición de sumisión a arbitraje¹²⁸. Así, señala CAPILLA RONCERO que “ningún argumento existe en contra de admitir el arbitraje testamentario, instituido por cualquier otro vehículo apto para ordenar la suerte de la sucesión *mortis causa*, de acuerdo con los diferentes regímenes jurídicos, coexistentes en nuestra Nación”¹²⁹. De este modo, en aquellos regímenes especiales donde sea admisible, por ejemplo, el contrato sucesorio, debe admitirse que este vehículo es también idóneo para contener una disposición de sumisión a arbitraje¹³⁰. Es justamente por este motivo, por el que hubiera resultado preferible la denominación de “arbitraje sucesorio”, más amplio que el “arbitraje testamentario” que emplea la Ley¹³¹.

VII. ESPECIALIDADES DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL SUCESORIO.

El procedimiento arbitral que trae causa de una disposición *mortis causa* presenta determinadas especialidades. Algunas de ellas se relacionan con el tribunal arbitral y otras con el régimen normativo aplicable.

I. Relativas al tribunal arbitral.

Respecto de las especialidades perceptibles en relación con el tribunal arbitral, es necesario diferenciar entre las relativas al nombramiento de los árbitros y las relativas a los requisitos que deben cumplir los llamados a arbitrar. Esta última cuestión plantea notables problemas respecto de quiénes pueden ser árbitros testamentarios, especialmente por la confluencia de distintas figuras en el proceso sucesorio (albaceas, contadores partidores, amigable componedor, arbitrador etc.), figuras respecto de las que el árbitro debe ser diferenciado. Quepa señalar, previamente que algunos autores sostienen la inexistencia de especialidades, de suerte que deberán ser de aplicación los arts. 13 (capacidad para ser árbitro), 15 (nombramiento de los árbitros) y 17 (motivos de abstención y recusación) LArb a los arbitrajes instituidos por disposición *mortis causa*¹³².

128 SAP de Madrid (sección décima), núm. 485/2007, de 26 de octubre.

129 CAPILLA RONCERO, F.: “Comentario”, cit., p. 83.

130 CAPILLA RONCERO, F.: “Comentario”, cit., p. 83.

131 CAPILLA RONCERO, F.: “Comentario”, cit., p. 83. Respecto de los diversos vehículos sucesorios se pueden ver los siguientes preceptos: arts. 18.2, 23, 24 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco; arts. 421-20 y 21 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones; arts. 183 y ss. de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia; arts. 316 y ss. del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el Título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto refundido de las Leyes civiles aragonesas; leyes 184 y ss. de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra; y arts. 6 y ss. del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación de derecho civil de las Islas Baleares.

132 GOMÁ LANZÓN, I.: “El arbitraje”, cit., p. 9.

A) Relativas a la designación.

Se ha dicho con razón que, “admitido solo el arbitraje testamentario como figura excepcional de arbitraje unilateral, que tiene que ser instituido u ordenado por el causante, se requiere que la articulación del mismo (designando, por ejemplo, a los árbitros), tenga raíces en la voluntad del causante”¹³³. En este sentido, la designación del árbitro debe hundir sus raíces en la voluntad del causante. Otros, sin embargo, discrepan de esta tesis, entendiendo que los árbitros pueden ser designados bien por el causante, o por un tercero a quien se haya encargado la designación -siendo de aplicación el art. 14 LArb.-.

B) Relativas a la capacidad para ser árbitro.

Como se ha señalado anteriormente, algunos autores sostienen la aplicación, sin excepcionalidad alguna del art. 13 LArb, relativo a la capacidad para ser árbitro. Al respecto sostiene DÍEZ-PICAZO, “los árbitros deberán reunir los requisitos de idoneidad e imparcialidad que siempre les son exigibles”¹³⁴. Discrepa GONZÁLEZ CARRASCO al entender “tampoco los requisitos para el desempeño del cargo son idénticos tras la LA 60/2003”¹³⁵. La postura más coherente parece ser la de exigir los mismos requisitos de idoneidad e imparcialidad.

C) Distinción de figuras afines.

La nota característica que distingue a los árbitros instituidos por disposición testamentaria del resto de sujetos que intervienen en posiciones similares en la sucesión es que la decisión de ninguno de estos últimos tiene fuerza ejecutiva, de suerte que ni es título ejecutivo (en el sentido del art. 517.2.2º LEC), ni produce los efectos de cosa juzgada (arts. 207 y 222 LEC). La decisión de estos sujetos, como se ha señalado, “solo posee efectos contractuales, de integración de una relación jurídica”¹³⁶. Otra diferencia relevante, en términos generales, estriba en que el régimen de motivación de las resoluciones es distinto: laxa para los albaceas y contadores partidores y estricta para los árbitros (art. 35.4 LArb)¹³⁷.

a) Albacea.

La primera figura afín que plantea problemas de compatibilidad respecto del árbitro es el albacea. Debe partirse de la consideración de que al albacea no

133 CAPILLA RONCERO, F.: “Comentario”, cit., p. 93. También SAP de Madrid, de 15 de octubre de 1991.

134 DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., en GONZÁLEZ SORIA, J. (coord.): “Comentario”, cit., p. 111.

135 GONZÁLEZ CARRASCO, C.: “Comentario”, cit., p. 232.

136 VERDERA SERVER, R.: *Partición*, cit., p. 30.

137 GONZÁLEZ CARRASCO, C.: “Comentario”, cit., p. 232.

corresponde resolver el conflicto sucesorio¹³⁸, de suerte que, aunque reduzca la conflictividad (o resuelva “situaciones de bloqueo”¹³⁹) su actuación no obstruye la vía judicial -como sí sucede, salvo muy reducidas excepciones, con los árbitros-¹⁴⁰. Ahora bien, que el albacea no sea un árbitro¹⁴¹, ni tenga entre su haz de facultades las de los árbitros¹⁴², no quiere significar que no pueda desempeñar las facultades de un árbitro, siempre que esta condición le haya sido atribuida expresamente en la disposición *mortis causa* -o, por ejemplo, en un convenio arbitral posterior-¹⁴³. Y en este sentido, las facultades de que dispone un árbitro instituido por disposición *mortis causa* no pueden identificarse con las encomendadas a estas otras figuras afines -entre las que se encuentra el albacea-, aunque sí es posible la acumulación de facultades¹⁴⁴. Del mismo modo, señala LORCA NAVARRATE que, “con arreglo al artículo 901 CC, las facultades [de arbitraje] *las podrá conferir el testador a los albaceas*”¹⁴⁵. En la misma línea señala CAPILLA RONCERO que “habiendo sido conferida la condición de árbitro al albacea, de forma clara en el testamento, ningún inconveniente hay para que ese albacea goce de facultades de árbitro”¹⁴⁶. Otros autores se oponen a tal compatibilidad, por entender que la imparcialidad del albacea está puesta en entredicho¹⁴⁷. Lo cierto es, sin embargo, que la jurisprudencia no se ha mostrado en contra de esta compatibilidad (STS 14 de noviembre de 1984). Otros autores han entendido que no es posible dar una respuesta *a priori* y con pretensiones de absolutividad a la cuestión de la compatibilidad o no. Más bien, la respuesta dependería *in concreto* de la controversia a que se refiera el

138 GOMÁ LANZÓN, I.: “El arbitraje”, cit., p. 9.

139 GOMÁ LANZÓN, I.: “El arbitraje”, cit., p. 9.

140 GOMÁ LANZÓN, I.: “El arbitraje”, cit., p. 9.

141 YAÑEZ VIVERO, M^o F.: “Arbitraje”, cit., p. 85. También lo entiende así CAPILLA RONCERO, al señalar que «(l)a facultad de interpretar decisoriamente el testamento, de que haya sido investido un albacea, no lo convierte, por ese simple hecho, en árbitro, en sentido técnico, careciendo de los efectos propios del laudo la interpretación decisoria del ejecutor testamentario» (CAPILLA RONCERO, F.: “Comentario”, cit., p. 79).

142 Respecto de la cuestión de si puede entenderse que el albacea incluye *ex lege*, entre sus funciones, las facultades arbitrales, se ha dicho que la «negativa es clara, pues esa facultad no se encuentra, ni expresa ni implícita, entre las que enumeran los arts. 902 y 903 CC; y claramente, la figura del árbitro testamentario se encuentra investida de cierta excepcionalidad en nuestro Derecho» (CAPILLA RONCERO, F.: “Comentario”, cit., p. 80).

143 Al respecto ha señalado VERDERA SERVER que se trata de «figuras independientes y que solo en caso de que el testador cumule expresamente en una persona esas funciones podrá admitirse la acumulación» (VERDERA SERVER, R.: *Partición*, cit., p. 32). Así lo entienden, para Alemania, BAUMBACH, A. (et. all.): *Zivilprozessordnung*, septuagésimo quinta edición, C.H. Beck, München, 2017, p. 2772.

En el mismo sentido, Tribunal Supremo austriaco (OGH) reconoció en sentencia de 21 de mayo de 1987 (6Ob590/87) la compatibilidad entre el cargo albacea («*Testamentsvollstrecker*») y de árbitro. Hasta la fecha (enero de 2021) el OGH no se ha pronunciado sobre la admisibilidad del arbitraje testamentario respecto de la legítima.

144 DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: “Comentario”, cit., p. 113.

145 LORCA NAVARRETE, A. M^o.: *Comentarios*, cit., p. 612.

146 CAPILLA RONCERO, F.: “Comentario”, cit., p. 79.

147 DE PRADA SOLAESA señala «que no es aceptable un rechazo *a priori*, pero me parece claramente desaconsejable la concurrencia en la misma persona de la condición de albacea o contador partidor y de árbitro testamentario (...)» (DE PRADA SOLAESA, M. d. P.: “El arbitraje”, cit., p. 535). Más contundente en el rechazo son otros como: DE PRADA GUAITA, C.: “El arbitraje testamentario”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 54, 2014, pp. 425 – 429; y GOMÁ LANZÓN, I.: “El arbitraje”, cit., p. 10.

arbitraje¹⁴⁸. De este modo, entiende Yáñez Vivero, con razón a nuestro juicio, que “no habría inconveniente en que el testador designe árbitro testamentario a un albacea o partidor con el objeto de resolver una cuestión litigiosa referente a una materia en la que previamente no haya intervenido”¹⁴⁹.

b) Contador partidor.

La polémica respecto de los albaceas se repite en cierta manera en relación con los contadores partidores. En este sentido, GOMÁ LANZÓN entiende que no pueden coincidir las figuras del árbitro con las del contador-partidor, de suerte debería cumplir sus respectivos requisitos de idoneidad¹⁵⁰. La acumulación de facultades es también una cuestión debatida. Algunos como MERINO Y CHILLÓN sostienen que no existe inconveniente en la acumulación de facultades, siempre que esta haya sido la voluntad del causante o que así lo convengan las partes en la sucesión¹⁵¹. Se plantean problemas, sin embargo, cuando la controversia que debe resolver este contador-partidor al que se ha atribuido funciones arbitrales se refiere a su propia actuación¹⁵². Cuando este sea el supuesto, debe excluirse la posibilidad de que actúe como árbitro, por cuestiones elementales de imparcialidad (art. 15.6 y 17.2 LArb, entre otros). Así lo entiende HIDALGO GARCÍA, pues “se estaría sometiendo al contador-partidor la validez de sus propias decisiones”¹⁵³, lo que como señala GARCÍA PÉREZ, supondría infringir la prohibición general del art. 670 CC¹⁵⁴. De este modo, se entiende que no haya problemas en afirmar la compatibilidad entre ambas figuras en los 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”¹⁵⁵: la imparcialidad y ajenidad a la controversia permanece incólume.

2. Relativas al derecho aplicable: ¿equidad?

La última de las cuestiones que se plantea respecto del tribunal arbitral es la del orden normativo que está llamado a aplicar. La LArb no establece ninguna especialidad al respecto, de modo que cabe entender, señala Díez-Picazo que “con carácter general son admisibles un arbitraje testamentario de derecho y un arbitraje testamentario de equidad”¹⁵⁶. De la misma opinión es CAPILLA RONCERO,

148 YAÑEZ VIVERO, M° F.: “Arbitraje”, cit., p. 88.

149 YAÑEZ VIVERO, M° F.: “Arbitraje”, cit., p. 89.

150 GOMÁ LANZÓN, I.: “El arbitraje”, cit., p. 12.

151 MERINO MERCHÁN, J. F. y CHILLÓN MEDINA, J. M°: *Tratado*, cit., p. 460.

152 DE PRADA SOLAESA, M. d. P.: “El arbitraje”, cit., p. 526. La misma solución se puede sostener con el derecho alemán a la vista, como recuerda GLEIM, J.: *Letzwillige*, cit., p. 252, nota 34.

153 HIDALGO GARCÍA, S.: “Arbitraje”, cit., p. 208.

154 GARCÍA PÉREZ, C.: *El arbitraje*, cit., p. 255.

155 GOMÁ LANZÓN, I.: “El arbitraje”, cit., p. 11.

156 Díez-Picazo y Ponce de León L.: “Comentario”, cit., p. 113.

aunque añadiendo -a nuestro juicio discutiblemente- que “ante el silencio sobre ese extremo, prevalecerá la consideración de que es de equidad (...)”¹⁵⁷. Otras como González Carrasco exigen autorización expresa a los árbitros para poder decidir en equidad, de suerte que cuando no exista disposición expresa al respecto, “el arbitraje será de derecho, con la consiguiente exigencia de que los árbitros sean abogados en ejercicio (art. 15.I LA)”¹⁵⁸. Esta parece ser la tesis más acertada, pues la especialidad de la materia sucesoria no justifica una exclusión de la regla general del art. 15.I LArb. Más allá de eso, que el árbitro pueda decidir en equidad no significa que pueda alejarse de lo dispuesto en el testamento, de suerte que siempre “estará sujeto a lo declarado en el testamento y su interpretación deberá ajustarse a lo dispuesto imperativamente en el art. 675 CC”¹⁵⁹.

IX. CONCLUSIONES.

1. En primer lugar, el arbitraje instituido por disposición *mortis causa* es una institución ajena al derecho histórico español. Su origen puede verse, como se ha señalado anteriormente, en el derecho procesal alemán de finales del siglo XIX. Su ajenidad a nuestra tradición puede ser una de las razones, sumada a otras que señalaremos ahora, que expliquen el poco arraigo que presenta en la praxis jurídica.

2. En segundo término, la redacción del precepto plantea algunos inconvenientes. En este sentido, se ha sostenido que sería más conveniente que el precepto no hiciera ninguna referencia a “administración y distribución” y que fuera de aplicación tan solo la norma general establecida en el art. 2 LArb, para evitar posibles anulaciones posteriores porque los árbitros hayan decidido *ultra vires*¹⁶⁰. En la misma línea, parece adecuado ampliar el ámbito objetivo de aplicación de la norma, extendiéndola a los herederos forzosos, pues si el arbitraje es un “equivalente jurisdiccional”¹⁶¹, no se entiende la exclusión de esta materia (exclusión también presente, todo sea dicho, en otros ordenamientos vecinos). Además, sería aconsejable una modificación en el art. 10 LArb que se aclarase los problemas de compatibilidad de las funciones del árbitro y de las otras figuras afines de que nos hemos ocupado anteriormente. En la misma línea, y en reconocimiento de las especialidades forales que existen, sería recomendable la sustitución del término “testamentario” por cualquiera más amplia, que asumiera las distintas tradiciones jurídicas de nuestro país, por ejemplo, por ejemplo, la más general que proponemos *infra*. En definitiva, el precepto podría quedar redactado de la

157 CAPILLA RONCERO, F.: “Comentario”, cit., p. 92.

158 GONZÁLEZ CARRASCO, C.: “Comentario”, cit., p. 32.

159 GARCÍA PÉREZ, C.: *Arbitraje*, cit., p. 458.

160 DE PRADA SOLAESA, M. d. P.: “El arbitraje”, cit., p. 532.

161 SSTC 15/1989 (26 de enero) y 288/1993 (4 de octubre), entre otras.

siguiente manera: “Artículo 10. Arbitraje instituido por disposición *mortis causa*. 1. El arbitraje podrá nacer de una disposición *mortis causa*. 2. Podrán someterse a arbitraje instituido por disposición *mortis causa* todas las controversias que se susciten entre herederos y legatarios por cuestiones relativas a la sucesión. 3. El albacea, el contador–partidor y otras figuras análogas podrán desempeñar las funciones de árbitro, siempre que el causante, los herederos o los legatarios lo hayan previsto de manera expresa y que se cumplan los requisitos de idoneidad e imparcialidad que exige esta Ley”.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M.: "El arbitraje testamentario", *Actualidad Civil*, núm. 1, 1990.

BEHME, C.: *Mediations- und Schlichtungsklauseln in letztwilligen Verfügungen*, núm. 76, 2021.

BOECKEN, W.: *BGB -Allgemeiner Teil*, Kohlhammer, tercera edición, Stuttgart, 2019.

CALATAYUD SIERRA, A.: "El arbitraje testamentario desde el derecho aragonés", *Revista de derecho civil aragonés*, núm. 18, 2012.

CALVO CORBELLA, J. C.: "El arbitraje como cuestión de Estado", *Revista especializada La LEY mediación y arbitraje*, núm. 3, 2020.

CAPILLA RONCERO, F.: "Comentario al art. 10" en AA. VV.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (dir. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Tecnos, 1991, Madrid.

CASTÁN, J.: *Derecho civil español común y foral*, Tomo III, sexta edición revisada, Instituto Editorial Reus, 1944.

CHAMOCHO CANTUDO, M. A.:

- *Los fueros de los reinos de Andalucía: de Fernando III a los Reyes Católicos*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017.
- *Los fueros del Reino de Toledo y Castilla la Nueva*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017.

CUCARELLA GALIANA, L. A.:

- *Derecho a la igualdad, prohibición de discriminación y jurisdicción*, LA LEY, Wolter Kluwers, Madrid, 2019.
- "Impacto normativo del Real Decreto 5/2012, 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil", *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 27, 2012.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.

DE PRADA GUAITA, C.: "El arbitraje testamentario", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 54, 2014.

DE PRADA SOLAESA, M. d. P.: "El arbitraje testamentario" en AA.VV.: *Estudios de derecho privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez* (dir. por PÉREZ-BUSTAMANTE DE MONASTERIO), Dykinson, Madrid, 2013.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: "Comentario al art. 10", en AA. VV.: *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 22 de diciembre* (coord. por GONZÁLEZ SORIA, J.), Aranzadi, Madrid, 2004.

D' ORS, A.: *El Código de Eurico*, segunda edición, Colección Leyes Históricas de España, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2014.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: *La deuda histórica del arbitraje moderno*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación Madrid, 2014.

GARCÍA PÉREZ, C.: *El arbitraje testamentario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

GLEIM, J.: *Letzwillige Schiedsverfügungen*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübinga, 2020.

GOMÁ LANZÓN, I.: "El arbitraje en el derecho sucesorio. El arbitraje testamentario", *El Notario del Siglo XII*, núm. 50º, 2013.

GONZÁLEZ CARRASCO, C.: "Comentario al art. 10", en AA. VV.: *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje* (dir. por GARBERÍ LLOBREGAT, J.), Bosch, Barcelona, 2004.

HAHNKAMPER, W.: "Letzwillig angeordnete Schiedsgerichte", *Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 9, 2017.

HARDER, F.: *Das Schiedsverfahren im Erbrecht*, C.H. Beck, Múnich, 2007.

HERNÁNDEZ BUIEL, J.: "Comentario al art. 10" en AA. VV.: *Comentarios a la Nueva Ley de arbitraje* (dir. por HINOJOSA SEGOVIA, R.), Grupo Difusión, Barcelona, 2004.

HIDALGO GARCÍA, S.: "Arbitraje testamentario" en AA.VV.: *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje* (coord. por GUILARTE, V.), Lex Nova, Valladolid, 2004.

LEHNE-GSTREINTHALER, C.: "Schiedsgerichtsbarkeit und außergerichtliche Konfliktbereinigung im klassischen römischen Recht" en AA. VV. *Außergerichtliche Konfliktlösung in der Antike* (dir. por PFEIFER, G., Y GROTKAMP, N.), Max Planck Institute for European Legal History, 2017.

LÓPEZ RICHART, J.: *El contrato en favor de tercero*, Tesis doctoral, Universidad de Alicante, Alicante, 2001.

LORCA NAVARRETE, A. M^o: *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre*, Editorial de la Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, San Sebastián, 2004.

MERINO MERCHÁN, J. F. y CHILLÓN MEDINA, J. M^o: *Tratado de Derecho arbitral*, Civitas, Madrid, 2014.

O' CALLAGHAN MUÑOZ, X.: "El arbitraje en Derecho sucesorio", *La Notaria*, núm. 47-48, 2007.

OGÁYAR Y AYLLÓN, T.: "Originación contractual y testamentaria del arbitraje", *Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 41, 1955.

PÉREZ MARTÍN, A.: *Fuentes romanas en las Partidas*, Glossae: Revista de Historia del Derecho Europeo, núm. 4, 1992.

PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, L.: "Una nueva regulación del arbitraje", *Revista de Derecho Privado*, 1954.

RAMIS BARCELÓ, R.: *El libro de los juicios* (Liber Iudiciorum), estudio preliminar de Rafael Ramis Barceló, traducción y notas de Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.

ROGEL VIDE, C.: "Comentario al art. 10", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (coord. por DÍAZ-BASTIEN, E., Díaz-Bastien & Truan Abogados, Madrid, 2007.

VERDERA TUELLS, E.: *La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, entre la tradición y la innovación*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2005.

VERDERA SERVER, R.:

- "Comentario al art. 10" en AA. VV.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (coord. por BARONA VILAR, S.), Civitas, Madrid, 2004.
- *Partición de la herencia y arbitraje*, Bosch, Barcelona, 2017.

YÁÑEZ VIVERO, M^a. F.: "Arbitraje y derecho de sucesiones: el arbitraje testamentario" en AA.VV.: *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho* (dir. por COLLANTES GONZÁLEZ, J.L.), vol. 4. Palestra Editores, Lima, 2007.

ZIEGLER, K.-H.: "Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht", *Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte*, vol. 58, 1971.