

EL ARBITRAJE TESTAMENTARIO DESDE EL DERECHO ARAGONÉS¹

Adolfo CALATAYUD SIERRA

Notario

RESUMEN

Consideraciones sobre la justificación del arbitraje testamentario y la forma en que debe interpretarse su escasa y deficiente regulación, así como las limitaciones que ésta establece, con especial referencia al Derecho sucesorio aragonés.

Se parte de la idea de que la justificación de que se permita al testador instituir el arbitraje para las controversias que surjan sobre su herencia es la misma que fundamenta la posibilidad de disponer por causa de muerte. El artículo 10 de la Ley del Arbitraje lo que hace es dar al testador una herramienta más para poder ordenar su sucesión, que no debe ser considerada excepcional ni ser objeto de interpretación restrictiva; por ello mismo, los límites con que se autoriza a instituir el arbitraje testamentario tienen carácter sucesorio sustantivo.

En cuanto a Aragón, su Derecho sucesorio tiene repercusiones importantes en el régimen del arbitraje testamentario. En cuanto a los mecanismos de su establecimiento: no sólo el testamento unipersonal, sino también el testamento mancomunado, el pacto sucesorio y, habiendo fiducia sucesoria, el documento a través del cual el fiduciario ordena la sucesión del comitente. Por otra parte, la limitación que establece el artículo 10 de la Ley de Arbitraje, al circunscribir este arbitraje a la solución de «*diferencias entre herederos no forzosos o legatarios*», debe ser interpretada a la luz del Derecho sustantivo sobre legítimas de Aragón, por lo que dicha limitación no se aplica cuando los únicos favorecidos por el testador son descendientes; y el tratamiento de la contravención de la limitación, cuando exista, tendrá el propio de la lesión en la intangibilidad cualitativa de la legítima,

¹ Ponencia presentada en el Curso para la formación en arbitraje civil y mercantil celebrado los días 16 y 17 de abril de 2012, organizado por la Corte Aragonesa de Arbitraje y Mediación.

como un gravamen establecido sobre ella, con el consiguiente derecho de los legitimarios, y sólo ellos, a tener el gravamen por no puesto y con la posibilidad de que el testador establezca una opción compensatoria de legítima que penalice a los legitimarios que se opongan al arbitraje instituido.

Palabras clave: Arbitraje, arbitraje sucesorio, arbitraje testamentario, legítima, gravámenes sobre la legítima.

ABSTRACT

Considerations regarding the justification of probate arbitration and the way in which the scarce and deficient regulation must be interpreted, as well as the limitations that it establishes, with special reference to Aragón succession Law.

The main idea is that the justification that allows testators to establish arbitration for controversies that arise from their wills is the same as the one that is based on the possibility of disposal of property upon death. Article 10 of the Arbitration Law gives testators an additional tool to arrange the succession of their estate, which must not be considered as an exception or the object of restrictive interpretation. For this reason, the limits that allow probate arbitration have a substantive succession character.

With regards to Aragón, its succession Law has important repercussions on probate arbitration. Regarding its establishment mechanisms: not only in the unipersonal will, but also in the joint will, agreement as to succession and, where there are trusts, the document by which the trustee arranges the testator's succession. On the other hand, the limitation that article 10 of the Arbitration law establishes, by circumscribing this kind of arbitration to the solution of «*differences between non compulsory heirs or beneficiaries*», *it must be interpreted in the light of substantive Law of Aragón regarding the legitimate portion of the estate, so that the limitation is not applied when the only people favoured in the will by the testator are descendants. The contravention of the limitation, should it exist, will be treated as if it were a lesion of the qualitative intangibility of the legitimate portion of the estate, as if it were an encumbrance established over it. Therefore only the legal heirs, can take this encumbrance not to exist with the possibility that the testator establishes a compensatory measure in the legitimate portion of the estate which penalises the legal heirs who oppose arbitration established in the will.*

Palabras clave: Arbitration, succession arbitration, probate arbitration, legitimate portion of the estate, encumbrances on the legitimate portion of the estate.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. DELIMITACIÓN DE LA MATERIA. 1. ARBITRAJE SU-CESORIO Y ARBITRAJE TESTAMENTARIO. 2. DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS SUCESORIAS.

III. JUSTIFICACIÓN. IV. RÉGIMEN JURÍDICO DEL ARBITRAJE TESTAMENTARIO. 1. ACTOS JURÍDICOS QUE PUEDEN INSTITUIR EL ARBITRAJE TESTAMENTARIO. 2. LIMITACIÓN DEL ARBITRAJE TESTAMENTARIO A LAS DIFERENCIAS ENTRE HEREDEROS NO FORZOSOS O LEGATARIOS. 3. MATERIAS SOBRE LAS QUE PUEDE VERSAR EL ARBITRAJE TESTAMENTARIO. 4. ARBITRAJE DE DERECHO Y DE EQUIDAD. V. CONCLUSIONES. VI. FORMULARIOS.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de esta intervención lo constituye el arbitraje testamentario, cuya regulación básica se encuentra en el artículo 10 de la Ley 60/2003, de Arbitraje, que dispone:

«Artículo 10. Arbitraje testamentario.

También 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.»

Se trata de un precepto que tiene su origen en la Ley de Arbitraje Privado de 1953, desde la que ha acabado llegando, con sólo algunas variaciones, a la vigente, pero que ya tenía antecedentes en la práctica y un apoyo en la jurisprudencia anterior (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 y 25 de septiembre de 1902 y 28 de marzo de 1944 y Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1876, 28 de noviembre de 1908, 20 de marzo de 1918 y 24 de junio de 1940).

A desentrañar el significado del citado artículo y cómo puede articularse, conforme al mismo, este tipo de arbitraje, materia nada sencilla, y dentro de los límites temporales que han sido fijados, va dirigida esta ponencia. Agotar la materia escapa de mis posibilidades, pero sí que se pretende abordar las principales cuestiones que están involucradas en el arbitraje testamentario.

Prueba de la dificultad de la materia es la escasa presencia de cláusulas testamentarias dirigidas a establecer este arbitraje, lo cual, sin duda, es debido en buena medida a los obstáculos que plantea la interpretación de la regulación legal, que ha dado lugar a gran diversidad de criterios entre los autores que la han estudiado, con la consiguiente inseguridad que ello produce.

Esta intervención constituye un intento de despejar los principales de esos obstáculos. Y, a la vez, integrar el indicado precepto en el régimen sucesorio aragonés, tan distinto al del Código Civil, que es en el que se inspira el artículo 10 de la Ley de Arbitraje objeto de nuestro estudio. Porque resulta evidente que un precepto de naturaleza procesal, adjetivo, como éste, debe ser interpretado para que se adapte a la normativa sustantiva sobre la que se va a aplicar. En este sentido, esta ponencia bien podría haber llevado el título *«El arbitraje testamentario desde el Derecho aragonés»*.

Quiero dejar claro que en el desarrollo de esta ponencia voy a partir de un principio favorable al arbitraje testamentario, primero porque creo que constituye una manifestación de la libertad de disposición por causa de muerte, que entiendo que debe ser promovida, como expresión del principio de libertad civil del individuo, que es uno de los principales que inspiran todo el Derecho aragonés. Y, en segundo término, porque creo que debe facilitarse la utilización del arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos y esta afirmación es especialmente indicada para una materia como el reparto de la herencia, que tantos conflictos familiares genera; la sumisión de este tipo de controversias a arbitraje quizá podría reducir la crispación asociada a estos litigios, por la mayor rapidez y menor formalismo de éste.

Este punto de partida me induce a interpretar la regulación legal del modo más favorable a la validez de la disposición del testador y a la efectividad del arbitraje. Quien prefiera limitar la libertad de disposición por causa de muerte o vea con disfavor el arbitraje a lo mejor parte de planteamientos de base opuestos que le llevan a conclusiones distintas.

II. DELIMITACIÓN DE LA MATERIA

1. ARBITRAJE SUCESORIO Y ARBITRAJE TESTAMENTARIO

El arbitraje testamentario es una modalidad del arbitraje sucesorio, es decir, del que versa sobre cuestiones de Derecho sucesorio, sobre controversias relativas a la atribución y reparto de una herencia entre las personas llamadas a la misma.

El arbitraje sucesorio puede establecerse de dos formas distintas:

a) *Por convenio arbitral*, es decir, mediante acuerdo entre los propios sucesores que van a ser parte en el procedimiento arbitral, dirigido a resolver una controversia surgida entre ellos derivada de una herencia a la que están llamados. Este arbitraje podríamos denominarlo «normal», porque nacería de un convenio arbitral entre quienes van a ser parte en el litigio.

Sobre este convenio, destacar que la doctrina mayoritaria está de acuerdo en que es válido el convenio arbitral entre los herederos futuros, es decir, sobre una herencia no causada todavía porque la persona a la que se refiere aún vive, y que tal convenio no constituye un pacto sucesorio sobre herencia de tercero, sino sólo una previsión destinada a establecer el procedimiento a través del cual debería resolverse una hipotética controversia que pudiera surgir por esa herencia. Recordemos, a estos efectos, que el Derecho aragonés, que admite con amplitud los pactos sucesorios, sin embargo prohíbe el pacto sobre la herencia de tercero (art. 377 del Código del Derecho Foral de Aragón); pues bien, semejante pacto no contravendría esa prohibición, por las razones expresadas.

Por otra parte, aunque el testador puede imponer el arbitraje a sus sucesores, como vamos a ver (de eso trata esta ponencia), entiendo que lo que no puede es prohibirles que sometan sus controversias sobre la herencia a arbitraje, es decir imponerles acudir para ello a los órganos judiciales. Una cláusula testamentaria que impusiera esta prohibición no sería válida, por limitar indebidamente el derecho de sus sucesores a resolver sus litigios por el procedimiento arbitral, para lo cual el testador no tiene autorización legal.

Por lo demás, este arbitraje plantea, las mismas cuestiones que las generales de todo arbitraje.

b) *Mediante disposición testamentaria*, es decir por voluntad del testador, que instituye el arbitraje para que sus sucesores resuelvan las diferencias que puedan surgir entre ellos relativas a la herencia. Éste es el arbitraje testamentario, el que regula el artículo 10 de la Ley de Arbitraje, del que nos vamos a ocupar.

Así pues, lo específico del arbitraje testamentario es la ausencia de convenio arbitral entre quienes van a ser parte en el procedimiento arbitral, a los que se impone la sumisión al arbitraje por la voluntad del testador. Es el origen del arbitraje su especialidad; en este sentido, guarda similitud con el llamado arbitraje estatutario, el establecido en los Estatutos de las sociedades para dirimir los conflictos que se susciten en su ámbito, en el que también se obliga a someterse a él a quienes no han sido parte en el contrato social. Por ello, la Ley regula estos dos tipos de arbitraje dentro del Título II relativo al convenio arbitral, Título que, con mayor precisión, podría denominarse algo así como *De la sumisión al arbitraje y sus efectos*, puesto que esa sumisión puede tener su origen en el convenio arbitral, pero también en el testamento y en los estatutos societarios.

2. DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS SUCESORIAS

Para acabar de delimitar la materia objeto de nuestro estudio, hay que distinguir al árbitro de otras figuras que el testador puede designar en su testamento para que intervengan en la efectividad de su sucesión. Lo esencial que distingue al árbitro de esas figuras es que su función consiste en resolver controversias, con el valor propio del laudo, es decir, con los efectos de la cosa juzgada, sin más recursos contra él que la acción de anulación y el recurso de revisión (art. 43 de la Ley de Arbitraje), laudo que será dictado después de haberse seguido el correspondiente procedimiento arbitral.

En concreto, no son árbitros:

a) El *fiduciario* designado por el testador para ordenar su sucesión, figura que en Aragón está ampliamente admitida (arts. 439 y siguientes del CDFA) y de gran utilización práctica. La función del fiduciario es ordenar la herencia de quien le designa, del mismo modo que podría haberlo hecho él mismo, utilizando los instrumentos establecidos al efecto. En su actuación no hay ni procedimiento arbitral, ni cosa juzgada, por lo que podrá ser impugnada ante la jurisdicción ordinaria o ante el árbitro si se ha instituido el arbitraje.

b) El *albacea* que haya designado el testador, que, aunque no regulado en Aragón, no hay duda de que puede ser nombrado por aplicación supletoria de los artículos 892 y siguientes del Código Civil. El albacea es un ejecutor sucesorio, una persona nombrada por el testador con el encargo de hacer cumplir su voluntad o algún aspecto de la misma, en quien tampoco se dan las características del árbitro.

c) El *administrador* de los bienes hereditarios que puede designar el testador, entre otros casos, en los de herencia yacente (art. 324.2 y 449.2 CDFR) o en los bienes atribuidos a menores o incapaces (art. 107 CDFR) o, incluso, a personas plenamente capaces.

d) El denominado *arbitrador*, es decir, la persona a la que todos los partícipes en la sucesión encargan de común acuerdo la realización de la partición, que se regula en el artículo 402 del Código Civil, en sede de comunidad ordinaria, pero aplicable también a la partición hereditaria, cuya regulación también es aplicable en Aragón por vía supletoria. A pesar de que el citado artículo le llame «*árbitro*», la doctrina prefiere denominarlo «*arbitrador*» o amigable componedor –expresión ésta que también usa el Código Civil–, para distinguirlo del árbitro propiamente dicho, puesto que su función no es resolver sobre controversias concretas, ni emitir laudos tras un procedimiento contradictorio, sino efectuar la partición por encargo de los interesados.

e) El *contador partidor*, es decir la persona a la que el testador encarga la facultad de hacer la partición (art. 1.057, párrafo primero, del Código Civil, también aplicable en Aragón por supletoriedad). La partición que realice no tendrá el valor de laudo arbitral.

Lo mismo puede decirse del contador partidor dativo (art. 1.057, párrafo segundo), es decir el que, no habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50% del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, nombre el Juez por las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece para la designación de peritos; en este caso, la partición realizada requiere aprobación judicial, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios. Este contador partidor tampoco es un árbitro y la partición realizada por él, aun habiendo sido aprobada por el Juez, no tendrá efectos de cosa juzgada y podrá ser objeto de impugnación.

Por el contrario, la partición de la herencia podrá ser calificada de arbitral cuando se lleve a cabo por un verdadero árbitro y mediante un laudo dictado tras un auténtico procedimiento arbitral, de forma similar a como sería una partición judicial.

La doctrina que ha estudiado el arbitraje testamentario se ha planteado si es posible que el testador designe árbitro a la misma persona a la que ha encargado la ejecución de su herencia o su partición, es decir, a quien haya nombrado albacea o contador partidor. El criterio mayoritario es el que admite esa posibilidad, incluso aunque la controversia sometida a arbitraje sea la actuación misma del albacea o del contador partidor (entre otros, véase Manuel ALBALADEJO GARCÍA,

en *El albaceazgo en el Derecho español*, 1969, p. 292). Se defiende que en ese caso la voluntad del testador es que la persona de su confianza resuelva los temas relativos a su sucesión, tanto si surge litigio entre los sucesores como si no lo hay. Que el árbitro tenga que reconsiderar su propio criterio que mantuvo cuando actuó como albacea o contador partidador no presupone su parcialidad; tendrá que decidir en el laudo, tras seguirse el procedimiento arbitral con las diversas alegaciones de las partes y práctica de pruebas. Será similar a algo tan frecuente como un recurso de reposición.

Sólo se exceptuaría el caso de que el mismo albacea o contador partidador se hallara involucrado en la *litis*.

En cualquier caso, el mero hecho de que el testador nombre a un albacea o contador partidador no lo convierte en árbitro y viceversa. Como hemos dicho, son figuras completamente distintas y su nombramiento como uno u otro debe ser establecido expresamente por el testador.

III. JUSTIFICACIÓN

Parece oportuno realizar algunas reflexiones sobre la justificación misma del arbitraje testamentario, las causas en que se basa su misma existencia, porque de ello dependerá el criterio que debe mantenerse para interpretar la figura.

Pues bien, en mi opinión, la razón que justifica la existencia del arbitraje testamentario es la misma que fundamenta la posibilidad de disponer por causa de muerte. El legislador ha considerado oportuno permitir que una persona pueda disponer de su patrimonio para después de su muerte utilizando los procedimientos que habilita al efecto y ello lo puede hacer estableciendo una serie de limitaciones o modalidades para sus sucesores y dentro de ellas se encuentra la de someter a arbitraje las disputas que surjan entre ellos por razón de la herencia. Es decir, se trata de una más de las múltiples herramientas con que el legislador dota al testador para organizar su sucesión. Igual que el testador puede designar albaceas, contadores-partidores o administradores de la herencia y disponer otras muchas medidas para su sucesión por causa de muerte, también puede someter a arbitraje las controversias que surjan entre sus sucesores.

Sin embargo, existe una tendencia en algunos autores a considerar que nos encontramos ante un arbitraje excepcional, que tiene una especie de pecado original, consistente en que determinadas personas se ven sometidas al arbitraje dispuesto por otra, el testador. Y de esa excepcionalidad se ha querido extraer como consecuencia que debe ser objeto de interpretación restrictiva.

Es un criterio que no debe aceptarse. Como se ha indicado, estamos en el ámbito de las facultades que el legislador concede a las personas para organizar su sucesión por causa de muerte y esto es algo que entra dentro de la normalidad. Por ello, creo que no sólo no procede una interpretación restrictiva, sino que el

criterio más acertado será el dirigido a facilitar su aplicación, sobre la base del principio general de respeto a la voluntad del testador y el de conservación de la validez del testamento (*favor testamenti*).

Por otra parte, así entendida la posibilidad de instituir arbitraje testamentario, cabe considerar que estamos ante una materia con fuerte contenido de Derecho sustantivo sucesorio, lo que lleva consigo que la determinación de los supuestos en que procede entrará dentro del ámbito de las competencias de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio para conservarlo, modificarlo y desarrollarlo. Es decir, la Ley de Arbitraje contiene la habilitación general para el arbitraje testamentario y, en todo caso, el procedimiento arbitral deberá regirse por ella, pero las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, al regular el Derecho sucesorio sustantivo, podrán determinar el alcance con el que quien dispone de su sucesión puede instituir el arbitraje testamentario. Téngase en cuenta que, como vamos a ver, la principal dificultad de este arbitraje se encuentra en la limitación que se establece por razón de legítimas y que la regulación de éstas forma parte del Derecho civil y su competencia corresponde a quien tenga la de éste. En el caso de Aragón, a la Cortes de Aragón. Hasta ahora ninguna Comunidad Autónoma con Derecho civil propio ha legislado sobre la facultad de establecer arbitraje testamentario, pero creo que podría hacerse y, a lo mejor, resulta oportuno para evitar los problemas interpretativos que hoy suscita la regulación de la Ley de Arbitraje y los casos en que es posible establecerlo.

IV. RÉGIMEN JURÍDICO DEL ARBITRAJE TESTAMENTARIO

Vamos a examinar, a continuación, los requisitos que precisa el arbitraje testamentario para poder ser establecido y los límites legales que se le imponen, que son mayores que los que rigen en el arbitraje que se instituye mediante convenio. Como veremos, no es materia sencilla, pese a lo breve del precepto que estamos analizando. A estos efectos, como ya adelantábamos, habrá que tener en cuenta la legislación sucesoria sustantiva, para poder interpretar correctamente cómo se aplican esos límites. Me centraré en la forma en que incide la normativa sobre Derecho de Sucesiones en Aragón.

1. ACTOS JURÍDICOS QUE PUEDEN INSTITUIR EL ARBITRAJE TESTAMENTARIO

Nos dice el artículo 10 que este arbitraje es el establecido «*por disposición testamentaria*». Como vemos, el único vehículo documental que se contempla es el testamento.

No cabe duda de que cualquier clase de testamento válido es hábil para instituir el arbitraje. La cuestión que se plantea es si resulta posible utilizar otros vehículos documentales. Indefectiblemente, en el ámbito del Código Civil, que es donde exclusivamente se fija la Ley de Arbitraje (como si no hubiera más De-

recho sucesorio en España que el de dicho cuerpo legal), no hay más posibilidad que la del testamento sobre la propia herencia del testador, porque no existen otros medios de disposición por causa de muerte.

Ahora bien, en Aragón sí que hay otros vehículos de disposición *mortis causa* y, desde luego, nada debe impedir que puedan ser utilizados para instituir el arbitraje, porque sustantivamente pueden contener cualquier disposición por causa de muerte. Es decir, en la «*disposición testamentaria*» del artículo 10 de la Ley del Arbitraje cabe cualquier procedimiento hábil, conforme a la ley personal del otorgante, para disponer de su sucesión.

En concreto, en Aragón podrá instituirse arbitraje testamentario también por los siguientes cauces formales que no permite el Código Civil a quienes están sujetos a él:

a) El *testamento mancomunado*, testamento también al fin y al cabo, pero en el que, a diferencia de lo que sucede en el testamento unipersonal, único permitido en el ámbito del Código Civil, será posible atribuir a la institución del arbitraje el carácter de cláusula correspectiva, con los efectos que de ello se derivan para los casos de ineficacia y revocación (arts. 420 y siguientes CDFA).

b) Los *pactos sucesorios*, es decir los que sobre la propia sucesión se convengan en escritura pública, así como los que en relación con dicha sucesión otorguen otras personas en el mismo acto (art. 377 CDFA). Constituye otra forma de disposición por causa de muerte, distinta del testamento, no permitida en el Código Civil pero con larga tradición en Aragón. En los pactos sucesorios es también posible instituir arbitraje, porque su contenido puede ser el mismo que el del testamento.

La tipología de pactos sucesorios que permite el Derecho aragonés nos da pie a realizar alguna consideración sobre la eficacia de la sumisión arbitral realizada en ellos.

Cuando el pacto se celebre entre el disponente y sus sucesores (institución a favor de contratante), nos encontraremos con que en el mismo acto se reúnen el arbitraje testamentario, puesto que el instituyente lo ordena, y el convenio arbitral, porque intervienen los sucesores que lo pactan. En consecuencia, en estos casos no serán de aplicación las limitaciones específicas que afectan al arbitraje testamentario.

En cambio, cuando en el pacto sucesorio se instituye a un tercero, es decir, a persona distinta de los propios contratantes (pacto a favor de tercero), sí que estaremos ante un arbitraje testamentario propiamente dicho, de forma similar a lo que sucede en el testamento mancomunado.

c) Por *ejecución de la fiducia sucesoria*. En Aragón no sólo no se encuentra prohibida (como en el art. 670 del Código Civil) la delegación de la facultad de disponer por causa de muerte, sino que la fiducia sucesoria, que es el instrumento que permite hacer esa delegación, es de utilización habitual en los testamentos. Pues bien, cuando el fiduciario vaya a ejecutar la fiducia sucesoria, salvo disposición en contra del comitente, puede ordenar la sucesión de éste con la

misma libertad con que podría hacerlo él. Por tanto, el fiduciario podrá instituir arbitraje testamentario en la sucesión del comitente, de la misma forma que éste habría podido hacerlo.

Además, el fiduciario podrá instituir el arbitraje a través de cualquiera de los procedimientos por los que puede ejecutar la fiducia. Si es el cónyuge viudo, tanto en testamento como en escritura pública entre vivos; si no es cónyuge, sólo por este último procedimiento (art. 456 CDFA). Puede parecer chocante que se establezca un arbitraje *testamentario* en una escritura pública entre vivos, pero, como decíamos antes, en este punto por *disposición testamentaria* debe entenderse cualquier procedimiento hábil para disponer por causa de muerte y la ejecución de la fiducia lo es.

2. LIMITACIÓN DEL ARBITRAJE TESTAMENTARIO A LAS DIFERENCIAS ENTRE HEREDEROS NO FORZOSOS O LEGATARIOS

El artículo 10 de la Ley de Arbitraje limita este tipo de arbitraje a la solución de diferencias «entre herederos no forzosos o legatarios». La interpretación de esta limitación constituye quizá la cuestión más controvertida de todo el arbitraje testamentario y, según cómo se entienda, deja a éste un ámbito muy reducido, puesto que el número de herencias en las que no intervienen legitimarios es muy inferior al de aquellas en que sí que intervienen, con lo que la posibilidad de instituir arbitraje testamentario con una interpretación extensiva de esta limitación sería muy escasa.

Parece que el legislador considera que, en la medida en que el testador no puede establecer disposiciones que contravengan la legítima de los parientes que tienen derecho a ella, tampoco puede instituir un arbitraje que pueda afectarle, porque podría utilizarse como una vía indirecta para vulnerar la legítima. Como sucede con otras normas, el legislador establece una sobreprotección para la legítima, presumiendo una especie de intención fraudulenta en cualquier disposición del testador que pueda afectarle.

Se trata de una limitación muy discutible y un importante sector doctrinal aboga por su supresión (entre otros autores, véase Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, a la sazón Magistrado del Tribunal Supremo, en «El arbitraje en Derecho sucesorio», revista *La Notaría*, número 47-48, especial *Derecho Privado y Arbitraje*, noviembre y diciembre de 2007). La defensa de los derechos de los legitimarios supuestamente vulnerados tendría su cauce en el recurso de anulación que podrían interponer contra el laudo que no respetara la legítima sobre la base de considerar que, en tal caso, estamos ante un laudo contrario al orden público (conforme al art. 41.1.f) de la Ley de Arbitraje) (así, Elías CAMPO VILLEGAS, en «La partición hereditaria arbitral», para *La partición de la herencia*, Madrid, 2006, pp. 260-261).

Lo que no podría defenderse, pese a lo que entiende algún autor, es que, al aceptar la herencia, el sucesor acepta también la institución del arbitraje, lo que le impediría alegar la limitación, porque la aceptación de la herencia por parte

del legitimario, aunque sea pura y simple, no conlleva aceptación de los gravámenes y limitaciones contra-ley que el testador le haya impuesto.

Mientras tengamos la norma ahí, no es posible dejar de aplicarla. Por ello, lo que procede es examinarla con atención, tener en cuenta la regulación en materia de legítimas sobre la que se aplica y, conforme a la finalidad perseguida por el legislador, encontrarle el sentido más lógico.

A estos efectos, hay que partir de la indudable relación que esta limitación guarda con la general del artículo 2.1 de la Ley de Arbitraje sobre las cuestiones que son susceptibles de arbitraje, que lo circunscribe a las «*controversias sobre las materias de libre disposición conforme a derecho*». Es decir, vendría a ser una aplicación particular de esa norma general, derivada de que, como regla de principio, la legítima es materia que no se encuentra sujeta a la libre disposición del testador. Lo que sucede es que esta afirmación no puede hacerse de un modo tan rotundo, porque las diversas regulaciones sobre legítima sí que dan al testador un cierto margen de maniobra, en algunos casos muy amplio; en la medida en que estemos dentro del margen en que el testador puede moverse, la materia sí que será de libre disposición conforme a derecho y, por ello, será arbitrable.

Así pues, para comprender el alcance concreto de la limitación de que estamos tratando resulta esencial el régimen de la legítima que rige en la sucesión de que se trate. Si el testador tiene libre disposición sobre la legítima, no habrá obstáculo legal para el arbitraje testamentario. Como se dijo antes, el objetivo de esta ponencia es tomar como objeto de referencia el Derecho aragonés y a ello me voy a dedicar.

Pues bien, las consideraciones que entiendo que deben hacerse sobre esta materia y referidas, en particular, al Derecho sucesorio aragonés, son las siguientes:

a) Para empezar, hay que poner de manifiesto, como hace toda la doctrina que ha estudiado esta norma, la imprecisión del texto del artículo 10, porque la expresión *herederos forzosos*, si bien es la que utiliza el Código Civil para denominar a aquellos parientes que tienen derecho a la legítima, es incorrecta, ya que la legítima, incluso en el ámbito del Código Civil, puede dejarse por cualquier título lucrativo, sin que sea necesario que esos parientes la reciban en concepto de herederos; la forma correcta de llamar a esos parientes es «*legitimarios*», que es la que utiliza el CDFA, como otros Derechos civiles españoles. Además, y por la misma razón, la expresión *legatarios* es improcedente, porque la legítima puede atribuirse por cualquier título lucrativo (art. 487.1 CDFA) y son imputables a la legítima todas las liberalidades recibidas del causante por cualquiera de los legitimarios (art. 490 CDFA), también las que se hagan por medio de legado. De modo que hay que empezar por hacer una primera interpretación correctiva de la norma: las diferencias arbitrables son las que surjan entre *no legitimarios*.

Pero, en realidad, todavía hay que matizar esta corrección. Y, es que el artículo 10 de la Ley de Arbitraje que estamos analizando da a esta limitación un alcance aparentemente subjetivo, en razón de las personas que serían parte en el procedimiento arbitral, siendo que, en realidad, el sentido lógico de esta limitación es de naturaleza objetiva: lo que se proscriben para el arbitraje testamen-

tario son las controversias que tengan por objeto la legítima, puesto que es ésta la materia que se considera indisponible.

b) En segundo lugar, centrándonos en Aragón, tenemos que sólo son legitimarios los descendientes y que, además, la legítima (una mitad del caudal computable) es colectiva, lo cual quiere decir que el causante puede distribuirla, igual o desigualmente, entre todos o varios de tales descendientes, o bien atribuirla a uno solo (art. 486 CDFa). Esto significa que en Aragón entre legitimarios no puede haber reclamaciones por razón de legítima; entre ellos es como si no hubiera legítima. En consecuencia, cuando los únicos favorecidos por el testador son descendientes, no existe ningún obstáculo a que el testador instituya arbitraje testamentario, y no será de aplicación ninguna limitación al mismo, porque entre ellos, en realidad, no hay legítimas. Esta afirmación creo que resulta incuestionable y posibilita que la inmensa mayoría de las sucesiones de aragoneses admitan el arbitraje testamentario. Es quizá la conclusión más importante de esta ponencia y, por ello, quiero resaltarla.

c) Pero todavía es posible llegar más lejos. En los casos en que concurran en la sucesión legitimarios y personas que no lo son sí que estaríamos en el ámbito de la prohibición legal del arbitraje testamentario, pero creo que ello no implica, sin más, la ineficacia de la cláusula que lo instituye, sino que el tratamiento de la infracción de esa prohibición será el que resulte de la normativa sustantiva en materia de legítima que corresponda. En concreto, el tratamiento será el establecido para las lesiones de la intangibilidad cualitativa de la legítima, porque no se trata tanto de si recibe o no todo el *quantum* de su legítima, como de que el legitimario se encuentra con que debe soportar un arbitraje que, en principio, no se le debería imponer. Es decir, estaríamos ante un gravamen no autorizado sobre la legítima, con las consecuencias que de ello se derivan.

Esta conclusión permite extraer consecuencias de interés:

- Siendo que, desde el punto de vista sustantivo, el establecimiento del arbitraje testamentario opera para los legitimarios como un gravamen sobre su legítima, hay que tener en cuenta que, por excepción, el CDFa permite aquellos gravámenes sobre la legítima que estén fundados en una justa causa, que se exprese en el título sucesorio o en documento público, entendiéndose por justa la causa que busca un mayor beneficio del legitimario gravado o de los demás legitimarios (arts. 501 y 502). En este sentido, podría plantearse si es posible encontrar una justa causa que justifique imponer a los legitimarios el arbitraje, es decir que pueda entenderse que la institución de éste tiene como finalidad la búsqueda de un mayor beneficio para los legitimarios. Es dudoso. Tal vez podría defenderse que lo es la intención de evitar los perjuicios derivados de los retrasos y gastos que conlleva un procedimiento judicial, casi siempre mayores que los del arbitral, pero no puede afirmarse con rotundidad. Es cierto que la causa expresada para el gravamen deberá tenerse como justa mientras no se demuestre que no lo es (art. 502.3 CDFa), pero si, alegada la falta de competencia de los árbitros por el legitimario sobre la base de la falta de validez de la cláusula de arbitraje testamentario, los árbitros rechazan esa excepción y posterior-

- mente el legitimario insta la anulación del laudo, es posible que al Tribunal no le parezca bien que se utilicen como justificación los defectos ancestrales del sistema judicial español y, por tanto, estime la demanda de anulación, por no considerar justa esa causa para establecer el arbitraje testamentario.
- El efecto que produce la imposición de gravámenes indebidos sobre la legítima es que los legitimarios afectados tienen derecho a que se tengan por no puestos (art. 499 CDFa). Por tanto, el tercero no legitimario carecerá de ese derecho, de modo que si el legitimario, pudiendo hacerlo, no rechaza el arbitraje instituido por el testador, sino que, incluso, opta por resolver la controversia surgida a través de él, quien no sea legitimario no podrá oponerse, ya que no tiene derechos legitimarios que puedan resultar afectados por el arbitraje.
 - El testador puede utilizar el mecanismo de la opción compensatoria de legítima con la finalidad de *estimular* al legitimario para que acepte la sumisión al arbitraje testamentario. En efecto, el testador puede conceder a los legitimarios la facultad de optar entre su legítima estricta libre de gravamen y una atribución de mayor importe pero sujeta a gravamen, siempre que se cumpla el doble requisito de que, si opta por la atribución libre de gravamen, no haya lesión en la legítima colectiva y, si opta por la atribución gravada, el conjunto de liberalidades recibidas por los legitimarios cubra además la mitad de la parte de libre disposición (art. 500 CDFa). Así pues, si lo que el testador ha dejado al conjunto de los legitimarios alcanza tres cuartas partes del caudal, podrá añadir a la cláusula de arbitraje testamentario que el legitimario que no acepte el arbitraje testamentario dispuesto pierda toda atribución en su herencia en beneficio de los legitimarios que sí que la acepten; y, si ningún legitimario lo aceptara, queden reducidos a la legítima estricta, correspondiendo el resto de lo que en principio les había atribuido a quien el propio testador determine.

d) Con independencia de todo lo dicho, una cláusula testamentaria de arbitraje genérica, aunque contravenga la limitación legal por razón de la legítima, no por ello es nula y, de hecho, puede desarrollar toda su eficacia si resulta que quienes pueden oponerse a ella y desconocerla, que son los legitimarios, no lo hacen. A estos efectos, parece que no hay duda de la aplicación al arbitraje testamentario, por analogía, de la regla del artículo 9.5 de la Ley de Arbitraje, la que considera que hay convenio arbitral cuando, en el intercambio de escritos de demanda y contestación, su existencia es afirmada por una parte y no negada por la otra; en este caso, como decimos, quien podría negar la sumisión al arbitraje sería el legitimario, que, si no lo hace en el momento procesal oportuno, se verá sometido al arbitraje.

Además, puede suceder que la controversia surja sobre una cuestión en que no haya ninguna implicación de las legítimas; por ejemplo, aun concurriendo en la sucesión legitimarios y terceros, si la controversia sólo se plantea entre legitimarios o sólo entre no legitimarios.

Con ello quiero insistir en que sería una interpretación gravemente equivocada de la norma la consideración de que la cláusula testamentaria que infringe la limitación por razón de legítima es nula sin más. En consecuencia, debiera perderse el temor que hoy existe a incluir cláusulas de arbitraje en los testamentos, porque pueden llegar a ser plenamente eficaces, a pesar del estrecho marco que aparentemente les deja el artículo 10 de la Ley de Arbitraje.

3. MATERIAS SOBRE LAS QUE PUEDE VERSAR EL ARBITRAJE TESTAMENTARIO

El artículo 10 de la Ley de Arbitraje, objeto de nuestra atención, tras excluir del arbitraje testamentario las controversias en materia de legítima, en la forma que hemos analizado, añade que este arbitraje se instituye para solucionar diferencias «*por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia*».

Surgen también dudas sobre el significado y alcance de esta regla, que admite interpretaciones muy diversas. La principal duda hace referencia a cómo debe interpretarse la expresión «*distribución de la herencia*». Una interpretación restrictiva la limita a la estricta operación de la partición hereditaria, tal y como aparece regulada en el Derecho sucesorio, es decir la operación mediante la cual se pone término a la comunidad hereditaria entre los sucesores que forman parte de la misma, sin poder extenderse a otros aspectos. Sin embargo, entendemos que no es ésta la solución acertada. La expresión *distribución* no es utilizada con un sentido técnico por las legislaciones sobre Derecho de sucesiones que imponga equipararla a partición de la herencia.

En realidad, esta supuesta limitación, igual que vimos que sucedía con la primera, debe relacionarse con los límites generales sobre materias susceptibles de arbitraje del artículo 2.1 de la Ley de Arbitraje, que, recordemos, lo limita a las «*controversias sobre las materias de libre disposición conforme a derecho*». Por tanto, sólo estará vedado al arbitraje testamentario aquello que escape de la libertad dispositiva del testador. Por ello, más convincente es la opinión que defiende que aquí se comprenden todas las cuestiones que versen sobre si alguien ha de ser partícipe en la herencia y la proporción en que ha de participar, las condiciones de su participación, etc. (como defienden LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA en *Elementos de Derecho Civil, Derecho de sucesiones*, 1971, p. 232). Es decir, *distribución* de la herencia es todo el proceso sucesorio en virtud del cual los sucesores reciben los bienes del causante, con la limitación de las legítimas entendida de la forma que hemos referido anteriormente.

Además, como señala Elías CAMPO VILLEGAS (en «La partición hereditaria arbitral», para *La partición de la herencia*, Madrid, 2006, p. 257), la tesis restrictiva conduce a resultados absurdos. En efecto, si, iniciado un proceso arbitral basado en una cláusula testamentaria arbitral por conflictos sobre la distribución, una de las partes plantea cuestión sobre, por ejemplo, la condición de sucesor de alguno de los herederos designados en el testamento o sobre ineficacia de alguna previsión testamentaria, la tesis restrictiva obligaría al árbitro a dictar un laudo de absolución en la instancia sobre este tema y sobre las consecuencias que del mismo se siguieran y distribuir lo que no resultara afectado; seguidamente, en la

jurisdicción ordinaria habría que resolver sobre aquellos temas y, una vez agotados todos los posibles recursos, se tendría que iniciar el arbitraje de nuevo para completar la *distribución*.

Dicho esto, parece claro que el testador, al instituir el arbitraje, lo puede limitar a determinados aspectos de su sucesión y la voluntad expresada por él será lo que prevalecerá. Pero dejando aparte las limitaciones que pueda establecer el testador, defendemos un criterio amplio en cuanto a las materias que pueden someterse al arbitraje testamentario.

A la vista de este planteamiento, a continuación vamos a examinar diversas materias concretas y su susceptibilidad de ser objeto de un arbitraje testamentario:

a) No hay duda de que son susceptibles de arbitraje testamentario las controversias que surjan sobre la *administración* del caudal hereditario, bien cuando está sometido a administración de personas distintas de los sucesores, en los casos en que así procede, o bien cuando, estando los bienes indivisos, sin partir, no se ponen de acuerdo en ella los herederos.

b) Las *operaciones particionales*, cuando surge litigio sobre ellas, también pueden ser objeto de arbitraje testamentario. Todas ellas, incluso la colación de donaciones que se hubieran hecho a los descendientes, en los casos en que proceda, tanto sobre si deben colacionarse como acerca de la forma de realizarla. A estos efectos, recuérdese que en Aragón rige un sistema de colación inverso al del Código Civil, porque la colación de liberalidades no procede por ministerio de la Ley, mas puede ordenarse en el título de la propia liberalidad o en pacto sucesorio o testamento (art. 362 CDFA).

Estas dos son las materias que se derivan de forma más directa del texto del artículo 10. Seguidamente, nos referiremos a otras que pueden plantear más dudas.

c) La concurrencia de los *presupuestos para la sucesión por causa de muerte* puede ser objeto del arbitraje testamentario: la apertura de la sucesión, el momento y lugar en que se produce, la capacidad de los sucesores para heredar, la existencia de aceptación o repudiación de la herencia. Si bien, la existencia de las causas de indignidad requerirá en ocasiones una resolución judicial penal, pero esta prejudicialidad también opera en la jurisdicción civil ordinaria.

Dentro de los presupuestos de la sucesión, se encuentra la determinación de la ley aplicable a la misma, incluyendo la vecindad civil del causante al otorgar el acto de disposición por causa de muerte y al fallecer, elementos determinantes del régimen jurídico de la sucesión. De ello dependerán muchos elementos esenciales de la sucesión, entre ellos qué tipo de legítima es la que rige, que, como se ha indicado, será clave para poder saber si hay legitimarios y cómo afecta esta circunstancia a la procedencia misma del arbitraje testamentario.

d) Abarca el arbitraje testamentario la *interpretación del testamento* mismo. Aunque hay autores que lo niegan, es un presupuesto indispensable para poder resolver buena parte de las cuestiones sucesorias. De hecho, frecuentemente será la interpretación del testamento el origen del litigio que se somete al arbitraje.

e) En general, la *efectividad de las disposiciones testamentarias* y las reglas previstas por el testador para ello pueden constituir las materias principales del trabajo del árbitro. Piénsese en la posible existencia de modalidades diversas en el testamento, condiciones, obligaciones modales, términos, sustituciones de distinta naturaleza, etc. Ese tipo de disposiciones con frecuencia ocasiona controversias que derivan en litigios que, habiéndose instituido arbitraje testamentario, corresponderá resolver a los árbitros.

f) Otro tema que ha suscitado dudas es si el arbitraje testamentario puede abarcar las *reservas hereditarias*. Se ha defendido que éstas tienen naturaleza similar a las legítimas, por escapar de la disponibilidad del testador, y, por ello, como éstas, no podrán ser objeto del arbitraje testamentario. Ahora bien, debe recordarse que en Aragón la reserva de bienes no tiene lugar sino cuando aparezca previamente determinada en testamento abierto u otra escritura pública (art. 464.3 CDFA). Esto hace que en Aragón las reservas hereditarias, a diferencia de lo que sucede en el ámbito del Código Civil, sean, en la práctica, marginales; pero, además, dependen exclusivamente de la voluntad del testador, por lo que no hay duda de que sí que pueden someterse al arbitraje testamentario.

g) No entra en el ámbito de este arbitraje la *impugnación de donaciones que lesionan la legítima*, es decir las hechas a no legitimarios que impiden que los legitimarios reciban la totalidad de la legítima a que tienen derecho, porque el testador no puede vincular al donatario entre vivos que puede ver reducida su donación.

h) Un tema muy debatido es el de si el arbitraje testamentario puede tener por objeto la *impugnación del testamento* mismo. Un grupo de autores defiende que ello escapa a la disponibilidad del testador, como infieren de que el artículo 675.2 del Código Civil no autoriza al testador a prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la Ley (Francisco CAPILLA RONCERO, en Comentarios a la Ley de Arbitraje, coordinados por Rodrigo Bercovitz, página 91). Ahora bien, se trata de cosas distintas: dicho precepto prohíbe que se impugne el testamento nulo, pero no impone que se tenga que impugnar ante la autoridad judicial.

De todos modos, el carácter rigurosamente formal que tiene el testamento lleva consigo que, en principio, la invalidez del testamento mismo arrastre la ineficacia de todo su contenido, incluyendo la cláusula arbitral. Es lo que sucedería si se impugnara por defectos de forma, por falta de capacidad del testador o por haber sido otorgado con engaño, violencia o intimidación grave. Ahora bien, a estos efectos, deben tenerse en cuenta los supuestos de conversión del testamento nulo por defecto de forma que regula el artículo 430 CDFA, que dispone que el testamento nulo por defecto de forma será válido si reúne los requisitos formales de otra clase de testamento y que el testamento mancomunado nulo por causa que afecte solo a uno de los otorgantes vale como testamento unipersonal del otro si cumple los requisitos propios de su clase.

Por otra parte, puede suceder que lo inválido no sea el testamento sino alguna de sus disposiciones, que es lo que sucede en los supuestos regulados en el

artículo 424 CDFA. En estos casos, la nulidad, anulación, revocación o ineficacia de una disposición testamentaria no afectará a la validez o eficacia de las demás, a no ser otra la voluntad del testador, y salvo las correspectivas. Por tanto, salvo que la cláusula arbitral esté afectada por esas excepciones, mantendrá su eficacia aunque alguna otra no sea válida.

Estas consideraciones suponen la adaptación al testamento de lo que el artículo 22.1 de la Ley de Arbitraje establece para el convenio arbitral, cuando señala que la decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral.

i) También entra en el ámbito del arbitraje testamentario la aplicación a la herencia de las reglas de la *sucesión legal*, cuando es la que procede. Téngase en cuenta que el testamento o pacto sucesorio podría no disponer de todo el caudal hereditario, de modo que fuese precisa la apertura de la sucesión legal o abintestato en cuanto a la parte del caudal de que no se haya dispuesto. Incluso, podría suceder que el testamento tuviera como único contenido la cláusula arbitral y que, por tanto, toda la herencia se defiriera abintestato; nada lo impide.

Pues bien, sería competencia del árbitro determinar si procede la apertura de la sucesión legal y quiénes son llamados a la misma, incluyendo tanto los herederos troncales como los no troncales, así como la posible existencia de derechos de recobro. En general, todas las circunstancias para hacer efectiva la sucesión legal; también, la declaración, si procede, de ser heredera la Comunidad Autónoma o el Hospital Nuestra Señora de Gracia, conforme al artículo 535 CDFA. La referencia que dicho precepto hace a la necesidad de previa declaración judicial no es inconveniente, porque el laudo haría sus veces.

No es obstáculo para ello que, en este caso, la sucesión se defiera por ley, porque ello no implica que el causante carezca de libre disposición sobre dichas reglas. De hecho, la disposición por causa de muerte en testamento o pacto sucesorio puede entenderse como la expresión de la voluntad de que no se apliquen a la sucesión las reglas de la sucesión legal, sino las que se establezcan al efecto.

j) En principio, queda al margen del arbitraje testamentario la *liquidación del régimen económico matrimonial* bajo el que hubiera estado casado el causante y el reparto de los bienes de la comunidad conyugal derivado del mismo, puesto que no es materia sucesoria y, además, es parte en el mismo el otro cónyuge, o sus herederos, a quienes no vincula la institución del arbitraje testamentario por parte de su cónyuge. Esto puede ser un obstáculo importante para poder hacer efectiva a través del arbitraje testamentario la atribución del patrimonio del testador, puesto que la determinación de los bienes concretos que lo integran en buena medida dependerá de cómo se realice el reparto de los bienes de la comunidad conyugal.

Ahora bien, si resulta que, como es muy frecuente en Aragón, ambos cónyuges otorgaron testamento mancomunado o –aunque sea menos frecuente– pacto sucesorio y en dichos actos instituyeron conjuntamente el arbitraje, el testamento o pacto sucesorio haría de convenio arbitral entre ambos y, por ello, podrían incluir lo relativo a la liquidación de la comunidad conyugal. Es preferible que

la cláusula arbitral se refiera expresamente a esta cuestión; en otro caso, será un problema de interpretación de la voluntad de los testadores la determinación de si la sumisión al arbitraje incluye esta materia. Quienes no podrían oponerse al arbitraje sobre esta cuestión serían los sucesores del testador, porque estarían vinculados por el convenio arbitral, como herederos de una de las personas que lo han celebrado, incluso aunque se trate de sucesores a título particular, y conforme a la mejor interpretación de la regla de vinculación de los herederos a los contratos celebrados por su causante que establece el artículo 1.257 del Código Civil (sobre el particular, puede verse a Elías CAMPO VILLEGAS, «Aspectos del convenio y del laudo arbitral vistos por un notario. Cuestiones en la nueva Ley», discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, en *La Notaría*, número 10, octubre de 2004, pp. 25-26).

k) El *derecho de viudedad*, figura clave en Aragón en lo que se refiere a los derechos que se derivan del fallecimiento de una persona, tiene unas particularidades importantes que hacen difícil su incardinación en materia de arbitraje testamentario. Se trata de un derecho de naturaleza familiar, que surge por el hecho de la celebración del matrimonio, regulado, por tanto, en el Libro II, sobre Derecho de Familia, del CDFa, que durante el matrimonio se manifiesta como derecho expectante y que al fallecer uno de los cónyuges se hace efectivo a favor del otro como usufructo de viudedad de todos los bienes del premuerto, así como de los enajenados en vida sobre los que subsista el derecho expectante de viudedad (art. 283). Esta naturaleza del derecho de viudedad lleva consigo su exclusión del ámbito del arbitraje testamentario, pese a su indudable incidencia en la sucesión hereditaria. En el ámbito del Código Civil, el derecho de usufructo legal que se atribuye al cónyuge viudo (arts. 834 y siguiente) también está excluido del arbitraje testamentario, pese a ser de naturaleza sucesoria, por tener carácter legitimario.

No obstante, a pesar de esa exclusión inicial, sin embargo el derecho de viudedad puede quedar comprendido en el arbitraje en el caso que se mencionaba antes de que ambos cónyuges hubieran instituido arbitraje en testamento mancomunado o pacto sucesorio, porque, de esta forma, los dos se habrían sometido a él. Creo que aquí será más fácil considerar que existe una voluntad de ambos, si no hay exclusión expresa, de entender incluidos en el arbitraje los temas sobre derecho de viudedad, dada la fuerte vinculación de éste con el fenómeno sucesorio.

Por otra parte, existen casos en los que el derecho de usufructo de viudedad tiene un carácter estrictamente sucesorio. Son los derivados de la aplicación del párrafo tercero del artículo 16.3 del Código Civil que, en aquellos matrimonios en que no rige el derecho de viudedad, por no estar sometido su régimen económico matrimonial al Derecho aragonés, concede al cónyuge viudo el derecho de usufructo de viudedad si el fallecido tenía vecindad civil aragonesa al fallecer. En estos supuestos, tenemos un usufructo de viudedad que no tiene su origen en la celebración del matrimonio y no va precedido de la fase de derecho expectante; por ello, tiene naturaleza sucesoria. Pues bien, aquí la duda es si a este derecho de usufructo de viudedad sucesorio se le puede considerar de tipo legitimario, como el usufructo legal del Código Civil, con la consiguiente aplicación de la

limitación en materia de legítimas que antes se ha estudiado; el carácter indisponible de este derecho de usufructo parece abocar a esta conclusión.

1) Por último, no cabe duda de que la *actuación llevada a cabo por albaceas o contadores partidores* dentro del encargo recibido puede ser objeto del arbitraje testamentario, por lo que los herederos podrían iniciar procedimiento arbitral contra ellos si consideran que su actuación ha sido incorrecta. En efecto, los albaceas y contadores partidores, al aceptar el encargo recibido, quedan sometidos, como los sucesores, a que las controversias que surjan sobre la herencia se resuelvan mediante el arbitraje testamentario instituido. Del mismo modo, si los albaceas o contadores partidores, como consecuencia de su actuación, tienen alguna reclamación que formular a los sucesores, por ejemplo, de su retribución, si les corresponde, deberán hacerlo también mediante el arbitraje, porque se trata de una cuestión relativa a la herencia y su reparto. Más dudoso es si entraría dentro del arbitraje testamentario la reclamación de daños y perjuicios por parte de los sucesores a los albaceas o contadores partidores si consideran que se les han producido por la actuación negligente o dolosa de éstos, porque sería una consecuencia del reparto, pero no parte del mismo.

4. ARBITRAJE DE DERECHO Y DE EQUIDAD

Es cierto que la vigente Ley de Arbitraje no distingue, como sucedía antes, entre un arbitraje de Derecho y otro de equidad y que hay un solo arbitraje, pero es posible establecer que el árbitro tenga que decidir en Derecho o que tenga que hacerlo en equidad; si nada se dice, es lo primero lo que procede, ya que para poder resolver en equidad es preciso que se le haya autorizado expresamente (art. 34.1). Pues bien, es un tema debatido si es posible que en el arbitraje sucesorio se autorice al árbitro a decidir en equidad, dada la gran incidencia de normas imperativas que existen en Derecho sucesorio y, en general, la fuerte juridicidad de esta materia. Es difícil saber en qué consistiría resolver en equidad una controversia sucesoria teniendo en cuenta la gran diversidad de soluciones existente en los diversos Derechos civiles existentes en España: cómo va a considerarse más *equitativa* la solución que da un Derecho que la que establece otro.

Sobre la base de estas razones, muchos de los autores que han estudiado la cuestión, quizá la mayoría, se inclinan por entender que no es posible, en esta materia, encomendar al árbitro que decida en equidad. Se argumenta que, si así se admitiera, podrían vulnerarse las normas imperativas del Derecho sucesorio y, por esa vía, infringir el principio establecido en el artículo 6.3 del Código Civil.

Realmente no parece recomendable autorizar al árbitro a resolver en equidad en ésta ni en muchas otras materias con fuerte contenido imperativo y de técnica jurídica muy precisa, pero la lectura de la Ley no deja ver razones suficientes para considerar que está vedada esta posibilidad en el arbitraje sucesorio. Ahora bien, esto no quiere decir que el árbitro autorizado para decidir en equidad pueda dejar de aplicar las normas imperativas que corresponda. Si así lo hiciera, el laudo sería nulo y, contra él, podría interponerse la acción de anulación, al amparo del artículo 41.f) de la Ley de Arbitraje, como contrario al orden público.

V. CONCLUSIONES

A modo de resumen de esta ponencia, podemos hacer las siguientes conclusiones:

- 1) La justificación de que la ley autorice al testador a instituir el arbitraje para las controversias que surjan sobre su herencia es la misma que fundamenta la posibilidad de disponer por causa de muerte. El artículo 10 de la Ley del Arbitraje lo que hace es dar al testador una herramienta más para poder ordenar su sucesión, que no debe ser considerada excepcional ni ser objeto de interpretación restrictiva.
- 2) La determinación del alcance y los límites con que se autoriza a instituir el arbitraje testamentario tiene, por ello, carácter sucesorio sustantivo y entra dentro de las competencias de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio para conservarlo, modificarlo y desarrollarlo.
- 3) En Aragón, es posible instituir arbitraje testamentario, además de mediante testamento unipersonal, mediante testamento mancomunado, pacto sucesorio y, habiendo fiducia sucesoria, mediante el documento a través del cual el fiduciario ordena la sucesión del comitente.
- 4) La limitación que establece el artículo 10 de la Ley de Arbitraje al circunscribir este arbitraje a la solución de «*diferencias entre herederos no forzosos o legatarios*», que debe ser referida a los conflictos en materia de legítima, carece de suficiente justificación y debería ser suprimida, porque la sumisión a arbitraje no supone disposición o vulneración de la legítima y los legitimarios que creyeran lesionados sus derechos por el laudo podrían interponer la acción de anulación del mismo.
- 5) Mientras esta limitación esté vigente, debe ser interpretada a la luz del Derecho sustantivo sobre legítimas que rija en cada sucesión y en función de la disponibilidad que el testador tenga sobre ella. Por ello, en la sucesión regida por el Derecho aragonés:
 - La limitación no se aplica cuando los únicos favorecidos por el testador son descendientes, porque, al ser la legítima colectiva, no puede haber conflicto de legítima entre ellos.
 - El tratamiento de la contravención de la limitación, cuando exista, tendrá el propio de la lesión en la intangibilidad cualitativa de la legítima, como un gravamen establecido sobre ella, con el consiguiente derecho de los legitimarios, y sólo ellos, a tener el gravamen por no puesto. Este tratamiento, además, hace posible que el testador que instituye el arbitraje establezca una opción compensatoria de legítima que penalice a los legitimarios que se opongan al arbitraje instituido.
- 6) El arbitraje testamentario puede versar sobre cualquier controversia que surja en el proceso sucesorio en virtud del cual los sucesores reciben los bienes del causante, con la única excepción de los conflictos sobre legíti-

mas, según lo dicho antes, porque esta interpretación amplia es la que procede para la expresión «*cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia*» contenida en el artículo 10 de la Ley de Arbitraje. En particular, pueden ser objeto de este arbitraje, aparte de la administración del caudal y su partición: todos los presupuestos de la sucesión por causa de muerte, incluyendo la vecindad civil del causante y la ley aplicable a la sucesión, la interpretación del testamento, la eficacia de las cláusulas establecidas para modalizar y hacer efectivas las atribuciones ordenadas por el testador, las reservas hereditarias, la aplicación de la sucesión legal, si procede, y la actuación llevada a cabo por albaceas y contadores partidores.

La liquidación del régimen económico matrimonial y el derecho de viudedad, como materias ajenas al Derecho sucesorio, no entran en el ámbito del arbitraje testamentario, salvo que el arbitraje hubiera sido establecido expresamente por ambos cónyuges en testamento mancomunado.

- 7) Aunque es poco recomendable autorizar a los árbitros a resolver en equidad, dada la fuerte juridicidad y la gran cantidad de normas imperativas en el Derecho sucesorio, no parece haber razones que impidan hacerlo, si bien cuando el laudo vulnera normas imperativas podrá ser impugnado mediante el ejercicio de la acción de anulación.

VI. FORMULARIOS

Por último, a continuación, se proponen varias *cláusulas modelo de arbitraje testamentario* para consignar en los testamentos. Se ha optado por un arbitraje institucional, administrado por la Corte Aragonesa de Arbitraje y Mediación, por considerar que es el más conveniente.

- 1) Para testamento unipersonal:

El testador dispone que se resolverán mediante arbitraje todas las controversias que surjan entre sus sucesores relativas a su herencia. El arbitraje será administrado, siempre que sea posible, por la Corte Aragonesa de Arbitraje y Mediación u organismo que le pueda suceder en el futuro.

- 2) Para el caso de que haya legitimarios del testador, puede añadirse lo siguiente:

Aquel de sus hijos que no aceptara la sumisión al arbitraje quedará privado de sus derechos hereditarios a favor de quienes lo acepten. Si ninguno lo aceptara, quedarán reducidos sus derechos hereditarios a la mitad de la herencia, correspondiendo la otra mitad a ...

- 3) Para testamento mancomunado otorgado entre cónyuges:

Los testadores disponen que se resolverán mediante arbitraje todas las controversias que surjan entre sus sucesores relativas a su herencia o entre ellos y el

cónyuge viudo por la liquidación del régimen económico matrimonial o el derecho de viudedad. El arbitraje será administrado, siempre que sea posible, por la Corte Aragonesa de Arbitraje y Mediación u organismo que le pueda suceder en el futuro.

Para el caso de que haya legitimarios, puede añadirse la cláusula número dos.