



**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**

**EL ARBITRAJE TESTAMENTARIO EN EL DERECHO SUCESORIO Y SU  
APLICACIÓN AL CASO ECUATORIANO.**

**Autora**

**Luis Medardo Villacís Reysancho**

**Año  
2017**



**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**

**EL ARBITRAJE TESTAMENTARIO EN EL DERECHO SUCESORIO Y SU  
APLICACIÓN AL CASO ECUATORIANO**

“Trabajo de titulación presentado en conformidad con los requisitos  
establecidos para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados  
de la República”

Profesor guía

Msc. Alejandro Sarzosa Larrea

Autor

Luis Medardo Villacís Reysancho

Año

2017

## **DECLARACIÓN PROFESOR GUÍA**

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos para el adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

Alejandro Sarzosa Larrea,  
Master Universitario en Derecho de Empresa  
C.C. 1713140372

## **DECLARACIÓN PROFESOR CORRECTOR**

“Declaro haber revisado este trabajo, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”

Pavel Alexei Paredes Almeida  
Magister En Educacion Superior Mencion Ciencias Juridica  
C.C. 1710060623

## **DECLARATORIA DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE**

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”

Luis Medardo Villacís Reysancho

C.C. 172129277-7

## **AGRADECIMIENTO**

A Dios, por su  
Inmenso amor y  
por todas las  
bendiciones que  
me ha brindado  
a lo largo de la  
vida;

## **DEDICATORIA**

Todo este esfuerzo, se lo dedico a todos quienes me ayudaron a crecer como persona y como profesional, mis padres, mis hermanos y mi sobrina ellos me han enseñado el valor de la constancia y la perseverancia.

A mi esposa Mishelle Landázuri y mis hijas Lía y Amira, por ser el motor que da sentido a mi vida.

## **RESUMEN**

El arbitraje, es un método reconocido no solo por nuestra Constitución, sino también, por la Ley de Arbitraje y Mediación, normativa que regula y establece su procedimiento; actualmente esta institución ha sido poco desarrollada, por lo que requiere de una expansión a otras áreas del derecho. En esta línea es que se enmarca esta investigación, en la que se establecerán los suficientes criterios que demuestren la posibilidad de aplicar nuevas figuras jurídicas en el arbitraje.

Así, se busca lograr la expansión del arbitraje al derecho sucesorio; es por ello que a lo largo de esta investigación, se estudiara la aplicación del arbitraje al derecho sucesorio, específicamente en la sucesión testada y la manera en cómo se puede instrumentar este método alternativo de solución de controversias en el testamento que permitirá al testador y a todos los involucrados resolver de manera extrajudicial sus diferencias.

## **ABSTRACT**

Arbitration, is a method recognized, not just by our Constitution, but also by the Arbitration and Mediation Law, which regulates and establishes its procedure; currently this institution has been underdeveloped, so an expansion to other fields of the law is urgently needed. The present investigation is framed under this line, in which with sufficient criteria will be establish, and demonstrate the possibility of applying new legal figures in arbitration.

Thus, it seeks to achieve the expansion of arbitration to inheritance law; It is for this reason that, the application of arbitration to the inheritance law will be studied, throughout this investigation, specifically in the tested succession and how this alternative method of dispute settlement can be implemented in the will, that will allow the testator and all those involved to resolve their differences in an extrajudicial manner.

# ÍNDICE

Introducción .....	1
<b>1. CAPÍTULO I. EL ARBITRAJE Y EL DERECHO SUCESORIO .....</b>	<b>1</b>
1.1 Aproximación a la institución del arbitraje .....	1
1.1.1 Breve reseña histórica .....	2
1.1.2 Definición y naturaleza jurídica .....	4
1.2 La sucesión testada y su resolución de controversias .....	7
1.2.1 El derecho sucesorio y las clases de sucesión .....	8
1.2.2 Los conflictos derivados de la sucesión testada y el testamento como materia transigible .....	11
<b>2. CAPÍTULO II. EL ARBITRAJE TESTAMENTARIO EN EL DERECHO COMPARADO .....</b>	<b>14</b>
2.1 La expansión del arbitraje a otras áreas del derecho.....	15
2.1.1 El arbitraje en el derecho informático .....	16
2.1.2 El arbitraje en el derecho sucesorio .....	19
2.2 El arbitraje testamentario en la Ley 60/2003 de Arbitraje de España .....	21
2.2.1. El arbitraje en España.....	22
2.2.2. El arbitraje testamentario en la LAM española.....	22
<b>3. CAPÍTULO III. INSTRUMENTALIZACIÓN DEL ARBITRAJE TESTAMENTARIO .....</b>	<b>26</b>
3.1. Las disposiciones testamentarias como clausula arbitral.....	27
3.2. La clausulas condicionales suspensivas y resolutorias como sometimiento a la vía arbitral.....	30
<b>4. CONCLUSIONES .....</b>	<b>35</b>
REFERENCIAS .....	37

## **Introducción**

El arbitraje, como método alternativo de solución de controversias, ha venido siendo pactado en la práctica jurídica para solucionar las controversias tradicionalmente contractuales.

Sin embargo, dentro del Derecho Civil, el arbitraje es limitado, tradicional y poco desarrollado, lo que significa que su aplicación no está dirigida a la solución de controversias de determinados actos o declaraciones de voluntad que son parte de esta institución, la práctica jurídica en la que vivimos, nos detiene a realizar un análisis que se deriva de cuestionamientos sobre la aplicabilidad de esta institución a otras áreas del derecho con el objetivo de que estas áreas no desarrolladas por el arbitraje, se conviertan en instituciones sólidas y totalmente aplicables dentro de la práctica, permitiendo así obtener un progreso jurídico que tienda a mejorar la justicia y brindar mayor satisfacción a quienes hacen uso del arbitraje como un medio idóneo para obtener una justicia efectiva y eficaz.

Es así, que en la presente investigación nos centraremos en estudiar y analizar con profundidad la institución del Derecho Sucesorio, parte de la institución del Derecho Civil, en la cual se establecerá mediante suficientes criterios y argumentos, la posibilidad de adaptar la institución del arbitraje determinados procesos de solución de conflictos dentro de la sucesión testada, estableciendo las suficientes garantías para que esta propuesta, en esta clase de sucesión no afecte la naturaleza, la ejecutividad de dicho instrumento ni mucho menos la voluntad de quienes intervienen dentro de esta institución.

## **1. CAPÍTULO I. EL ARBITRAJE Y EL DERECHO SUCESORIO**

### **1.1 Aproximación a la institución del arbitraje**

Con la finalidad de establecer un marco teórico y conceptual adecuado que permita comprender la institución del arbitraje testamentario aplicado al caso ecuatoriano, es indispensable tomar como punto de partida el análisis de la institucionalidad del arbitraje; para ello se hará una brevísima reseña histórica del arbitraje en el Ecuador, para luego establecer su definición en base a diferentes criterios doctrinarios, determinando finalmente su naturaleza jurídica.

### 1.1.1 Breve reseña histórica

El arbitraje no es una institución nueva, su aparecimiento lo encontramos desde la Constitución Política Española de 1812, que en sus artículos 280 y 281 que se refieren a la administración de justicia en lo civil, mencionan:

No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar más diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes. Consecuentemente, la sentencia que dieran los árbitros, se ejecutará, si las partes al hacer el compromiso no hubieran reservado el derecho de apelar. (Constitución Española, 1812, arts.280 y 281)

A partir de este antecedente, podemos tener una leve idea de que el arbitraje para esa época era considerado como un método de solución de controversias alternativo a la justicia. En la Constitución de 1946, la institución del arbitraje se fue extendiendo a los conflictos laborales; concretamente el artículo 185 del cuerpo normativo en mención, establecía que:

El Estado velará y observará que las relaciones laborales sean dignas y seguras, que en todo momento se respete los derechos del trabajador de modo que mediante un salario justo se pueda atender las necesidades personales y familiares. Consecuentemente, las leyes laborales atenderán normas fundamentales como la que dispone que la solución de conflictos del trabajo se constituyan Tribunales de Conciliación y Arbitraje entre patronos y

trabajadores, presididos por un funcionario de trabajo. (Constitución del Ecuador, 1946, art.185)

Pese a la corta expansión de esta institución, su limitación al desarrollo se mantuvo a lo largo de varias décadas y de varias constituciones, haciendo del arbitraje un método alternativo limitado exclusivamente a temas laborales, sin mayor trascendencia y expansión. El 4 de septiembre de 1997, nace la LAM en el Ecuador, un año después, en 1998, se da un paso importante al reconocer constitucionalmente los métodos alternativos de solución de conflictos, claro está, con sujeción a la Ley. Así, el artículo 191 de la Constitución de 1998, establecía lo siguiente:

Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley. (Constitución del Ecuador, 1998, art.191)

El 14 de diciembre de 2006, se reformó la LAM; reforma que afianzó no solo el reconocimiento del arbitraje nacional sino también el internacional. Sin embargo, esta institución fue reafirmada en la Constitución del 2008, la cual tomo fuerza al establecer en la sección octava, el reconocimiento de los métodos alternativos de solución de conflictos, concretamente el artículo 190 de la vigente constitución determina lo siguiente:

Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley. (Constitución del Ecuador, 2008, art.190)

En consecuencia, tanto el desarrollo constitucional como las reformas a la LAM, han sido fundamentales para el desarrollo y expansión del derecho

arbitral, habiendo influenciado positivamente en el progresivo uso de este método de solución de conflictos.

### 1.1.2 Definición y naturaleza jurídica

Para la Real Academia de la Lengua Española, el arbitraje es un procedimiento extrajudicial para resolver conflictos de intereses mediante sometimiento de las partes, por mutuo acuerdo, a la decisión de uno o varios árbitros. (RAE, 2017). Sin embargo, definir al arbitraje requiere de un análisis más doctrinario. Así, algunos tratadistas definen a esta institución de la siguiente manera:

Caivano, sostiene que el arbitraje es la deliberación de un tercero imparcial, sobre dos pretensiones controvertidas excluyendo total o parcial la jurisdicción de los órganos del poder judicial. (Caivano, s.f.)

La LAM, establece que el sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006, art. 1)

De las definiciones anteriormente expuestas, es necesario enfatizar la necesidad de someter a arbitraje conflictos que tengan la característica de transigibles; cuestión que se analizará a continuación.

La (RAE, 2017) define la transigibilidad como el ajuste de algún punto dudoso o litigioso, conviniendo las partes voluntariamente en algún medio que componga y parta la diferencia de la disputa.

Para Andrade Cevallos, la transigibilidad implica el abandono de una pretensión de un derecho que se creía tener, y ella importa, por esto, una

disposición o una enajenación de este derecho se efectúa únicamente cuando la persona que realiza este acto tiene plena capacidad para transigir. (Andrade, 2011)

Al respecto, nuestro Código Civil, reconoce a la transacción como un contrato en virtud del cual las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual, no es transacción el acto que solo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa. (Código Civil, 2005, art. 2348)

Sobre la base de estas acepciones, es indudable que la transacción conlleva una renuncia, aceptación o concesión de derechos; en otras palabras, lo que se decida por las partes no tiene que contravenir el ordenamiento jurídico y ser susceptible de aprobación por las mismas en un contrato o convenio determinado. La legislación ecuatoriana no determina concretamente todas las materias que son sujetas de transacción, lo que indudablemente limita tener claro que materias podrían ser sometidas a conocimiento de un tribunal arbitral o a mediación. Es así que todas estas materias las encontramos divididas en diversos cuerpos normativos.

En consecuencia, mientras la transigibilidad no afecte la naturaleza jurídica, la esencia, la ley y las buenas costumbres es totalmente válida para la aplicación o adopción en un contrato, convenio o declaración de voluntad expresa.

En base a lo expuesto, podemos inferir que el arbitraje es un método alternativo de solución de conflictos en el que claramente se denota una declaración de voluntad para someter controversias, presentes o futuras, que versen sobre materia transigible, al conocimiento y decisión de un tercero llamado árbitro; este sometimiento necesariamente excluye a la justicia ordinaria, sea total o parcialmente.

Por otro lado, determinar la naturaleza jurídica del arbitraje requiere de mayor complicación, pues existen diversas discusiones acerca de este tema. Así,

algunos doctrinarios como Caivano sostienen que la naturaleza del arbitraje requiere saber si este tiene una esencia privada o pública o dicho en términos más claros si esta pertenece a la esfera de los contratos, a la de los procesos judiciales o a ambas. (Caivano, s.f.)

Patricia del Pozo, por su parte determina que la doctrina no ha conocido sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, por lo que existe un debate entre dos teorías principales: la contractualista y la jurisdiccionalista; sin embargo, existen también teorías que sostienen que no es posible encasillar la naturaleza jurídica de la institución en ninguna de las teorías anteriormente nombradas, estas teorías son la mixta y la autónoma. (Del Pozo, 2012, pp.33-34)

De estas interpretaciones podemos reafirmar la existencia de una discusión sobre la naturaleza jurídica de esta institución, pues la misma está sometida a dos acepciones en la que su reconocimiento está dividido en privada y pública. La primera, señala que la naturaleza del arbitraje está basada en el contrato, la misma autora señala que el procedimiento arbitral está sustentado en acuerdos contractuales y tanto el acuerdo como el laudo lo reflejan. (Del Pozo, 2012, pp.33-34)

Para resolver el cuestionamiento de Caivano, primero es necesario separar el ámbito privado del público, pues como bien se ha mencionado el arbitraje nace de las declaraciones de voluntad de las partes y de quienes deciden someter a esta vía sus conflictos presentes o futuros. Segundo, la institución arbitral nace del derecho privado, en la medida que los intereses de las partes que intervienen en ella, materializan dicha decisión en un contrato, el mismo que expresa un convenio arbitral que tenga la característica de transigible.

A pesar de tener clara la posición contractualista o privada, es importante mencionar que para González de Cossio, el arbitraje tiene una esencia jurisdiccional, ya que el origen de la institución, su posibilidad de existencia, apoyo estatal y regulación de los actores principales (el árbitro y el juez) es

similar, y en ocasiones idéntica. Esta concepción del arbitraje postula que es una función del Estado controlar y regular los arbitrajes que tengan lugar dentro de su jurisdicción. Ello dado que la solución de controversias mediante la interpretación y aplicación del derecho (la función jurisdiccional) es una función soberana normalmente ejercida mediante los tribunales nacionales establecidos para dicho propósito por el Estado. (Gonzales, s.f.)

En consecuencia, en base a las teorías mencionadas, nos inclinamos por establecer que el arbitraje tiene su naturaleza jurídica en la autonomía y voluntad de las partes, reafirmando que esta es originaria en el derecho privado, pues se debe tener claro que el hecho de que el Estado reconozca al arbitraje como un método alternativo de resolución de controversias, no hace que esta institución se asemeje o sea igual a la jurisdiccional o que su procedimiento se asimile al judicial, pues esta institución es reconocida como alternativa, concepto que denota una exclusión a la justicia ordinaria. Sin embargo, es importante destacar que el Estado no desmerece y deja de reconocer que es este, quien regula los MASC, pero está es en ejercicio de sus facultades para resolver las necesidades de las personas al permitir solucionar controversias de una manera más rápida y ágil, haciendo frente a los problemas como la congestión y retraso procesal a las que con frecuencia se ve afectada la justicia ordinaria.

Finalmente podemos estar de acuerdo con lo que menciona Castillo y Vásquez, al concluir que, pese al análisis de las dos corrientes, el arbitraje tiene ambas naturalezas jurídicas que se manifiestan y se aprehenden, cada una en su respectivo contexto, pues la realización del propósito pone término al carácter contractual y jurisdiccional del arbitraje. (Casillo, 2007)

## 1.2 La sucesión testada y su resolución de controversias

Los conflictos no solo son connaturales al ser humano, sino que son parte sustancial de una sociedad. Ahora bien, previo a determinar con precisión a la

institución del testamento y su resolución de controversias por la vía arbitral, es preciso iniciar explicando los aspectos más relevantes del derecho sucesorio y los conflictos que se generan a raíz de éste.

### 1.2.1 El derecho sucesorio y las clases de sucesión

El derecho sucesorio es una rama del derecho civil, que contiene un conjunto de normas jurídicas que regulan el modo en el que se transmite el dominio y el patrimonio que pueda una persona poseer, una vez producida la muerte de la misma. Para esta sucesión concurren varios derechos ligados a este modo de adquirir el dominio de las cosas y es el Código Civil en su libro tercero, donde se determinan las reglas de dicha sucesión.

A pesar de que nuestra legislación no define la sucesión, es necesario mencionar algunas definiciones que permitan tener una inferencia clara sobre lo que significa la sucesión y cuáles son sus características; al respecto algunos doctrinarios sostienen:

Para Larrea Holguín, suceder significa ocupar el lugar de otra cosa, reemplazar, continuar algo. Aplicando este concepto al plano jurídico, se obtiene varias formas de suceder: unas objetivas y otras subjetivas. La subrogación de una cosa por otra, o de un derecho por otro, son formas jurídicas de sucesión, en sentido objetivo amplio; del mismo modo que la subrogación personal en un derecho u obligación, constituyen formas de sucesión subjetiva. (Larrea, 2008, p. 1)

Vidal, sostiene que la palabra sucesión posee diversas acepciones; así, en sentido amplio es considerada como sinónimo de reemplazo, es decir, ocupar el lugar de otra persona sin importar que esto se produzca como acto entre vivos o por causa de muerte. (Vidal, 2008)

Hernández, afirma que el derecho sucesorio en general abarca la transmisión de bienes de cualquier tipo, de una persona a otra independientemente de la calidad que tengan estas. (Hernández, 1996)

La sucesión significa acción de suceder y en sentido jurídico es la sustitución de la titularidad en los derechos y relaciones que admite la sucesión, o sea cambios en los sujetos de identidad.

De las definiciones citadas, podemos inferir que la sucesión es el medio por el que una o varias personas ocupan el lugar de otra en derechos y obligaciones; es decir, esto conlleva implícitamente que se sustituya y represente a una persona en virtud de su fallecimiento. Consecuentemente, la sucesión otorgará la titularidad de todo un conjunto de derechos a quienes tengan plena capacidad para hacerse de estos.

Podemos complementar la idea que precede, señalando que la sucesión es un acto jurídico por el cual se transmiten los activos y pasivos que forman el patrimonio de una persona, sucediendo a una u otras. Ahora bien, la sucesión establece la posibilidad de transmisión por dos vías, la sucesión testada e intestada. El Código Civil determina que, si se sucede en virtud de un testamento, la sucesión se llama testamentaria; y si es en virtud de la ley, intestada o abintestato. (Código Civil, 2005, art. 994)

En la sucesión abintestato, es fácil determinar que su fundamento se encuentra en la ley, pues no se sucede sin que se siga las reglas que para el efecto se determinan.

Ahora bien, es necesario hacer énfasis en la sucesión testada, pues sobre la base de esta forma de suceder es que se puede hacer uso del arbitraje como un método alternativo de solución a las controversias que puedan surgir. La transmisión va a estar ligada a un hecho determinado que permitirá realizar la transferencia de todo un conjunto de derechos y obligaciones, es decir una vez

que fallezca el causante o testador, será entonces el testamento el instrumento que determinará las asignaciones hechas por el causante así como las declaraciones y disposiciones que pueda hacer este frente a sus herederos o asignatarios o a su vez determinar la solemnidades que requiere cumplir el testamento para su cabal cumplimiento.

En esta línea, el testamento, es definido por algunos doctrinarios como:

Una declaración de última voluntad, relativa a los bienes y otras cuestiones: reconocimientos filiales, nombramientos de tutores, revelaciones o confesiones, disposiciones funerarias. Documento donde consta legalmente la voluntad del testador. (Cabanellas, 2010, p. 382)

Para Javier Arce Gargollo, el testamento es un acto personalísimo, revocable y libre que establece la posibilidad de que una persona llamada testador disponga de sus bienes y derechos, teniendo la libertad para hacer sus disposiciones testamentarias como lo juzgue más conveniente, dentro de los límites y con la forma que establece el ordenamiento jurídico. (Arce, 2011)

Alfonso Zermeño Infante, determina que el testamento es un acto jurídico mortis causa por excelencia, porque no se puede contraponer el testamento a la Ley porque ésta es la que faculta a una persona a su realización mediante el cumplimiento de ciertos requisitos y solemnidades. Es decir, de la Ley surge la eficacia jurídica del testamento (Zermeño, 2001)

José Sánchez Cordero, menciona por su parte que el testamento es un acto personalísimo revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple un acto jurídico unilateral mortis causa, ya que surte sus efectos a la muerte de su autor y está destinado a la reglamentación de una situación jurídica. Este acto va a estar determinado por ciertos requisitos básicos que rigen a la sucesión testamentaria. (Sánchez, 1981)

Finalmente, nuestro Código Civil, señala que el testamento es un acto más o menos solemne en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes, para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva. (Código Civil, 2005, art. 1037)

En consecuencia, el testamento es un acto que manifiesta la voluntad personalísima de una persona; voluntad que implica que este instrumento responda a los sentimientos más espontáneos de la persona en la que se dispone de sus bienes en beneficio de sus legitimarios o de terceras personas, así también el mismo podrá contener disposiciones y declaraciones que permitan cumplir su voluntad frente a sus legitimarios o asignatarios por medio de terceros. Por esta razón, y en concordancia con lo establecido por Larrea Holguín, en el testamento se pueden manifestar sentimientos, declaraciones de diversa índole o disposiciones de carácter no patrimonial y recomendaciones sobre el modo de administrar sus bienes o sobre la partición de los mismos. (Larrea, 2008, p. 153)

#### 1.2.2 Los conflictos derivados de la sucesión testada y el testamento como materia transigible

La sucesión testada como un modo de adquirir el dominio de las cosas, implica que las disposiciones realizadas por el testador en el mismo instrumento, puedan ser sujetas posteriormente a su muerte a reclamaciones por parte de sus herederos o asignatarios. Estas disposiciones posiblemente conflictivas, son solucionadas actualmente por la vía judicial, aunque puede existir la posibilidad de que el testador incluya en dicho acto otras vías y formas de solucionar los conflictos que se deriven del mismo.

Determinar con claridad las posibles vías de solución de controversias dentro de esta institución, requiere no solo de un análisis del ordenamiento jurídico y sino también de la voluntad del testador. Pero, antes de hacer este análisis es importante señalar los posibles conflictos que puedan surgir dentro de esta institución; para ello se podría enlistar los siguientes conflictos:

1. Ejecución del testamento;
2. La inconformidad de las disposiciones testamentarias;
3. La oscuridad o ambigüedad del testamento.
4. La incapacidad del testador
5. Las disposiciones ineficaces producto de la ilegalidad de las mismas.
6. La inconformidad con el nombramiento del albacea o ejecutor testamentario.
7. Entre otras que afecten directamente al título o a sus herederos o asignatarios.

Todos estos posibles conflictos, dan la pauta a los herederos o asignatarios de poder revocar, reformar o incluso solicitar la nulidad del testamento. Sin embargo, en nuestra legislación, el Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGP) determina que el testamento es un título ejecutivo, cuando las obligaciones en el contenidas se tornen puras, determinadas y exigibles. (Código Orgánico General de Procesos, 2016, arts, 374 y 375). Particularmente la ejecución del testamento debe hacerse por medio de este procedimiento, es decir, como la ejecución de un título ejecutivo.

Entonces, sobre la base de esta vía de solución de conflictos se pretende determinar si dentro de la naturaleza del testamento, podría establecerse paralelamente a la vía ejecutiva, la posibilidad de someter a arbitraje la resolución de estas controversias, tomando en cuenta la voluntad del testador. Aquí surge otra interrogante, ¿La naturaleza jurídica del

testamento, puede aceptar una vía alterna de solución de controversias a la ya existente como materia transigible?

Para responder esta interrogante en particular, habrá que analizar todos los aspectos relevantes que reconocen nuestro ordenamiento jurídico vigente y la misma naturaleza jurídica del instrumento objeto de estudio. Para ello es importante mencionar lo siguiente:

Sobre las reglas dadas en el Código Civil, respecto a la sucesión testada y de la inteligencia y efecto de las disposiciones testamentarias, prevalecerá la voluntad del testador claramente manifestada con tal que no se oponga a los requisitos o prohibiciones legales. (Código Civil, 2005, art. 1097)

La validez que la ley reconoce a las disposiciones testamentarias no tiene otro punto de apoyo que la voluntad del causante. Por ello, las disposiciones de última voluntad son esencialmente revocables; el acto más solemne no impide volver al día siguiente sobre las cláusulas y alterarlas o dejarlas sin efecto. En materia testamentaria, único que interesa es, pues, la voluntad del causante. Pero como en los contratos, aquí también esa voluntad debe juzgarse a través del prisma de la declaración. (Borda, 2012, p. 169)

En base al ordenamiento jurídico vigente, añadiendo las acepciones doctrinarias que sostienen que el testamento tiene su naturaleza jurídica en la voluntad del testador, podemos concluir que este instrumento puede contener diversas disposiciones de carácter lícitas, incluyendo la forma de resolver sus controversias, por lo que a más de ser considerado un título ejecutivo que tiene la característica de transigible, la ejecución de sus controversias podría estar sujeta a una vía alterna a la judicial ya establecida y antes mencionada. Reafirmando que esta posibilidad alterna no contraviene el ordenamiento jurídico vigente.

## **2. CAPÍTULO II. EL ARBITRAJE TESTAMENTARIO EN EL DERECHO COMPARADO**

No cabe duda de que actualmente el arbitraje es considerado como el método alternativo de solución de conflictos por excelencia, mecanismo que ha venido siendo practicado por más de 10 años en el Ecuador y que en sus orígenes careció de mayor importancia y utilización a la que se le daba en esa época. Sin embargo, su crecimiento y expansión en la actualidad ha sido inminente, tal como se ha venido precisando a lo largo del presente ensayo, se intenta proyectar su utilización como herramienta de solución de controversias para una sociedad en la que las relaciones sociales y comerciales han dado brecha abierta para la utilización de este MASC.

La inclusión de otras formas de solución de controversias a las ya existentes dentro de la sucesión testada no es nueva para otras legislaciones, existen algunos ordenamientos jurídicos que reconocen al arbitraje como un MASC, efectivo y eficaz para resolver los conflictos no solo testamentarios, que es lo que más se destaca en el presente ensayo, sino también los conflictos que puedan surgir en otras áreas del derecho, esto nos lleva a pensar que actualmente la institución del arbitraje se encuentra en un proceso de expansión a otras ramificaciones propias del derecho, diferentes al ya frecuente en materia comercial.

A continuación, se abordará la expansión del arbitraje a otras áreas del derecho, para ello será necesario determinar todos los factores, elementos y ejemplos que han contribuido al progreso de esta institución en su aplicación a figuras jurídicas nuevas y ya existentes. Consecuentemente, se podrá destacar la aplicación del arbitraje en el derecho sucesorio, particularmente en la sucesión testada, reafirmando que el testamento tiene la característica de transigible, necesaria para el sometimiento de estos conflictos a la vía arbitral. Finalmente será también necesario destacar a la Legislación Española, quien dentro de su ordenamiento jurídico reconoce al arbitraje testamentario, esta

nos permitirá tener un claro ejemplo de cómo opera esta institución, que es el resultado de dos instituciones perfectamente coexistentes y que comparten elementos fundamentales que permiten su implementación y aplicación.

## 2.1 La expansión del arbitraje a otras áreas del derecho

El esparcimiento del arbitraje a otras áreas del derecho, tiene su fundamento en la continua expansión de las necesidades humanas y esta en relación a los intereses que son sujetos de protección y consecuentemente objeto de análisis para el establecimiento de métodos de solución de conflictos, sería apresurado determinar directamente esta expansión del arbitraje en el derecho sucesorio, sin embargo se requiere del análisis de distintas posturas doctrinarias y de algunos ejemplos de esta expansión a otras áreas del derecho las que nos permitirán comprender con claridad porque y como el derecho sucesorio encaja en esta expansión arbitral, es así que a continuación se señalan algunos criterios doctrinarios:

Vado Grajales, sostiene que el arbitraje ha tenido un campo de crecimiento muy importante en la materia mercantil, sobre todo en comercio exterior. Se han firmado por nuestro país diversas convenciones internacionales en materia de arbitraje, como la Convención de Arbitraje de las Naciones Unidas y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. Incluso se cuenta con la llamada Ley modelo sobre arbitraje comercial internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de junio de 1985. (Grajales, s.f.)

Moral Bernal, sostiene que el arbitraje, sea nacional o internacional es en la actualidad objeto de mucho interés. El auge del comercio internacional, el auge de los acuerdos comerciales y de protección de inversiones, han operado como poderosos catalizadores en el desarrollo y práctica de este modo de solución de controversias. (Bernal, 2013)

En la misma línea del análisis que hacen Vado Grajales y Moral Bernal, me permito complementar que la protección de los conflictos que pueden surgir en materia comercial y las que han sido sujetas a acuerdos o convenios internacionales, han posicionado al arbitraje como el método de solución de conflictos más utilizado entre empresarios e inversionistas, es así que muchos de sus conflictos son sometidos a centros de arbitraje internacional como por ejemplo el CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones), y en general existen un sin número de centros de arbitraje internacionales, pero como bien se señalaba actualmente esta institución en el ámbito comercial ha sido permanente y más bien, existen otras áreas del derecho en las cuales se ha implementado este método de solución de diferencias como por ejemplo el arbitraje en el derecho aeroespacial, propiedad intelectual, informático, entre otros.

Para el efecto de análisis y estudio en el presente ensayo, nos enfocaremos en el derecho informático, ya que el desarrollo de nuevas tecnologías presiona a la institución arbitral a estar al día en las constantes exigencias de una sociedad que busca en los MASC, una seguridad en las diferentes acciones en las que se desarrollan, para tener como resultado un equilibrio y estabilidad en los intereses que puedan ser transigibles y objeto de controversia.

### 2.1.1 El arbitraje en el derecho informático

Como bien se mencionaba en el subtema que se precedió, haremos un análisis del derecho informático y como esta institución ha sido una figura jurídica novedosa para el arbitraje, pues la expansión de la tecnología ha permitido desarrollar y expandir su aplicación al derecho arbitral, para ello es necesario señalar algunas posiciones doctrinarias respecto a la expansión en esta área del derecho, las cuales sostienen:

Para Felipe Rodríguez, vale decir que entendemos como derecho informático “el tratamiento sistemático y normativo tendiente a regular la informática en sus

múltiples aplicaciones (burótica, robótica, telemática etc.)". No es difícil imaginar las consecuencias del avance tecnológico en la vida cotidiana de las personas, comunidades, sociedades, naciones y uniones de países, es que la informática, tal como la imaginamos, como la aplicamos, en nuestra actividad diaria ha excedido largamente aquella función originaria de procesamientos de datos, se ha extendido no solo a esta tarea sino también a las comunicaciones a distancia, la transmisión de imágenes, voces, a la incorporación de la computación a todas nuestras rutinas diarias, llegando incluso a incorporar el estudio de formas inteligentes artificiales. (Rodríguez, 2013)

Acogiendo el criterio de Rodríguez, el derecho informático, implica la protección de todas las posibles acciones que puedan realizarse en el ejercicio de la informática en sus múltiples aplicaciones, lo que ha ayudado a esta rama del derecho a preocuparse de su protección legal en una era en donde los avances jurídicos deben ir a la par del surgimiento de problemas que puedan generarse en el desarrollo del derecho informático.

Sin embargo, la solución de estas controversias informáticas se vuelve compleja en la medida que requiere de un apoyo técnico que permita verificar el incumplimiento, violación o inadecuada aplicación de la informática dentro de un determinado acto o contrato, lo que es casi imposible para la justicia ordinaria poder determinar con facilidad los problemas jurídicos que puedan afectar al desarrollo de cualquier acto o contrato en el derecho informático, haciendo compleja la solución de sus conflictos. Es aquí donde el arbitraje informático tiene un papel fundamental, la ejecución de actos y contratos informáticos establece la posibilidad de someter a arbitraje los presentes o futuros conflictos que puedan surgir de este, debido a la transigibilidad de derechos que caracteriza a los contratos informáticos, atendiendo la naturaleza jurídica de las mismas.

Rubio Alamillo, Arbitro y Perito Informático sostiene que la realización de un arbitraje informático implica el intento de conciliación entre las partes, por lo

que el perito informático, como profesional imparcial y objetivo en el proceso debe escuchar a las mismas, estudiar el caso y, finalmente, emitir un dictamen conocido como laudo arbitral, que puede ser vinculante o no en función del tipo de procedimiento en el que se esté inmerso. (Rubio, 2015)

Es importante mencionar que los contratos informáticos tienen por objeto el uso, goce y disposición de bienes o servicios informáticos con el fin de obtener recursos. En la actualidad existen muchos contratos de carácter informático que se han visto en la necesidad de aplicar el arbitraje como una solución efectiva y beneficiosa para las partes. En esta misma línea, cabe destacar que dentro de algunos contratos informáticos que establecen la posibilidad de someterse a arbitraje en el caso de que se susciten controversias. por ejemplo, tenemos el contrato de mantenimiento informático, que es uno de los contratos más utilizados, el cual consiste en realizar labores de soporte técnico relacionados al mantenimiento de hardware, software y análisis, programación, mejoras y modificaciones del sistema informático. Teniendo como característica esencial de este contrato la relación pecuniaria que tienen las partes, la cual es exclusivamente de carácter mercantil, en el cual no existe ningún vínculo laboral entre estas. Para estos contratos informáticos se han vuelto totalmente válidas las disposiciones de aplicar una vía alterna a la de la jurisdicción ordinaria para solucionar conflictos derivados de estos contratos. Dentro de las cláusulas que contiene el mencionado contrato se establece el arbitraje, debido a que en el acontecimiento de que exista una divergencia entre las partes estas se someterán a la decisión de los árbitros. Se puede establecer que en estos contratos informáticos se ha visto más frecuente la aplicación de estas cláusulas arbitrales para lograr resolver los conflictos de una manera más rápida y eficaz.

Por esta razón, la expansión de las relaciones sociales y los intereses de las personas, principalmente dentro del ámbito comercial, las empresas y consumidores han obligado a estas figuras jurídicas nuevas como el derecho

informático a adaptar las necesidades de las personas al arbitraje como un método más efectivo de solución de controversias.

Nuevamente citando a Rubio Alamillo, el sostiene que las ventajas de acudir al arbitraje informático en lugar a la vía civil son evidentes, ya que la vía arbitral es mucho más rápida y económica que la civil y el laudo arbitral siempre va a estar refrendado por un perito informático experto en la materia, evitando posibles sentencias judiciales erróneas motivadas por un desconocimiento de la materia objeto de la controversia. (Rubio, 2015)

Podemos concluir que el arbitraje informático, no es otra situación que implica el ajuste de una figura jurídica a la realidad arbitral, en el presente caso significa los posibles conflictos que pueda implicar el uso de tecnologías de la información que cuente con la transigibilidad a las que necesariamente debe contar el sometimiento a esta vía. Es esta expansión del arbitraje a las que se ve envuelta la realidad jurídica de las distintas ramificaciones del derecho y en el presente caso del derecho informático, demostrando que los constantes cambios y requerimientos de la sociedad deben ser adaptadas a vías de solución de controversias efectivas como ha venido demostrándose con el arbitraje.

### 2.1.2 El arbitraje en el derecho sucesorio

Con los criterios ya expuestos, me permito reafirmar el constante cambio y expansión de las figuras jurídicas que hoy en día están orientadas a ser adaptadas muchas ellas a operaciones comerciales y transigibles de acuerdo a la naturaleza jurídica de las mismas, lo que conlleva a pensar propiamente en la manera de resolver sus posibles controversias, es ahí donde los MASC juegan un papel fundamental, en la medida que estas exigencias jurídicas son adaptadas a métodos por excelencia como el arbitraje.

Ahora bien, en el caso particular del derecho sucesorio es indudable que como bien se ha determinado en el presente ensayo, siendo esta una institución clásica y poco desarrollada es menester señalar la exigencia y necesidad de la misma institución a adaptar los métodos de solución de las controversias como el arbitraje a los conflictos testamentarios, lo que implica el sometimiento de un título que contenga todos los requisitos mínimos como la transigibilidad de la que hablamos anteriormente.

Gomá Lanzón, notario de Madrid, sostiene que el ámbito sucesorio es especialmente sensible a la lentitud y dramatismo de la resolución judicial de conflictos en un ámbito muy particular: el de las relaciones personales, pues una tardía resolución de las diferencias jurídicas o económicas entre los llamados a la herencia suele implicar una putrefacción y enquistamiento de los problemas personales. Finalmente, el mismo autor sostiene que está firmemente convencido de la utilidad del arbitraje y también dicho sea de paso, de la necesidad de flexibilizar el Derecho de sucesiones. (Gomá, 2013)

En este sentido, dentro de la sucesión testada es este instrumento entonces, la institución que de acuerdo a su resolución tradicional de conflictos, permitiría aplicar el arbitraje testamentario como un método alternativo al tradicional, lo que indudablemente podría ayudar a esta institución a reafirmarse como una institución nueva y potenciada, otorgaría a quienes bien lo deseen, la posibilidad de someter los futuros conflictos que se generen de un título ejecutivo como materia transigible y tener un proceso arbitral en el que sus exigencias podrían ser resueltas de mejor manera, en un tiempo más corto al establecido en el ámbito judicial.

En cuanto a su evolución, el mismo autor señala que no es frecuente todavía encontrar cláusulas en las que se instituya el arbitraje testamentario, pero si lo ha sido incluir disposiciones en las que se prohíbe la intervención judicial en la herencia, estableciendo privación de derechos sucesorios en la parte disponible si no se atendía a dicho mandato, pero el arbitraje tiende en parte a

evitar que sus herederos se enzarcen en disputas interminables, poniendo en peligro su patrimonio y relaciones personales, especialmente en el ámbito familiar. (Gomá, 2013)

En consecuencia, es esta expansión del arbitraje a la que se hacía mención, la que indudablemente otorgaría mayor fuerza a esta forma de resolución de controversias como el arbitraje testamentario, siendo no propia ni común del derecho sucesorio. Este método alternativo permitiría a los herederos o asignatarios someter sus conflictos a una vía en la que desde el contexto arbitral no implica una presión judicial a la que en la práctica desgasta y genera incomodidades en quienes están disputándose no solo el patrimonio de su progenitor sino el mantenimiento de las relaciones familiares. Pero, ¿Cómo funciona el arbitraje testamentario en otras legislaciones?

Para comprender su funcionamiento, será necesario abordar en el siguiente subtema, un ejemplo de cómo esta institución arbitral se ha ido desarrollando en otras legislaciones, particularmente se estudiará a la Legislación española y finalmente, redactar un modelo de una cláusula arbitral testamentaria en España.

## 2.2 El arbitraje testamentario en la Ley 60/2003 de Arbitraje de España

Las legislaciones europeas y particularmente la española, han sido pioneras en el desarrollo normativo y doctrinario, estos avances en materia de derechos, ha permitido desarrollar a la institución arbitral en áreas como el derecho sucesorio, respondiendo y estando alineadas a las necesidades de una sociedad que busca procesos más cortos de resolución de controversias. A continuación, determinaremos con mayor precisión como funciona esta institución en la legislación española.

### 2.2.1. El arbitraje en España

Como bien se ha enfatizado, la legislación española ha servido como referente a otras legislaciones en la adopción de normas y leyes que han permitido un desarrollo en la sociedad

Lorca Navarrete, sostiene que en concreto y en el ámbito del arbitraje interno, a la Ley española parte del principio de ofertar un cauce sencillo y económico para la eliminación de conflictos jurídicos mediante el uso de la libertad personal y garantizándose al mismo tiempo que el sistema arbitral que se instaura sea igualatorio. Por ello la ley es básicamente anti formalista en tres aspectos: 1. Se reduce la intervención del notario público; 2. Se reduce al máximo la intervención de jueces y tribunales estáticos, y; 3. posibilita el acceso a los juzgados y tribunales mediante un recurso. (Lorca. 1989)

Es entonces, en base al progreso y estabilidad de la legislación arbitral en España la que nos permite tomarla como referencia para el estudio de esta nueva modalidad arbitral que responde actualmente a la necesidad de una sociedad en la que la implementación de nuevas formas de solución de controversias en áreas donde no han sido comunes, permite solucionar sus conflictos que en el presente caso de estudio es el testamento, utilizando los métodos que hasta la presente fecha se han mostrado como facilitadores y descongestionares de un sistema normal y clásico como la vía judicial la que se pretende analizar y adaptar a la legislación ecuatoriana un

### 2.2.2. El arbitraje testamentario en la LAM española

Sobre la historia del arbitraje testamentario en la LAM española, Goma Lanzón determina la historia y su surgimiento de la siguiente manera:

El arbitraje testamentario fue reconocido legalmente en la ley de arbitraje de derecho privado de 1953, aunque anteriormente la Dirección General de los

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

El mismo autor hace una comparación de las 3 leyes han venido manejándose dentro de la legislación española de la siguiente manera:

La ley de 1953, en su artículo 5 decía que: “el arbitraje se establecerá siempre por contrato y en forma de escritura pública, salvo que se instituya por disposición testamentaria para solucionar extrajudicialmente las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos por cuestiones relativas a la distribución de la herencia”

El artículo 7 de la ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje, decía: “Excepcionalmente, será válido el arbitraje instituido por sola voluntad del testador que lo establezca para solucionar las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos o legatarios para cuestiones relativas a la distribución y administración de la herencia”

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

El autor concluye, mencionando que como se puede apreciar la evolución no es muy grande: respecto a la ley de 1953, la ley de 1988 incluye la mención a los legatarios en el 88, que persiste; también en el 88 se añade la expresión “excepcionalmente”, que desaparece en el 2003 y la referencia a la “administración de la herencia”, que persiste hoy. (Gomá, 2013)

Sobre la evolución del arbitraje testamentario a la que se hace mención en esta legislación, se puede inferir que la ley española ha desarrollado esta modalidad arbitral desde ya hace 34 años, lo que implica un desarrollo y perfeccionamiento en la ejecución de esta forma de solución de conflictos. Sin embargo, para tener una mejor apreciación de como se establece las cláusulas testamentarias en la Ley Española nuevamente señalando a Goma Lanzón, el mismo establece dentro de su obra algunos modelos de cláusulas arbitrales testamentarias:

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

Es voluntad del testador que esta disposición comprenda igualmente las diferencias que pudieran existir entre sus herederos forzosos por lo que, si

alguno de ellos no aceptase esta disposición y exigiese la intervención de los tribunales, quedará reducida su parte a lo que por legitima estricta le corresponda; y si todos los legitimarios la rechazasen, les lega su legitima e instituye heredero a. (xxx)

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

Solicitando el arbitraje por cualquiera de los interesados, los demás implicados en la controversia se adherirán expresamente al arbitraje y si alguno no lo hiciere o se opusiese de cualquier forma al arbitraje ordena el testador que quede privado de todo derecho en la sucesión o, si se trata de un heredero forzoso, reducido a su legitima estricta acreciendo su parte a los demás herederos. A tales efectos, se considera que no ha existido contestación transcurridos quince días a partir de la notificación notarial fehaciente que a tal efecto le haya hecho el demandante, la institución arbitral o el albacea nombrado sin que el demandado se hubiera adherido al arbitraje. (Gomá, 2013)

De la mencionada cláusula modelo, podemos analizar que la misma responde a la voluntad integral del testador, cláusula que ha sido discutida y en su efecto redactada por un profesional del derecho que evidentemente refleja las necesidades de un cliente que establece y permite a sus herederos o legitimarios, la solución de sus posibles controversias e inclusive previendo los conflictos que puedan suscitarse con el albacea, su cónyuge y todos los que estén estrechamente ligados a los efectos jurídicos de la muerte del testador. La cláusula que hemos tomado como ejemplo establece la posibilidad de someter a sus herederos a condiciones que a bien le parezcan al testador para poder acceder a la parte que le corresponde en virtud del testamento siempre y cuando acepten el sometimiento de sus diferencias a esta vía arbitral.

Del estudio de la legislación española, podemos inferir que el arbitraje testamentario tiene una regulación que ampara su adopción y ejecución, esto implica que se establezcan parámetros y requisitos de idoneidad, así como también la posibilidad de alcanzar la impugnación del testamento cuando la cláusula de nulidad no afecte a la cláusula arbitral.

Finalmente, de la legislación española podemos inferir que en la práctica, se sugiere que dentro de la cláusula arbitral se establezca o nombre peritos, albaceas, contadores y demás personas que permitan facilitar la decisión del árbitro que conozca el proceso arbitral. Esto hace del arbitraje testamentario una institución sólida y bien estructurada, la misma que ha venido permitiendo a lo largo de varias décadas la solución de forma eficiente y rápida de conflictos que puedan surgir de este instrumento. Esto nos lleva a pensar que la adopción de esta forma de solución de controversias en la legislación ecuatoriana generaría un aporte significativo a la forma de solucionar los conflictos derivados de un testamento, además de permitir a la institución arbitral un progreso significativo, reafirmandose como un método alternativo de solución de controversias por excelencia.

### **3. CAPÍTULO III. INSTRUMENTALIZACIÓN DEL ARBITRAJE TESTAMENTARIO**

Del estudio y análisis de las dos instituciones que se pretenden fusionar, toda vez que se ha determinado con suma claridad las características de cada una de ellas y como se aplicaría el testamento a la institución arbitral con el fin de obtener una nueva institución que permita dirimir las controversias presentes o futuras que surjan de un instrumento en donde la misma contiene asignaciones y disposiciones de distintas clases y naturaleza, se hace necesario hacer un análisis final sobre la instrumentalización del arbitraje testamentario. Para ello se establecerá, explicará y abordará de manera oportuna dos formas de hacer efectivo esta nueva modalidad arbitral, señalando sus características y como se

aplicarían a la práctica jurídica. Hablamos claramente de las disposiciones testamentarias y las cláusulas condicionales suspensivas.

### 3.1. Las disposiciones testamentarias como cláusula arbitral

Para el otorgamiento de un testamento es importante tener en cuenta todos los requisitos necesarios que se han mencionado a lo largo de esta investigación, además de los que establece la ley para otorgarle plena validez al mismo. Sin embargo, para el estudio del presente subtema nos centraremos en el análisis de uno de los requerimientos más importantes, requisito que tiene una estrecha relación con la posibilidad de adoptar el arbitraje a la sucesión testada, nos referimos a las disposiciones testamentarias, pero para comprender más a fondo lo que implican estas disposiciones testamentarias y como estas tienen incidencia dentro de la idea de establecer el arbitraje al testamento, será necesario tomar en cuenta algunas posiciones doctrinarias que nos permitan esclarecer y tener una mejor idea de que es una disposición testamentaria y cómo estas lograrían a los herederos poder resolver sus controversias una vez que se produzca el fallecimiento del testador.

Pérez Gallardo, sostiene que: De esta manera se contempla al testamento como un simple caparazón en que pueden tener cobija las más variadas manifestaciones de última voluntad con designio normativo. (Gallardo., 2004)

Sobre este revestimiento de todas estas variadas manifestaciones de última voluntad con designio normativo a las que hace mención Pérez Gallardo, podemos inferir que esto implica la posibilidad de establecer disposiciones testamentarias que no afecten el ordenamiento jurídico vigente y que puedan ser aceptadas o rechazadas por los herederos o legitimarios. En este sentido establecer disposiciones testamentarias de métodos o medios de solución de conflictos, serían totalmente aceptables y viables.

Complementando lo anteriormente dicho, es necesario destacar lo que establece nuestra legislación, concretamente en el Código Civil, normativa que hace referencia a estas disposiciones, determinando que:

Art. 1037.- El testamento es un acto más o menos solemne en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes, para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva. (Código Civil, 2005, art. 1037)

Art. 1084.- Todo asignatario testamentario deberá ser persona cierta y determinada, natural o jurídica, ya sea que se determine por su nombre o por indicaciones claras del testamento. De otra manera, la asignación se tendrá por no escrita.

Es sobre estas definiciones de las que partiremos el análisis de las disposiciones testamentarias, pues complementando el alcance de los artículos antes mencionados, de conformidad con lo que señala la Enciclopedia jurídica virtual, “el poder de disposición hace referencia a una potestad reconocida al sujeto con relación al objeto de una concreta relación jurídica (expresado en derechos y bienes determinados), para actuar dicho objeto con eficacia jurídica.” (Jurídica. 2014)

Por su parte el mismo cuerpo legal establece,

**Art. 995.-** Se llaman asignaciones por causa de muerte las que hace la ley o el testamento de una persona difunta, para suceder en los bienes de esta. (Código Civil, 2005, art. 995)

Estas disposiciones a las que le atribuimos la relación con el objeto de estudio, dentro de la sucesión testada es el testador aquella persona a la que se le atribuye el derecho de ejecutar un acto jurídico que implica la asignación o disposición de sus bienes en los que incluyen activos, pasivos y formas en las

que debe realizarse esa asignación de bienes, la finalidad de estas disposiciones a las que se hace referencia, están hechas exclusivamente para que sean efectivizadas después del fallecimiento del testador y por consiguiente sean estas en beneficio de sus herederos o legitimarios.

Ahora bien, la asignación y disposición de activos y pasivos a las que se hizo referencia, y que más aún se pretenden adoptar y ejecutar al arbitraje testamentario en nuestro ordenamiento jurídico, implicaría la necesidad de realizar un profundo análisis sobre el alcance que tendría las disposiciones testamentarias tanto en su interpretación, así como los efectos que tendrían en el ordenamiento jurídico y las afectaciones que se produzcan directamente en la práctica.

La ejecución de una disposición testamentaria, implican la necesidad de establecer métodos de interpretación que haría efectivo el cumplimiento de estas disposiciones, para ello suelen emplearse como menciona Pérez Gallardo, varios medios o elementos, las palabras que ha utilizado el testador, otras cláusulas contenidas en el propio testamento, e incluso en testamentos precedentes y todos los demás medios que nos permita llegar a la convicción de cuál fue la voluntad del otorgante, como sus costumbres, conducta o lenguaje. Sobre estos métodos de interpretación mencionados en el párrafo anterior, se puede inferir que el establecimiento de medios de solución de conflictos en el testamento debería en estricto sentido ser interpretado de la misma forma, es decir atendiendo al interés y beneficio del testador.

La Cruz Berdejo, citado por Pérez Gallardo, señala que elemento medular en la interpretación de la voluntas testatoris es el tenor del propio testamento, al cual hay que acudir para atenerse cuando falta razón válida para dudar su significado. (Gallardo, 2004)

Las disposiciones testamentarias derivadas de la celebración de un testamento, en primer lugar, deberán atender como menciona La Cruz Berdejo

a la voluntad del testador. En segundo lugar, tienen un alcance directo a los herederos o legitimarios, lo que implica que estas disposiciones los afecta en el sentido de que estas van a generar que se les entregue no solo bienes que implican activos y pasivos, sino también obligaciones de dar hacer o no hacer alguna cosa dependiendo de las disposiciones planteadas, las mismas que deberán ser lícitas para su cumplimiento.

Al respecto el Código Civil establece en el artículo 1095, que:

Art. 1095.- Si el cumplimiento de una asignación se dejare al arbitrio de un heredero o legatario a quien aprovecharse rehusarla, estará el heredero o legatario obligado a llevarla a ejecución, a menos que pruebe justo motivo para no hacerlo así. Si de rehusar la asignación no resultare utilidad al heredero o legatario, no estará obligado a justificar su resolución, cualquiera que sea. (Código Civil, 2005, art. 1095)

Finalmente, el alcance al que se hace mención implica también la posibilidad de que puedan ser afectados a más de los ya antes mencionados, los albaceas o encargados de hacer efectivo los deseos del testador, estas personas son personas de confianza del testador que ayudan a estas disposiciones a encontrar su finalidad.

En consecuencia, sobre los argumentos doctrinarios y legales debidamente mencionados en el presente trabajo de investigación, podemos afirmar que la elaboración de una disposición testamentaria que implique el sometimiento de todos los afectados al testamento a una determinada forma de solución de controversias como es el arbitraje, en este sentido es totalmente posible y viable, pues de todo el análisis realizado se concluye que no contraviene el ordenamiento jurídico vigente.

### 3.2. La cláusulas condicionales suspensivas y resolutorias como sometimiento a la vía arbitral

A más de la cláusula dispositiva de la que se hizo referencia en el subtema que precedió, es necesario establecer la segunda posibilidad de sometimiento de los conflictos derivados de la sucesión testada a la vía arbitral, estamos hablando de las cláusulas condicionales suspensivas, para ello será necesario establecer una definición acertada en base a distintas posiciones doctrinarias, acompañadas de un análisis legislativo respecto de la cláusula que se pretende estudiar, determinaremos la naturaleza jurídica y finalmente se establecerá si su aplicabilidad es posible en la realidad jurídica del testador frente a sus intereses.

Como bien se hacía referencia, las interpretaciones doctrinarias sobre las cláusulas materia de este subtema, permitirán una mejor comprensión de cómo estas podrían ser aplicadas a la institución arbitral, a continuación, se mencionarán algunas acepciones sobre las cláusulas condicionales y como estas pueden ser consideradas por algunos doctrinarios.

Raúl Anido, sostiene que es admisible en nuestro derecho la institución de heredero sometida a condición o plazo, suspensiva y resolutoria; agregándose, además, admitir la cláusula resolutoria como efecto de la cual se resuelve la institución del heredero o legatario por incumplimiento del modo. A demás sostiene que la condición a la que está sometida la institución de heredero bien puede ser el fallecimiento de un tercero, pero puede acaecer que el evento condición en el testamento, esté dado por otros factores propios de la institución. (Anido, 1991)

Vaquero Aloy en su obra Libertad de testar y condiciones testamentarias, sostiene que: Los límites generales expresos a la facultad de condicionar las disposiciones testamentarias son escasos. Existe un límite general a la aposición de condiciones en los testamentos y legados que radica en la intangibilidad de la legítima. No cualquier condición puede ser incluida en la disposición testamentaria. Dos son los criterios que combinan nuestros legisladores. Por un lado, el criterio objetivo, basado en la infracción de la ley o

las buenas costumbres y, por otro, un criterio subjetivo, basado en la voluntad del testador al establecer la condición. Finalmente, el mismo autor establece las disposiciones que no pueden ser incluidas bajo condición, tales como: La libertad de contraer matrimonio, la libertad religiosa, entre otras que afecten directamente a los derechos de los herederos, legitimarios y todos aquellos que se vean envueltos en el testamento. (Vaquer, 2015)

Complementando la información proporcionada por los antes mencionados doctrinarios, es importante destacar lo que nuestra legislación establece, al respecto nuestro Código Civil determina que:

Las asignaciones testamentarias pueden ser condicionales. Asignación condicional es, en el testamento, aquella que depende de una condición, esto es, de un suceso futuro e incierto, de manera que, según la intención del testador, no valga la asignación si el suceso positivo no acaece o si acaece el negativo. (Código Civil, 2005, art. 1098)

De las definiciones antes mencionadas, se puede reafirmar que las asignaciones condicionales en el testamento, encuentran su naturaleza jurídica en la voluntad del testador, quien en el ejercicio de sus plenas facultades establece cláusulas condicionales para que se perfeccione el precitado instrumento, sean estas suspensivas o resolutorias. A más de esto, podemos determinar que las condiciones en el testamento tienen su respaldo legal en lo que determina las obligaciones condicionales a las que se hace regencia el Código Civil, la misma que señala:

Sobre las reglas dadas en este Título, acerca de la inteligencia y efecto de las disposiciones testamentarias, prevalecerá la voluntad del testador claramente manifestada, con tal que no se oponga a los requisitos o prohibiciones legales. (Código Civil, 2005, art. 1097)

Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro que puede suceder o no. (Código Civil, 2005, art. 1489)

La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho; y resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho. (Código Civil, 2005, art. 1495)

El artículo antes mencionado establece la posibilidad de someter derechos y obligaciones de carácter contractual a condiciones debidamente determinadas y determinables, éstas de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico deberán cumplir ciertos requisitos. Ahora bien, sobre esta breve introducción de las cláusulas condicionales en el testamento podemos determinar que su aplicación a la institución arbitral como bien se mencionaba es totalmente posible y viable, siempre y cuando estas condiciones sean suspensivas o resolutorias a las que se hace referencia no afecten derechos de terceros y no sean contrarias al ordenamiento jurídico vigente.

Calatayud Sierra, sostiene que 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. (Calatayud., 2012, p. 178)

Finalmente, es importante relucir que la inclusión de una cláusula suspensiva o resolutoria que imponga no solo el sometimiento de los conflictos que puedan surgir del testamento, sino también de los conflictos que puedan surgir entre los herederos y/o legitimarios con los albaceas, peritos y demás personas designadas para el cumplimiento de todas las disposiciones que se hallaren en el testamento al conocimiento de un Tribunal Arbitral, permitiría asegurar al

testador hacer efectivo sus disposiciones y anhelos, pues el sometimiento de controversias a la vía arbitral, como bien ya se ha venido mencionando a lo largo de la presente investigación, logrará resolver los conflictos en un tiempo más corto al judicial.

A continuación, me permito determinar algunos ejemplos de cláusulas condicionales:

El (nombre), en calidad de testador, dispone a sus herederos que se resolverá mediante arbitraje cualquier conflicto que surja entre todos quienes tienen derechos del presente testamento, incluyendo a la cónyuge sobreviviente sobre la liquidación de la sociedad conyugal. El arbitraje será administrado, siempre que sea posible, por el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.

Así mismo el testador, dispone que cualquiera de sus hijos que no aceptara someterse al arbitraje quedará privado de sus derechos hereditarios hasta que decida someterse a esta vía de solución de conflictos, en un tiempo que no podrá ser mayor a 60 días.

De haber transcurrido el tiempo antes mencionado, la parte de la o el heredero que no se haya sometido a arbitraje, será asignado a favor de quien o quienes si lo acepten todo está dividido en partes proporcionales. En el caso de que ninguno de los herederos aceptara, quedarán reducidos sus derechos hereditarios a la mitad de la herencia, correspondiendo a la otra mitad a (determinada persona) que pueda ser estipulada en el presente testamento.

En consecuencia, frente a estas dos posibilidades para someter los conflictos que surjan entre los herederos y/o legitimarios, a más de todos aquellos posibles involucrados en el cumplimiento y ejecución de un testamento, podemos concluir que la adopción e inclusión de una cláusula condicional a más de otras modalidades son totalmente posibles en la práctica.

#### 4. CONCLUSIONES

De la presente investigación, podemos concluir que el arbitraje, sin duda es un método alternativo, al método judicial que es utilizado para la solución de controversias de naturaleza transigible.

Se demostró que puede establecerse la posibilidad de que el testador en el mismo instrumento, incluya una cláusula o disposición testamentaria que permitiría someter las controversias futuras que puedan tener sus herederos, asignatarios y todos aquellos que están involucrados a esta clase de sucesión a la vía arbitral.

Para complementar el estudio de estas dos instituciones claramente compatibles y coexistentes, se realizó un análisis y estudio de la expansión del arbitraje a otras áreas del derecho a fin de demostrar que el arbitraje en los últimos diez años ha venido siendo el método alternativo de solución de controversias por excelencia y que su aplicación debe estar orientada a solucionar los conflictos en áreas donde el arbitraje era impensable.

Se determinó mediante el estudio del Derecho Informático que el arbitraje ha permitido solucionar los conflictos en esta institución de forma que responda a las nuevas exigencias de una sociedad que demanda no solo nuevas figuras jurídicas, sino también nuevas formas de solucionar los conflictos.

La adopción del arbitraje testamentario implicó también el estudio y análisis de la legislación española, que demostró haber desarrollado esta modalidad arbitral desde ya hace más de tres décadas, destacando que este modo de solución de controversias en la ley española ha funcionado de tal forma que permite su coexistencia armónica con el ordenamiento jurídico vigente de ese estado.

El arbitraje testamentario a más de ser una institución nueva, no se ha venido llevando a la práctica jurídica en nuestra legislación, sin embargo conforme se ha ido demostrando, la misma encuentra su fundamento en la voluntad del testador y en la transigibilidad del testamento.

El mayor cuestionamiento de este análisis basado en una necesidad social, concretamente sucesoria, fue determinar que esta institución puede ser llevada a la práctica jurídica ecuatoriana, mediante dos formas o modalidades que son mediante una simple cláusula dispositiva o mediante una cláusula condicional, la misma que puede ser suspensiva o resolutoria.

En la cláusula dispositiva los herederos no están en la obligación de someterse a esta vía de solución de controversias, sin embargo en la cláusula condicional los herederos deberán someterse a arbitraje de existir conflictos sobre la ejecución o las disposiciones que pudieran haberse realizado en el testamento, caso contrario no podrían acceder a todo o parte de lo que se les esta asignando.

Finalmente, nos queda concluir que como bien se ha determinado a lo largo del presente trabajo, el arbitraje testamentario permitiría resolver los conflictos de una forma eficiente y eficaz con mayores expectativas que la resolución de controversias sometidas a la vía judicial, claro está sin contravenir el ordenamiento jurídico vigente ni las buenas costumbres.

## REFERENCIAS

- Arce, J. (2011). *Testamento. Colegio de Notarios del Distrito Federal*. Recuperado el 2 de febrero de 2017 de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3771/2.pdf>
- Andrade, M. (2011). *Ley de Arbitraje y Mediación Transigible y Arbitraje en Equidad. Revista Ecuatoriana de Arbitraje Nro. 3.*, Recuperado el 3 de febrero de 2017 de [http://iea.ec/pdfs/2011/Art\\_Miguel\\_Andrade.pdf](http://iea.ec/pdfs/2011/Art_Miguel_Andrade.pdf)
- Anido, R. (1991). 14. *El Testamento y sus cláusulas. La condición resolutoria-suspensiva del fallecimiento de un heredero*. Recuperado el 4 de febrero de 2017 de: <http://documentos.aeu.org.uy/070/077-7-243-251.pdf>
- Bernal, D., (2013) *El Auge del Comercio Internacional: La expansión del Arbitraje*. Recuperado el 5 de febrero de 2017 de <http://www.hispacolex.com/wp-content/uploads/2013/09/El-auge-del-comercio-internacional-la-expansi%C3%B3n-del-arbitraje.pdf>
- Borda, G. (2012.) *Tratado de Derecho Civil (10ª ed.)* Buenos Aires. Argentina: Fedye.
- Cabanellas, G. (2010) *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta.
- Caivano, R. (s.f). *El Arbitraje, Nociones introductorias*. Recuperado el 6 de febrero de 2017 de <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/Arb-001.pdf>
- Calatayud, A. (2012). *El Arbitraje Testamentario desde el Derecho Aragonés*. España: Editorial Institución Fernando el Católico.
- Castilo, M y Vásquez R. (2007) *Arbitraje: El Juicio Privado: La Verdadera Reforma de la Justicia*. Recuperado 28 de febrero de 2017 de <http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol1.pdf>
- Código Civil. (2005). Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005. Última modificación de 22 de mayo de 2016.
- Constitución Política Española. (1812). Registro auténtico 1812 de 01 de enero de 1812. Última Modificación de 09 de marzo de 1820.
- Constitución Política (1812). Registro Oficial 773 de 31 de diciembre de 1946. Última Modificación de 20 de agosto de 1960.

Constitución de la República del Ecuador (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008. Última Modificación de 21 de diciembre de 2015.

Del Pozo, P. (2012) *Ejecución de laudos Arbitrales, sus Limitaciones en la Justicia Ordinaria*. (Tesis de grado) Universidad Internacional del Ecuador

Gallardo, L. (2004) *El Acto Jurídico Testamentario. Contenido e Interpretación*. Recuperado el 6 de marzo de 2017 de: <http://www.redalyc.org/pdf/825/82510719.pdf>

Gomá, I, (2013) *El Arbitraje en el Derecho Sucesorio. El Arbitraje Testamentario*. Recuperado el 10 de marzo de 2017 de [http://www.elnotario.es/images/pdf/ARBITRAJE\\_DERECHO\\_SUCESSORIO.pdf](http://www.elnotario.es/images/pdf/ARBITRAJE_DERECHO_SUCESSORIO.pdf)

Gonzales, F. (s.f) *Sobre la Naturaleza Jurídica del Arbitraje Homenaje a Don Raúl Medina Mora*. Recuperado el 4 de abril de 2017 de <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20JCA%20ARBITRAJE%20Hom%20%20Raul%20Medina.pdf>

Hernández, D. (1996) *Derecho Sucesorio Laboral*. Recuperado el 4 de abril de 2017 de <http://132.248.9.195/pd2007/0620634/Index.html>

Jurídica E. (2014). *El Poder de Disposición*. Recuperado el 6 de mayo de 2017 de: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/poder-de-disposicion/poder-de-disposicion.htm>

Larrea, H. (2008.) *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador Volumen 4*. Quito, Ecuador. Talleres- CEP.

La Cruz. J. (1993) *Elementos de derecho civil*. Derecho de sucesiones 5ª Edición, Barcelona. España. Dykinson.

Ley de Arbitraje y Mediación. (1997.) Registro Oficial 145 de 04 de septiembre de 1997. Última Modificación de 14 de diciembre de 2006.

Ley de Arbitraje y Mediación. (2006). Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006. Última Modificación de 22 de mayo de 2015.

Lorca, A. (1989). *La nueva Ley de arbitraje española*. Recuperado el 8 de mayo de 2017 de: [http://cuatrecasas.com/media\\_repository/docs/esp/la\\_nueva\\_ley\\_de\\_arbitraje\\_739.pdf](http://cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/la_nueva_ley_de_arbitraje_739.pdf)

Real Academia Española. (2017). Diccionario de la lengua Española.

Recuperado el 14 de mayo de 2017 de <http://dle.rae.es/?id=3PxuYso>

- Rodríguez, F. (2013) *Derecho Informático en la Era Digital. La Sociedad de la Información y el Sistema Jurídico. Contratos Informáticos. Protección Jurídica de los programas de computación. Delitos Informáticos de Tutela Jurídica del sistema Informático*. Recuperado el 20 de mayo de 2017 de: <http://www.feliperodriguez.com.ar/wp-content/uploads/2013/11/LIBRO-7-DERECHO-INFORMATICO.pdf>
- Rubio, J. (2015). *El perito informático en el arbitraje informático y la tasación Informática*. Recuperado el 21 de mayo de 2017 de (<http://peritoinformaticocolegiado.es/el-perito-informatico-en-el-arbitraje-informatico-y-la-tasacion-informatica/>)
- Sánchez, J. (1981) *Introducción al Derecho Civil Mexicano. Universidad Nacional Autónoma de México*. Recuperado el 24 de mayo de 2017 de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/598/7.pdf>
- Vado, L. (s.f) *Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos*. México. Recuperado el 25 de mayo de 2017 de <http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/7nuevo.pdf>
- Vaquer. A. (2015). *Libertad de testar y condiciones testamentarias*. Recuperado el 27 de mayo de 2017 de: [http://www.indret.com/pdf/1158\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/1158_es.pdf)
- Vidal. J. (2008). *Análisis crítico de los requisitos para suceder por causa de muerte en la legislación ecuatoriana*. Recuperado el 27 de mayo de 2017 de <http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/812/1/06920.pdf>
- Zermeño A. (2001) *Algunos Aspectos de la Sucesión Legítima*. Recuperado el 27 de mayo de 2017 de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dernotmx/cont/116/es/est4.pdf>

