

RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS TESTAMENTARIOS POR MEDIACIÓN Y ARBITRAJE.

ANÁLISIS EN EL DERECHO ECUATORIANO Y COMPARADO¹

Resolution of Testamentary Disputes by Mediation and Arbitration.

Analysis in Ecuadorian and Comparative Law

EDUARDO ANDRÉS REYES TORRES²

Centro de Mediación “Bona Fide”, Quito, Ecuador

ANA CRISTINA PACHANO ZURITA³

Universidad Tecnológica Indoamérica, Ambato, Ecuador

Resumen

La presente investigación hace un análisis con respecto al uso de métodos alternativos de solución de conflictos aplicados en las sucesiones testadas. En principio, hay una introducción con respecto al conflicto en la sucesión y como este puede surgir dentro de un testamento. Posteriormente, hay una descripción sobre los sujetos que intervendrán dentro del conflicto, los cuales no se limitan solo a las personas inmersas dentro de este. Después, se expone brevemente sobre el testamento y su contenido para luego puntualizar en todo lo concerniente a la cláusula testamentaria y cómo debe ser establecida en el testamento. Finalmente, el artículo presenta un análisis comparativo del uso de la mediación y el arbitraje en los conflictos sucesorios testamentarios en varios países para luego establecer la posibilidad de aplicarlos en Ecuador.

Palabras clave

Mediación testamentaria, Arbitraje testamentario, Ecuador, Sucesiones, Testamento.

Abstract

The present investigation makes an analysis on the use of alternative dispute resolution, applied in testated successions. In principle, it has an introduction regarding the conflict in inheritance and how it can arise within the will. Subsequently, there is a description of the subjects that will intervene in the conflict, which are not limited only to the people immersed in it. Afterwards, it is briefly explained about the will and its content to then point out everything related to the testamentary clause and how it should be established in the will. Finally, the article presents a comparative analysis of the use of mediation and arbitration in testamentary succession disputes in various countries, and then establishes the possibility of applying them in Ecuador.

¹ Los autores de este artículo han contribuido en partes iguales.

² Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Maestrante por la Universidad Tecnológica Indoamérica en “Mediación, Arbitraje y Solución de Conflictos.”. Formado en mediación por el Centro Nacional de Mediación de la Función Judicial en Ecuador. Diplomado en Arbitraje por el Centro de Conciliación y Arbitraje Sociedad Anónima de Guatemala. Secretario General y Mediador del Centro de Mediación “Bona Fide” en Quito. Correo electrónico: eduardoreyestorres@hotmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9023-4844>.

³ Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador, maestría Derecho Laboral y Seguridad Social. Docente a tiempo completo en la Universidad Tecnológica Indoamérica. Correo electrónico: anapachano@uti.edu.ec; código ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0677-7593>.



Keywords

Testamentary Mediation, Testamentary Arbitration, Ecuador, Inheritance, Testament.

1. Introducción

Los conflictos forman parte de la vida cotidiana de las personas y la muerte dentro de una familia puede generar también una infinidad de discusiones, discrepancias o inconvenientes que llegan a perturbar la relación entre sus miembros. Cuando una persona fallece, sus familiares son los llamados a sucederle y una de las formas en las que son convocados es a través de un testamento; una última declaración de voluntad en donde el causante dispone y determina a su libre albedrío el destino de sus bienes entre sus herederos y nombrando legatarios.

En la sociedad ecuatoriana, el uso del testamento no es muy habitual en la práctica por la existencia de los órdenes de sucesión del Código Civil; sin embargo, existe la posibilidad de otorgarlo y esto se encuentra establecido en la Ley dentro de la sucesión por causa de muerte. Si bien el testamento puede ser lo suficientemente claro con respecto a la voluntad del testador, pueden surgir, de igual forma que en las sucesiones intestadas, conflictos con respecto al destino y la distribución de la masa hereditaria. Frente a esta situación qué ocurriría si el testador, buscando prevenir cualquier problema entre los herederos y los legatarios, establece en el testamento una cláusula en la cual determine que los conflictos que surjan dentro del testamento y los bienes detallados en el mismo se resuelvan a través de alguno de los métodos alternativos de solución de conflictos. Es en este escenario es donde se realiza un análisis doctrinario y comparativo sobre la mediación y el arbitraje dentro de las sucesiones testadas. Un tema que ha sido desarrollado en otros países tomando en consideración el choque de voluntades; la del testador frente a la de los llamados en el testamento para resolver sus diferencias con el uso de los MASC, y cuyo tratamiento puede ser aplicado dentro del Ecuador, en especial para fortalecer lazos familiares y evitar que estos conflictos que pudieran llegar a escalar a tal punto que la situación pueda volverse insostenible.

Para un mejor entendimiento de la presente investigación, resulta pertinente dar una introducción con respecto al conflicto sucesorio; en qué consiste, su naturaleza y quiénes son los actores dentro del mismo; puntualizando que, si el origen de este es un testamento, los herederos y los legatarios no son los únicos intervinientes. Cabe recalcar aquí que, dentro los conflictos sucesorios y la sucesión en sí, se hace mención de que “se encuentra sometida a la aceptación de la herencia por parte del llamado como heredero pues, en caso de repudiación de la herencia, la propia Ley o el testamento designará otros herederos” (Argelich Comelles, 2020, p. 2). Es decir, que quienes fueron llamados a la sucesión y se involucran en el conflicto, ya asumieron su condición de heredero o legatario. Otro aspecto para destacar es que cuando los MASC intervienen en estas situaciones solo pueden actuar con respecto a la transigibilidad inmersa dentro del mismo conflicto, nada pueden hacer si en el conflicto se ven involucrados derechos que no son posibles de disponer. Por ejemplo, cuando en un conflicto testamentario se discuten las facultades del testador al momento de otorgarlo, esta situación solo puede ser resuelta por el juez ya que él determina si el testador se encontraba capaz o no al momento de otorgarlo, y porque la incapacidad conlleva a la nulidad del acto. Esto pudiera representar un perjuicio en relación con los demás herederos y a los legatarios que se hubieran llegado a establecer.

El punto medular es analizar en las sucesiones testadas la disposición del testador de acudir a mediación o arbitraje para resolver los conflictos entre los herederos, sobre todo en cuanto al contenido de la cláusula testamentaria para la resolución de conflictos puesto

que, como en los contratos, la cláusula debe ser lo suficientemente clara y específica con respecto al método alternativo a utilizar, el lugar dónde se lo utilizará y respecto a qué temas podrán ser tratados.

La mayoría de las personas, al escuchar la palabra conflicto, la relacionan indudablemente con problemas, anomalías o con una situación que necesita ser resuelta de manera rápida para salir de ella. Pero, en el Derecho, el conflicto también puede ser entendido como una oportunidad de cambio, de mejoría, de desarrollo y de transformación de la vida y del relacionamiento de las familias y en general de toda la sociedad. El conflicto puede servir también para mejorar y fortalecer las relaciones interpersonales en los casos en los que se dialogue, se escuche y se armonicen las diferencias y las necesidades de cada uno de los involucrados en el conflicto (Arboleda López, 2017, p. 89).

El conflicto en sí no deja de ser visto como un inconveniente para las partes; pero les corresponde a ellas encaminarlo y encontrar una resolución adecuada al mismo. Dejar el conflicto de lado solo hará que perdure haciendo que sus efectos lleguen a afectar a terceras personas. Para el caso en específico, el testador establece una alternativa con el objetivo de generar soluciones pacíficas en torno a la herencia. Por tanto, resulta pertinente un análisis comparativo con la legislación de otros países que han llegado a establecer mecanismos y alternativas para la solución de conflictos testamentarios con el uso de la mediación y el arbitraje; y más de países que poseen mayor experiencia en este tipo de conflictos tanto a nivel práctico como legislativo.

2. El conflicto sucesorio

Entender el conflicto resulta importante para conseguir su resolución sea a través de métodos autocompositivos o heterocompositivos. Definir el conflicto y sus orígenes es un debate que aún se mantiene dentro de la academia e incluso se ha desarrollado una ciencia dedicada única y exclusivamente a su estudio, sus causas y su desarrollo; la Conflictología⁴. Dentro de los autores que han querido dar una explicación al mismo se encuentra Remo F. Entelman quien propone una teoría universal del conflicto.

Entelman (2002, p. 49) concibe al conflicto como “una especie o clase de relación social en que hay objetivos de distintos miembros de la relación que son incompatibles entre sí”. Dada esta incompatibilidad, el conflicto existe porque no hay un sentido de colaboración como en otras relaciones sociales.

Sin embargo, tomando en cuenta la teoría de Entelman, se debe considerar que el conflicto nace cuando una de las partes expresa su inconformidad dando a conocer su opinión o criterio, el cual puede ser incompatible con lo que exprese la parte contraria o las demás partes. Esto lo expone Pedro Luis Lorenzo Cadarso cuando trata sobre el origen de los conflictos en los grupos sociales:

La protesta no surge como resultado automático de la privación, es decir, de la injusticia o la miseria, sino porque se produce un distanciamiento intolerable entre las expectativas de un grupo social —lo que éste cree que debe ser- y la realidad a la que se enfrenta -las condiciones reales existentes— (Lorenzo Cadarso, 2001, pp. 79-80).

⁴ Esta ciencia hace un estudio del conflicto actuando de manera directa sobre sus causas proponiendo un sistema para su resolución. Su objetivo es la generación de una cultura de paz en la sociedad junto con la promoción y su práctica en cada persona.

Esto no quiere decir que la percepción de una de las partes sea errada, sino que solo es diferente y para la resolución del conflicto se debe comprender y entender la totalidad del tema o hecho que está relacionado con el mismo y con las partes.

En las sucesiones ocurre lo mismo, estos conflictos deben ser tratados de tal forma que puedan, en la medida de lo posible, recuperar la relación entre sus miembros. En una sucesión testada, a pesar de que el testamento pueda tener instrucciones claras sobre el destino de los bienes del causante, los conflictos pueden surgir de igual forma generando una serie de consecuencias. Entre los más habituales, el Dr. Antonio Ruiz-Giménez Aguilar menciona los siguientes:

1. Problemas con el progenitor supérstite. Bien porque no entiende que tenga que repartir los bienes con los hijos, bien porque los hijos o algún hijo tenga algún tipo de problema con el progenitor.
2. Problemas y diferencias entre los hermanos, más si alguno o algunos han sido mejorados en el testamento.
3. Problemas con cualesquiera otros que hayan sido llamados a la herencia, nietos, sobrinos, etc. Y cuanto más se abre el abanico de posibilidades más pueden ser los problemas.
4. Problemas con segundos cónyuges o con hermanos sólo de padre o madre.
5. Problemas en el inventario de los bienes, su valoración y el reparto de los mismos (Ruiz-Giménez de Aguilar, 2008, p. 44).

Un elemento importante dentro de estos conflictos es su carga emotiva. Este factor emocional puede desencadenar en una serie de problemas entre los llamados a heredar en el testamento, colocándolos en situaciones y pleitos que pueden producir una total desintegración familiar, debido a que en la familia “la conducta de cada uno de sus individuos está relacionada directa o indirectamente con la de los otros, de tal forma que una modificación en uno de ellos provoca cambios en alguno de sus miembros o en la totalidad” (Buscarons Gelabertó, 2018, pp. 50-51).

3. Las partes intervinientes

En principio se considera que en una sucesión testamentaria involucraría solo a los herederos y al notario; sin embargo, para el presente caso, son varios los actores que intervienen dentro de la sucesión testada sobre todo cuando surgen conflictos y, al mismo tiempo, existen disposiciones que estableció el testador de forma preventiva para su resolución:

3.1. El notario

La función principal del notario es otorgar fe pública a todo acto, contrato o documento determinado en la Ley siendo elevado a escritura pública, empero, en lo concerniente a otorgar un testamento, el notario no puede dejar de lado su deber de asesorar al testador tanto para redactar el mismo testamento como también establecer las cláusulas que considere pertinentes para la resolución de conflictos que surjan dentro de su contenido. En Ecuador, esta asesoría también es importante:

El notario de relevancia latina, como el nuestro, a más de ser un profesional del Derecho, se proclama como un asesor imparcial, cuyo valor se apuesta en receptor personalmente, interpretar y dar forma legal a la exteriorización de la voluntad de quienes requieran de su ministerio, según el Art. 19 letra a) de la Ley Notarial. Es menester observar, entonces, que aquellos deberes que puntualiza la norma necesariamente deben ser canalizados por un paralelismo entre el principio de la autonomía de la voluntad de las partes interesadas y la Ley (Arellano Sarasti, 2020, p. 9).

De ahí que, en la práctica, cuando una persona desea redactar un testamento es recomendable que este sea abierto de conformidad con la Ley ya que si se está frente a un testamento cerrado, este puede ser sujeto a una impugnación por parte de alguno de los herederos y puede acarrear nulidad del mismo si su contenido no es lo suficientemente claro; esto se da debido a que en los testamentos cerrados prima la privacidad de su contenido incluyendo hacia el mismo notario lo cual hace que el testador no pueda ser asesorado en debida forma para la redacción y contenido del mismo.

3.2. El testador

Cuando una persona decide dejar disposiciones para el destino de sus bienes es porque consideró la posibilidad de redactar un testamento. Una vez que decide hacerlo esta persona es conocida como el testador. Esta persona expresa su última voluntad designando herederos y legatarios para que reciban todos los bienes, derechos y obligaciones que le correspondían hasta el momento de su muerte.

El testamento da libertad al testador con respecto a todo su patrimonio; pero existen ciertas limitaciones, de forma general y en casos específicos, que establece la misma Ley para que se otorgue el testamento. Entre las limitaciones generales se encuentran las siguientes: en primer lugar, la capacidad para testar; nuestro Código Civil establece que toda persona es hábil para testar a excepción de las personas que no pueden expresar de forma clara su voluntad de hacerlo y entre ellas mencionan a los menores de 18 años, los interdictos por demencia y toda persona que no se encuentre en sano juicio. Otra de las limitaciones es que la habilidad de testar es indelegable esto debido a que la realización de un testamento es un acto libre, voluntario y personal. Finalmente, se encuentra la reserva que la Ley hace para proteger los derechos de los herederos forzosos (padres e hijos) en las legítimas.

3.3. El albacea

El albacea es una persona que el testador puede o no designar con el objetivo de administrar los bienes dejados en el testamento a sus herederos y hacer cumplir las disposiciones testamentarias. Esta institución es regulada dentro de los artículos 1293 y siguientes del Código Civil. Dentro del testamento se establecen cuáles van a ser las facultades del albacea de conformidad a la Ley.

Dentro de las particularidades de este cargo están que a pesar de ser intransmisible a sus herederos e indelegable, salvo estipulación en contrario del testador, el albacea puede establecer mandatarios que cumplirán lo que solicite el albacea. Otro aspecto por destacar es que pueden existir varios albaceas, pero su responsabilidad puede ser o no solidaria. Y, en cuanto a la duración de este cargo, es de un año contado desde su aceptación o por el tiempo que determinó el testador.

3.4. Los herederos y legatarios

De manera conjunta en este punto están todas las personas beneficiarias que fueron llamadas por el causante dentro de su testamento. Generalmente, suelen ser los miembros de la familia, pero pueden incluir terceras personas ajenas a esta. Como se mencionó en líneas anteriores, existen los denominados herederos forzosos o legitimarios que son conformados por los padres y los hijos que la Ley reconoce expresamente su derecho para heredar. Adicionalmente, están todos los demás herederos no forzosos que son llamados a recibir parte de la herencia y tomar la condición de heredero por voluntad del causante.

A diferencia de los herederos sean o no forzosos, pueden encontrarse en el testamento los denominados legatarios. Los legatarios son personas naturales o jurídicas claramente identificables que reciben bienes del causante a título singular a través del testamento. Es decir, reciben de forma directa bienes plenamente singularizados.

3.5. Centros de mediación y arbitraje

Para terminar, este último “actor” es quien intervendrá para la resolución de los conflictos testamentarios. Su intervención se puede dar por decisión de todos aquellos que fueron llamados en el testamento o por disposición del mismo testador que al prevenir posibles discusiones que surjan una vez que se produzca su fallecimiento decide que deben solucionar toda diferencia dentro de un Centro de Mediación o un Centro de Arbitraje. Esta dicotomía, en lo que respecta a la voluntad de las partes y la voluntad del testador, será tratada más adelante con énfasis en la mediación.

Vale destacar aquí que, la actividad de cada centro es distinta. Los Centros de Mediación buscarán que las mismas partes puedan llegar a un acuerdo con respecto al conflicto y que dicho acuerdo sea satisfactorio para todos. En cambio, los Centros de Arbitraje tomarán una decisión que ponga fin al conflicto suscitado.

En el arbitraje, una parte debe convencer al tribunal de arbitraje de lo justificado de su causa. Dirige sus argumentos al tribunal y no a la otra parte. En una mediación, puesto que el resultado debe ser aceptado por ambas partes y no decidido por el mediador, una parte debe convencer a la otra o negociar con ella. Se dirige a la otra parte y no al mediador, aún cuando el mediador pueda ser el conducto de las comunicaciones de una parte a la otra (Córdova Mendoza et al., 2019, p. 291).

4. El testamento

Existen varias definiciones con respecto al testamento. En líneas generales, la mayoría de los juristas y tratadistas de la materia coinciden en que es un acto jurídico unilateral. Este acto también es “personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz transmite sus bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte a sus herederos o legatarios, o declara y cumple deberes para después de la misma” (Rojina Villegas, 1971, como se citó en Campos Lozada, 2021, p. 170).

El testamento en el Ecuador, de conformidad al ordenamiento jurídico, puede ser más o menos solemne —también llamado privilegiado— debido a que algunas de sus formalidades pueden omitirse por circunstancias particulares previstas en la Ley. Es por estas circunstancias que, de acuerdo con el tipo de testamento que se llegue a otorgar, existen solemnidades adicionales aún más específicas para que dicho instrumento tenga plena validez.

Dado el carácter e importancia del testamento, es lógico que la ley haya impuesto para su ordenamiento, requisitos y solemnidades específicas sin las cuales no tienen valor, al igual que exija las mismas formalidades para reformar, disminuir, añadir, anular, revocar; en fin, en todo o en parte, las disposiciones del testador, para que éstas surtan efecto a partir de su fallecimiento (Bolaños Pizara & Arellano Sarasti, 2019, p. 20).

Dentro del artículo 1054 del Código Civil se encuentra el contenido general que debe poseer el testamento, el cual se explica a continuación:

1. *Datos generales del testador*: El testador hace constar su nombre completo, cédula de identidad, lugar y fecha de nacimiento. Adicional a esto debe indicar su domicilio actual y la edad que en ese momento tiene.
2. *Declaración de voluntad*: En este punto, el testador declara de manera expresa que se encuentra en sano y entero juicio; con plenas facultades mentales e intelectuales, así como también de no encontrarse sujeto a presión o coacción

de ninguna naturaleza o persona alguna para otorgar el presente testamento, siendo este su última voluntad.

3. *Datos referentes a su estado civil*: Si el testador ha llegado o no a contraer matrimonio. De haberlo hecho debe detallar, cuantas veces llegó a hacerlo, con quien lo contrajo, detallar los hijos que haya procreado en cada matrimonio y cuales se encuentran actualmente vivos y muertos. Es decir, el testador establece cuál es su situación familiar al momento de otorgar el testamento.
4. *Datos de los testigos*: Quienes son con nombre completo, número de cédula y el domicilio actual de cada uno.

Una vez que se haya expresado estos datos iniciales, el testador se hace una *enumeración de los bienes, derechos y obligaciones* que ha adquirido a lo largo de su vida y subsecuentemente establece las *disposiciones testamentarias* determinando lo que les corresponde a sus herederos y, si considera pertinente, detallando legados.

Cuando se hayan dado las disposiciones, el testador puede *nombrar al albacea o albaceas* que velarán por que se cumpla su voluntad, siempre que dichas disposiciones no sean contrarias al ordenamiento jurídico vigente.

Para terminar, está el punto medular del presente texto, el momento en que el testador introduzca dentro del contenido del testamento la denominada *cláusula testamentaria* para la resolución de conflictos.

5. La cláusula testamentaria

Se conoce como cláusula testamentaria aquella disposición que deja el causante en su testamento donde estipula que en caso de conflicto con respecto al testamento y sus demás disposiciones se tendrá que resolver a través de mediación o arbitraje. “Su incorporación puede favorecer el entendimiento entre los llamados a heredar, especialmente cuando existe algún conflicto subyacente entre ellos de los que es conocedor el testador, y por ello ha dispuesto esta cláusula” (Argelich Comelles, 2020, p. 4). Esta disposición del causante surge del asesoramiento previo por parte del Notario; de ahí que, en líneas anteriores, se recalca su importancia al brindar la debida asesoría, pues al colocar dicha cláusula en el testamento se llega a “cubrir las previsiones que puedan evitar en la medida de lo posible los temibles juicios sucesorios, tan destructivos tanto en términos económicos como emocionales, y de interminable duración” (Rodríguez Pietro, 2012, p. 9).

Esta cláusula puede establecer el uso de la mediación o el arbitraje, pero también puede ser escalonada interviniendo ambos métodos para dirimir los conflictos sucesorios. La cláusula debe determinar la institución o instituciones que intervendrán tanto en la mediación como en el arbitraje y disponer que la administración de la mediación y del arbitraje, junto con la designación de mediadores y árbitros, se regirán por las normas del reglamento de la institución elegida vigentes a la fecha de presentación de la solicitud.

Cuando la disposición del causante incluye el uso del arbitraje, el notario deberá indicar al testador que está facultado a determinar lineamientos adicionales para el desarrollo de este. Entre los principales y más usados que pudieran aplicarse en el testamento ecuatoriano se puede mencionar los siguientes:

1. *Conformación del tribunal*: El Tribunal Arbitral puede estar conformado por uno o varios árbitros y su forma de designación puede establecerse dentro del testamento, o remitir al sistema de selección previsto en el Reglamento de la institución elegida.

2. *Quienes acudirán al arbitraje*: El testador tendrá que señalar que todos sus herederos, independientemente de la condición que tengan en el testamento, pueden acudir a resolver sus diferencias en arbitraje.
3. *Confidencialidad del procedimiento*: El testador puede colocar la debida reserva en el desarrollo del arbitraje.
4. *Renuncia de la jurisdicción ordinaria*: En este punto, el testador establece que se debe acatar el laudo que expida el Tribunal Arbitral y que no se podrá interponer ningún tipo de recurso en contra del laudo arbitral, salvo de lo previsto en la ley.
5. *La forma en que emitirá el tribunal su fallo*: La decisión que toma el tribunal arbitral se establece en un laudo. Este puede ser en equidad, atendiendo la sana crítica, o en derecho. Lo más recomendable es este último pues el tribunal aplicará la Ley al ser un criterio objetivo que aportará una guía en la resolución del conflicto.
6. *Solicitud y ejecución de medidas cautelares*: El testador puede disponer que para la ejecución de medidas cautelares, el Tribunal Arbitral está facultado para solicitar el auxilio de los funcionarios públicos judiciales, policiales y administrativos su cumplimiento, sin que sea necesario recurrir a juez ordinario alguno. Inclusive, puede facultar a que se acuda a la justicia ordinaria para solicitar medidas cautelares o medidas similares, sin que aquello implique renuncia a la cláusula arbitral.
7. *Designación del lugar del arbitraje*: Donde se desarrollará el arbitraje y que, en caso de reconvencción, esta igual se someterá al arbitraje en la institución elegida.

6. Derecho comparado

6.1. Mediación y arbitraje testamentario

6.1.1. España

En España, tanto en su ordenamiento jurídico como en su aplicación práctica, está desarrollado el uso de los MASC en conflictos testamentarios. Además, dentro de la respectiva cláusula, se suele agregar como acápite que el notario informó previamente al testador del uso de la mediación o el arbitraje y sus implicaciones; por tanto, acepta establecerlos en el testamento. Sin embargo, en cuanto al uso del arbitraje existe una limitación pues, de conformidad a la Ley 60/2003 de Arbitraje solo se puede discutir conflictos relacionados con la distribución o administración de la herencia entre herederos no forzosos o legatarios, excluyendo a los legitimarios. Para superar esta limitación, el resto de los herederos debe aceptar, de forma unánime, que los legitimarios se involucren en el arbitraje; dicha aceptación puede ser voluntaria y establecida de forma escrita o ser impuesta por el testador estableciendo que los herederos forzosos también pueden intervenir.

Dada la experiencia que posee España en estos conflictos llega a ser un referente para los demás países aquí estudiados sobre todo en el establecimiento de cláusulas testamentarias, la actividad del tribunal arbitral, el desarrollo normativo, el rol de mediadores y la actividad de los notarios en materia sucesoria.

6.2. Mediación testamentaria

6.2.1. Cuba

Dentro de Cuba, la mediación opera de *lege ferenda*, pues solo su Constitución en su artículo 93 reconoce el uso de métodos alternos de solución de conflictos como garantía

del ejercicio de derechos de los cubanos y su acceso a la justicia. Dado la inexistencia de una regulación en torno a los métodos alternativos de resolución de conflictos, Cuba ha desarrollado la mediación a un nivel privado haciendo uso de estándares internacionales y derecho comparado. En cambio, a nivel público su uso es facultativo y mencionado dentro del Decreto Ley Nro. 250 de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional en su disposición especial única.

En el caso de las sucesiones testamentarias, la cláusula respectiva guarda una mayor especificidad llegando a establecerse “cláusulas socini que sancione al heredero que no acepte esta vía de resolución con una aceptación explícita, con la reducción de sus derechos hereditarios” (Milán Morales, et al., 2015, p. 416). Dicha cláusula solo afecta a la partición de los bienes que conforman la masa hereditaria y no condiciona a la institución de los herederos, haciendo que la mediación en Cuba sea posible. De esta forma, el testador asegura la presencia de sus herederos en la mediación. El desarrollo de esta cláusula adicional pudiera llegar a aplicarse en Ecuador, pero esto dependería de que sea redactada incentivando el uso de la mediación y no condicionándola con la herencia para acudir a ella.

6.2.2. Argentina

En el caso argentino, la mediación es obligatoria, pero las sucesiones junto con otros temas establecidos taxativamente en la norma pueden ser tratados de forma voluntaria, y previo a una acción judicial. En la práctica, la mediación en Argentina para este punto está prevista, principalmente, con el objetivo de seguir el proceso de partición de la herencia de manera más rápida; y, de forma accesoria, se lo ha utilizado para tratar otros conflictos que surjan en el testamento.

Para los casos de partición basta que exista unanimidad expresada tanto en la realización del acto, por instrumento público o privado, como también en “la división del caudal indiviso, de lo contrario deberá hacerse de manera judicial” (Germano, 2021).

La Ley 24.573 de Conciliación y Mediación de Argentina no impide que una sucesión pueda ser tratada por esta vía sea testada o no. En el caso ecuatoriano, a parte de esta unanimidad que se entendería establecida dentro del acta de mediación, existe otro requisito a cumplir en caso de que haya bienes inmuebles en la sucesión: obtener la autorización del consejo cantonal para la partición de dicho bien. Sin esta autorización, la mediación no podrá efectuarse salvo que dicho bien haya sido legado a determinada persona en su totalidad.

6.2.3. Colombia

Colombia tiene más desarrollada la conciliación que a la mediación. Su diferencia radica en que, la actividad del conciliador va más allá de ser solo facilitador y canal de comunicación entre las partes. Los conciliadores pueden llegar a generar propuestas para las partes basadas en criterios objetivos y de idoneidad.

La Ley 640 de 2001 otorga a los notarios la facultad conciliadora para dirimir controversias. Por tanto, la cláusula testamentaria bien puede indicar que el mismo notario sea quien resuelva cualquier conflicto que nazca dentro del testamento. Si esta facultad llegara a darse a los notarios ecuatorianos, el notario tendría que estar formado en mediación y estar inscrito en un Centro de Mediación. Así también, al haber brindado su asesoría al testador con anterioridad, tendría de primera mano un conocimiento del contenido que se encuentra inmerso en el conflicto.

La conciliación en Colombia es un requisito previo para acudir a instancias judiciales. Si en el término de tres meses contados a partir de la solicitud, no se ha resuelto el conflicto los herederos podrán acudir ante un juez y este requisito se considerará cumplido.

6.3. Arbitraje testamentario

6.3.1. Bolivia

La Ley N.º 1770 de Arbitraje y Conciliación del Estado Plurinacional de Bolivia reconoce como válido el arbitraje dispuesto por la voluntad del testador. El notario boliviano deberá asegurarse que de introducirse esta cláusula deberá constar disposiciones expresas para su eficacia. Al igual que como ocurre en España, la Ley boliviana dispone limitaciones en los asuntos que le son aplicables, “hace una remisión genérica al orden público sucesorio como límite impuesto a las controversias que pueden resolver los árbitros” (Yáñez Vivero, 2007, p. 100). A diferencia de lo que ocurre en el arbitraje testamentario español, Bolivia hace una inclusión a todos los herederos y a los legatarios para acudir al sistema arbitral.

Finalmente, cuando en el testamento no se dispuso como se conformará el tribunal arbitral y demás disposiciones específicas para el desarrollo del arbitraje, la Ley establece que se seguirá de conformidad al ordenamiento jurídico boliviano y con auxilio jurisdiccional para la designación de árbitros.

6.3.2. Honduras

La legislación hondureña reconoce de igual forma el arbitraje testamentario y lo realiza igual que en España, involucrando solamente de *prima facie* a los herederos no forzosos y a los legatarios para su uso. Las personas involucradas dentro de un arbitraje testamentario en Honduras disponen del término de cinco meses para que su conflicto sea resuelto por el tribunal. Este término se cuenta a partir de la aceptación escrita del cargo de árbitro o del último miembro que conforme el tribunal arbitral y dicho término puede ser prorrogado previo acuerdo entre las partes.

Bajo la misma línea de interpretación que la española, la disposición que contiene el artículo 32 de la Ley de Conciliación y Arbitraje de Honduras no debe entenderse como restrictiva de los derechos de los herederos.

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 (Calatayud Sierra, 2012, p. 172).

6.3.3. Perú

El arbitraje testamentario en Perú es visto como una excepcionalidad al convenio entre las partes para acudir a arbitraje. Igual, como se ha explicado, la Ley General de Arbitraje de Perú establece limitaciones en cuanto a sus participantes y los conflictos testamentarios que pueden solucionarse por esta vía. Dichas limitaciones pueden ser superadas, aunque también es recomendable adicionar de forma expresa la prohibición de acudir a instancias judiciales; de esta forma, todos quienes fueron llamados a heredar en el testamento acudan al arbitraje, sean o no herederos forzosos.

En junio del año 2008, mediante Decreto Legislativo N.º 1071, se promulgó la nueva Ley Peruana de Arbitraje e introdujo una nueva particularidad en torno al arbitraje testamentario; esta institución ya no se encuentra sujeta a su establecimiento únicamente dentro del testamento, sino que faculta a los herederos y a los albaceas a celebrar un convenio arbitral para resolver cualquier conflicto testamentario. Dicho convenio debe celebrarse de forma escrita y de conformidad a la Ley.

7. Mediación testamentaria

No se puede discutir que el uso de los MASC, y más de la mediación, traen una serie de ventajas para que las partes puedan establecer un consenso donde todos se consideren beneficiados. Sobre todo, si estos conflictos surgen dentro de las herencias y sucesiones

no solo porque pacificaría enormemente el tema y las posibles tensiones, sino porque ayudaría a cerrar un acuerdo y poder evitar la confrontación judicial o terminarla en el caso de que se hubiese comenzado el pleito. Bastaría para ello informar adecuadamente a los interesados que pueden acudir a la vía de la mediación y en el caso de haber iniciado el pleito, que los órganos judiciales aconsejen el intento de acuerdo y acudan a la mediación (Ruiz-Giménez de Aguilar, 2008, p. 46).

El testador introduce esta cláusula cuando conoce con antelación un conflicto subyacente entre sus herederos y quiere que dicha situación no perdure aún después de su partida porque esta situación pudiera seguir escalando si interviene un factor patrimonial, haciendo de ese hecho algo insostenible, en especial si el testador espera que con la mediación la relación entre sus herederos mejore. Frente a esta situación, se encuentra un debate con respecto a la voluntariedad del testador y la voluntad de las partes para acudir a una mediación.

El establecimiento de la mediación en el testamento no impide el acceso a la vía judicial, sino que se lo instituye como un prerequisite para una rápida resolución sin tener que recurrir de manera directa al auxilio de un juez. Este debate es similar al del establecimiento de la mediación prejudicial obligatoria en el ordenamiento jurídico, las partes no están obligadas a llegar a un acuerdo, es decisión de cada uno acudir a una mediación; lo que el legislador busca es que las partes intenten llegar a una solución pacífica antes de acudir a la justicia ordinaria y también con el objetivo de evitar la alta carga procesal en las Unidades Judiciales. La mediación abre una serie de oportunidades donde las personas pueden solucionar sus conflictos de manera ágil, rápida y eficaz.

En caso de no llegar a un acuerdo bien se puede establecer una imposibilidad la cual se agregaría a la demanda subsecuente cumpliendo, de esta forma, lo estipulado en el testamento de acudir a una mediación y, si la Ley lo establece, la obligatoriedad de una mediación previa. Si la cláusula que dispuso el testador es solo con respecto al uso de la mediación, esta debe establecerse de forma libre y sin ningún tipo de limitación o condición a los herederos o al albacea. “Mientras esta cláusula de mediación no sea condicional y se mantenga la voluntariedad, nada obsta a que se incluya en el testamento” (Argelich Comelles, 2020, p. 4). A diferencia de la cláusula testamentaria arbitral que puede establecer condiciones para que los herederos acudan a ella en lugar de a iniciar una acción por vía judicial.

8. Arbitraje testamentario

El arbitraje puede considerarse como la última opción a seguir dentro de los MASC cuando este no pudo llegar a término dentro de una mediación o conciliación.

No es frecuente encontrar en los testamentos cláusulas que otorguen a un tercero la facultad de solucionar las controversias únicamente por medio del arbitraje, pues la mayoría de las situaciones logran resolverse dentro de una mediación, la cual es más flexible y considera el factor emocional que pueda tener el conflicto. Pero el hecho de que el testador haya incluido al arbitraje produce, asimismo, la prohibición de intervenir judicialmente en los conflictos que se originen por la herencia pues el arbitraje suple a la justicia ordinaria.

La institución expresa del arbitraje testamentario, dentro de los ordenamientos jurídicos, cierra el debate con respecto a la voluntariedad, al ser una excepción a la regla general del convenio arbitral entre las partes. Empero, está sujeto a críticas por el contenido que pueda tener la norma que lo establezca, e incluso por la misma cláusula testamentaria.

La más fuerte de estas críticas es con relación al albacea; sea porque en el testamento, el causante dispone que el albacea sea el árbitro que dirima el conflicto entre los llamados a heredar o porque el ordenamiento jurídico establece que, si el testador no deja indicaciones con respecto al centro de arbitraje o árbitro que resuelva las controversias que llegasen a suscitar, el albacea queda facultado para conocer de las mismas y resolver. A partir de esto, hay autores que consideran al arbitraje del albacea como un sistema de amigable composición y no como un auténtico arbitraje al ser impuesto bajo la dirección de una persona que no se ha formado para el mismo; en especial, si su fallo es en equidad puesto que, solo podrá valerse de su sana crítica y el contenido del testamento. Esto no quiere decir que un arbitraje testamentario en equidad sea errado, pero por la materia que se trata se requiere contar con más criterios objetivos. En el caso ecuatoriano, esta situación del albacea como árbitro o mediador no pudiera llegar a darse en virtud del Art. 1319 del Código Civil el cual dispone que “el testador no podrá ampliar las facultades del albacea, ni exonerarle de sus obligaciones, según se hallan unas y otras definidas en este Título” (Código Civil, 2023, Art. 1319).

El arbitraje debe ser desarrollado a través de una institución preparada y especializada que garantice su aplicación tomando en consideración el ordenamiento jurídico vigente, normas supletorias y aplicables al caso en específico sin mencionar la experiencia profesional que posea el árbitro o tribunal arbitral en lo referente a la sana crítica para estos casos.

Al igual que en la mediación existe un debate con respecto a la voluntariedad de las partes de acudir al arbitraje. Para la mediación, en principio, se considera que nadie está obligado a mediar; sin embargo, el verdadero punto es que nadie puede estar obligado a establecer acuerdos en mediación. Si la cláusula testamentaria solo llegó a establecer el uso de la mediación, las partes bien pueden luego acudir a la vía judicial anexando a su demanda el acta de imposibilidad de acuerdo o de imposibilidad de mediación, cumpliendo de esta forma la disposición del testador. En el caso del arbitraje, como vimos en las demás legislaciones, se encuentra respaldado dentro del ordenamiento jurídico al establecer que el arbitraje testamentario también es válido siendo una excepción al convenio entre las partes de acudir a arbitraje. En Ecuador no hay norma que establezca expresamente como válido el arbitraje testamentario; pero al tratar asuntos propios del Derecho Privado, esta ausencia normativa no es un obstáculo para que pueda instituirse en la realidad ecuatoriana, sobre todo porque los intervinientes aceptaron en principio su condición de heredero o legatario, y al hacerlo, también aceptaron las disposiciones contenidas en el testamento incluyendo la de acudir a arbitraje para solucionar conflictos. Con ello se supera el choque de voluntades entre los llamados a heredar y el testador.

9. Conclusiones

Con la aceptación de todas las disposiciones testamentarias, el principio de voluntariedad de las partes no se ve afectado, más que nada porque tienen también la opción de repudiar la herencia.

Al igual que en la mediación prejudicial obligatoria el hecho de acudir a una mediación testamentaria resulta ser un requisito preprocesal. Por otro lado, el arbitraje al excluir la actividad judicial se convierte en la única vía que las partes tendrán siendo informados de la

misma previo a aceptar la herencia o legado. Sea una cláusula testamentaria escalonada o solo de arbitraje, el testador busca que cualquier conflicto que surja tenga una solución definitiva que no requiera de la intervención del juez.

No hay prohibición alguna que impida en el Ecuador establecer el uso de métodos alternativos de solución de conflictos dentro de las sucesiones testadas, tomando en consideración también la naturaleza del arbitraje y la mediación. A pesar de que el arbitraje testamentario no se encuentra establecido de forma expresa, esto no representa un obstáculo para el testador, siempre y cuando la cláusula testamentaria sea redactada de forma específica en cuanto al tipo de arbitraje, la institución designada, los efectos que producirá el laudo arbitral y que esta no afecte a los derechos de los herederos, legitimarios y demás sucesores testamentarios.

Dentro de la práctica tanto abogados como notarios pueden recomendar el establecimiento de dicha cláusula cuando los testadores desean que las relaciones entre sus familiares perduren o sean mejoradas. De esta forma, se promueve el uso de los MASC para que la sociedad tenga un mayor acercamiento a las mismas, contribuyendo a fomentar una cultura de paz, siendo este un objetivo tanto a nivel nacional como internacional. Aunque el uso de los MASC no sea una práctica habitual y cotidiana en la sociedad ecuatoriana, la situación planteada dentro de este artículo es real y bien cabe tener una idea de lo que puede ocurrir y lo que se puede hacer si llegase a surgir.

Referencias bibliográficas

- Arboleda López, A. P. (2017). Conciliación, mediación y emociones: Una mirada para la solución de los conflictos de familia. *Revista Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*(No. 33), Pp. 81-96. doi:<http://dx.doi.org/10.22518/16578953.900>
- Arellano Sarasti, P. D. (2020). *El Notariado en el Ecuador: Deberes y Obligaciones*. Corporación de Estudios y Publicaciones. Obtenido de <https://elibro.net/es/ereader/utiec/130112>
- Argelich Comelles, C. (2020). Mediación, conflictos sucesorios y empresa familiar. *Revista de Mediación ADR, Análisis y Resolución de Conflictos, Vol. 13*(No. 1), Pp. 1-8. Obtenido de <https://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2020/04/Revista25-3.pdf>
- Asamblea Nacional. (2023). *Código Civil*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Bolaños Pizara, J., y Arellano Sarasti, P. D. (2019). *Sucesiones y Derecho Notarial en Ecuador*. Corporación de Estudios y Publicaciones. Obtenido de <https://elibro.net/es/lc/utiec/titulos/145734>
- Buscarons Gelabertó, M. (2018). *Análisis de Conflictos familiares: Un Enfoque Sistémico*. Editorial UOC. Obtenido de <https://elibro.net/es/lc/utiec/titulos/106119>
- Calatayud Sierra, A. (2012). El Arbitraje Testamentario Desde el Derecho Aragonés. *Revista de Derecho Civil Aragonés*, Pp. 163-184. Obtenido de <https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/33/33/04calatayud.pdf>
- Campos Lozada, M. (2021). *Bienes y Sucesiones*. IURE Editores. Obtenido de <https://elibro.net/es/lc/utiec/titulos/176537>
- Córdova Mendoza, K. T., Ochoa Espinoza, A. M., y Durán Ocampo, A. R. (2019). Algunas Consideraciones sobre la Mediación y Arbitraje. *Revista Universidad y Sociedad, Vol. 11*(No. 4), Pp. 287-295. Obtenido de <http://scielo.sld.cu/pdf/rus/v11n4/2218-3620-rus-11-04-287.pdf>
- Entelman, R. F. (2002). *Teoría de Conflictos: Hacia un Nuevo Paradigma*. Editorial Gedisa.

- Germano, J. (13 de agosto de 2021). *La Partición de herencia en el Código Civil y Comercial*. Obtenido de <https://garciaalonso.com.ar/blog/la-particion-de-herencia-en-el-codigo-civil-y-comercial/>
- Lorenzo Cadarso, P. L. (2001). *Fundamentos Teóricos del Conflicto Social* (Primera ed.). Siglo Veintiuno de España Editores. Obtenido de http://www.cedoh.org/Biblioteca_CE-DOH/archivos/00586%20Fundamentos%20Teoricos%20del%20Conflicto%20Social.pdf
- Milán Morales, N., Ordellin Font, J. L., y Vega Cardona, R. J. (Enero - Junio de 2015). La Intervención Notarial en la Mediación. Consideraciones de 'lege ferenda' en la Prevención/Resolución de Conflictos en el Ordenamiento Jurídico Cubano. *Revista de Derecho Privado*(Nº 28), Pp. 403 a 433. doi:<https://doi.org/10.18601/01234366.n28.12>
- Rodríguez Pietro, F. (2012). *Guía para el Uso Notarial de Cláusulas de Mediación y Arbitraje*. Fundación Notarial SIGNUM para la Resolución Alternativa de Conflictos. Obtenido de <https://fundacionsignum.org/wp-content/uploads/2016/11/Guia-notarial-para-el-uso-de-cl%C3%A1usulas-ADR.pdf>
- Ruiz-Giménez de Aguilar, A. (2008). La Mediación en Conflictos Derivados de Herencias. *Familia: Revista de Ciencias y Orientación Familiar*(No. 36), Pp. 41-52. Obtenido de https://summa.upsa.es/high_raw?id=0000029327&name=00000001.original.pdf
- Yáñez Vivero, M. F. (2007). Arbitraje y Derecho de Sucesiones: El Arbitraje Testamentario. En J. L. Collantes González, *El arbitraje en las distintas áreas del derecho* (págs. 75-112). Lima: Palestra Editores. Obtenido de [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/44D686718D847DB905257CFD006C8ED7/\\$FILE/ArbitrajeEnLasDistintas%C3%81reasDelDerechovol4.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/44D686718D847DB905257CFD006C8ED7/$FILE/ArbitrajeEnLasDistintas%C3%81reasDelDerechovol4.pdf)