

EL ARBITRAJE Y LA FAMILIA

Mario Castillo Freyre¹

SUMARIO

- I. *Introducción.*
- II. *Consideraciones Generales.*
- III. *Principales desavenencias familiares.*

I. INTRODUCCIÓN.

Hace algunas semanas los doctores Rafael y Silvia Torres Morales tuvieron la gentileza de formularme una invitación para escribir un artículo que se inscribiera en el tema «Arbitraje y otros medios de solución de conflictos en las empresas familiares», a efectos de ser publicado en el volumen 73 en la prestigiosa *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, que llevará el título genérico de «Protocolo familiar».

¹ Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. www.castillofreyre.com.

Tratándose de invitantes tan queridos y apreciados por mí, acepté de inmediato. Seguidamente, procederé a tratar sobre el arbitraje y la familia, materias que, por lo general, no son relacionadas por la doctrina.

II. CONSIDERACIONES GENERALES.

Conforme a lo dispuesto por la Constitución Política del Perú de 1993, la familia y el matrimonio son institutos naturales y fundamentales de la sociedad² y del Estado, razón por la cual, resulta evidente que ella debe merecer protección legal suficiente, además de que el Estado y la sociedad deben fomentar la paz y unión familiar.

Es claro que una familia desunida y con problemas internos, representará el fracaso de esa célula fundamental sobre la que se construye la sociedad en su conjunto.

De ahí que, en la eventualidad de que existieran problemas internos, la sociedad y el Estado deben fomentar que los mismos se solucionen de la manera más armoniosa posible.

III. PRINCIPALES DESAVENENCIAS FAMILIARES.

Como en todas las relaciones humanas, son frecuentes las desavenencias en el seno de la familia; y ellas pueden provenir de las más diversas causas, como ocurre en cualquier grupo humano.

En primer lugar, tenemos a los conflictos de naturaleza extrapatrimonial, basados, fundamentalmente, en cuestiones de orden afectivo, sobre los cuales, realmente, el Derecho poco puede hacer, dado que los mecanismos que éste contempla para la

² *Artículo 4.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio*

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

solución de conflictos, pasan, fundamentalmente, por cuestiones de orden patrimonial y no extrapatrimonial.

En ese sentido, para los conflictos de orden extrapatrimonial, siempre será recomendable que la familia cuente con la participación de los más cercanos, a efectos de poder emitir el consejo adecuado y la mediación oportuna, fundamentalmente, de orden espiritual.

Aquí también podríamos decir que si la familia profesara alguna religión, sería importante sugerir la intermediación de miembros o autoridades de la respectiva iglesia, para que puedan ayudar a solucionar estos problemas.

Resulta evidente también que cuando se trate de conflictos de orden patrimonial, intermediarios de esta naturaleza también resultarían muy útiles, pues muchas veces estas fricciones se solucionan de manera más fácil cuando primero llegan el entendimiento afectivo y la armonía familiar.

En segundo lugar, tenemos a los conflictos familiares de orden patrimonial, que son, precisamente, aquéllos que en la mayoría de casos conducen a las situaciones más encarnizadas y de más prolongada duración.

Los conflictos familiares de orden patrimonial, tienen por origen, en la mayoría de los casos, problemas de orden sucesorio.

Me explico.

Es claro que cuando cualquier persona en el seno de una familia ha trabajado a lo largo de la vida y, fruto de su trabajo, ha obtenido determinado patrimonio, o cuando nos encontramos, al fin y al cabo, frente al patrimonio estrictamente personal de alguien, tal situación no tiene por qué generar conflicto alguno.

Ello, en la medida de que la titularidad de tal patrimonio no se halla en discusión. El mismo tiene un único y exclusivo titular, quien —como tal— puede disponer del mismo de la manera que considere conveniente.

Entonces, ¿cuándo surgen los problemas familiares de orden patrimonial?

Hagamos un repaso de las principales situaciones.

3.1 La vejez.

Cuando con el paso de los años y cuando una persona haya atesorado algún patrimonio, sea éste, escaso, mediano o cuantioso, existirán familiares cercanos que tendrán derechos hereditarios expectaticios sobre tal patrimonio, ya que gozan de la condición de herederos forzosos de esa persona.

En tal sentido, una de las situaciones que ocurren con frecuencia es que tales potenciales herederos, traten de preservar esos derechos expectaticios, de modo tal que suelen intentar adoptar medidas para limitar los actos de disposición del potencial futuro causante, intentando, incluso, declararlo interdicto, a pesar de ser una persona con plenas capacidades mentales.

En la práctica se ven no pocos casos como éste, que deterioran notablemente las relaciones familiares; y, sin duda, degradan a quienes optan por transitar por este camino.

En situaciones de esta naturaleza es común que, o se logre el cometido, abusando de los derechos de la persona mayor en edad, o se fracase en el intento, caso en el cual, seguramente, el tema se volverá de naturaleza contenciosa, y unos y otros terminarán litigando en el Poder Judicial.

En muchos de estos casos constatamos que la ambición no tiene límites.

3.2 El matrimonio.

Vengo sosteniendo desde hace catorce años que el régimen patrimonial aconsejable para las relaciones de pareja, es el de la separación de patrimonios y no el de sociedad de gananciales.

Sostengo esto porque con la separación de patrimonios, cada uno de los miembros de la pareja, será titular exclusivo de su propio patrimonio, y el otro cónyuge o concubino (si hubiesen iniciado la relación de convivencia habiendo pactado previamente una separación de patrimonios), no tendrá nada que ver con el patrimonio del otro.

Dentro de tal orden de ideas, de producirse una situación de conflicto en la pareja, la misma que desencadene en la ruptura de la relación matrimonial (divorcio) o de la relación concubinaria, ella no determinará que la pareja tenga que dividir bien alguno, ya que todos los bienes que se hubieren adquirido durante el matrimonio o la unión de hecho, tendrán la calidad de bienes propios.

Se puede decir, en sentido figurado, que luego de producida la separación, «cada quien se irá con lo suyo»³ y no tendrá nada que reclamar al otro.

No obstante, esta regla no enerva la posibilidad de que se produzcan reclamos entre los cónyuges o miembros de la unión de hecho, razón por la cual resultaría aconsejable que en el convenio de separación de patrimonios que hubieren celebrado, incluyan un convenio arbitral, el mismo que establezca que todas las controversias de orden patrimonial derivadas de la relación matrimonial o unión de hecho, si fuese el caso, serán resueltas por un tribunal arbitral.

Esto, sin duda, si bien no evitaría la existencia de tales conflictos, sí lograría que la solución de los mismos resulte más expeditiva, de tal manera que los problemas familiares tengan una duración más corta y una solución que pudiera resultar más satisfactoria.

³ A estos efectos, recomendamos al lector la consulta de CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. «Pasión de gavilanes». En *Analizando el análisis. Autopsia del análisis económico del derecho por el derecho civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Estudio Mario Castillo Freyre, 2004. CASTILLO FREYRE, Mario. «Repensando los efectos de la separación de patrimonios y la sucesión del cónyuge». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre - Centro de Análisis y Resolución de Conflictos - Universidad Católica San Pablo, 2017, pp. 161-178.

Ahora bien, cabría formularnos la pregunta de si se podría proceder de igual manera en caso nos encontremos en presencia de un matrimonio sometido a la regla general de la sociedad de gananciales, o de una pareja que conviva en unión de hecho, régimen que, también por defecto, se regulará por la sociedad de gananciales.

Entendemos que la respuesta afirmativa se impone.

Ello, en la medida de que, si bien lo lógico sería suponer que el convenio arbitral se incluya en un pacto de separación de patrimonios, en ausencia de este pacto, los futuros cónyuges o concubinos, podrían, igualmente, celebrar un convenio arbitral como contrato independiente, a efectos de normar a través del mismo, la solución de sus eventuales futuras controversias.

Dejamos sentado, para evitar cualquier interpretación equivocada al respecto, que la materia arbitrable en cualquiera de los casos sobre los que venimos tratando, se circunscribirá a las diferencias de orden patrimonial, ya que ellas son, por naturaleza, disponibles.

En ese sentido, si existiera en el convenio arbitral alguna materia señalada como arbitrable, pero que comprenda aspectos extrapatrimoniales, como los relativos a la tenencia de los hijos, tal disposición resultaría cuestionable.

Sin embargo, no estamos convencidos de que un pacto de esta naturaleza resulte nulo por naturaleza, pues no olvidemos que una pareja sí puede conciliar sobre éstas y otras materias relativas a sus hijos menores de edad.

En otras palabras, si ellos pueden disponer directamente sobre tales aspectos familiares, resultaría posible que un tribunal arbitral (un tercero) resuelva sobre el particular.

3.3 La sucesión.

No cabe duda de que junto con los problemas patrimoniales derivados del divorcio o de la ruptura de la unión de hecho, los más encarnizados suelen ser las disputas derivadas de la sucesión de una persona.

La ruptura de las buenas relaciones familiares, los pleitos entre hermanos, entre padres e hijos, y entre miembros de familias que hasta hacía poco se mostraban afecto, son muy comunes cuando existen divergencias fruto de la repartición del patrimonio del causante.

Dentro de tal orden de ideas, resulta necesario establecer determinadas pautas para evitar tales conflictos o disminuir su intensidad y duración.

3.3.1 La sucesión intestada.

Nos encontraremos frente a una sucesión intestada cuando el causante haya fallecido sin otorgar testamento, o cuando, a pesar de haberlo hecho, hubiere revocado el otorgado.

Esta situación, de por sí, no tiene nada de malo; y, es más, en la inmensa mayoría de casos, las personas fallecen intestadas, dado que no consideran necesario el otorgamiento de un testamento.

En efecto, ello bien puede ser así, como cuando una persona tenga un solo familiar cercano, quien, ante su muerte, resultaría el único heredero (heredero universal).

Sería el caso, por ejemplo, de un padre que hubiere enviudado y tuviera un solo hijo, supuesto en el cual, otorgar testamento resultaría ocioso, pues, de acuerdo a las normas en materia sucesoria, al morir dicho padre, su hijo se convertiría en heredero universal.

También sería el caso en el cual una persona carezca de herederos forzosos y estime que, al morir, su patrimonio se terminará repartiendo entre familiares cercanos, con quienes no tiene relación o afecto, no

interesándole aquello que ocurra después de su muerte.

Y, por último, tenemos aquellos casos en que la persona carezca de patrimonio, razón por la cual el otorgar testamento, no sólo resultaría ocioso, sino representaría un gasto inútil.

En todas estas situaciones el otorgamiento de testamento no sería algo aconsejable. Podría resultar siendo una demasía.

3.3.2 La sucesión testamentaria.

Nos encontraremos frente a un supuesto de sucesión testamentaria, cuando el causante haya fallecido habiendo otorgado un testamento que se mantenga vigente al momento de su muerte.

En ese sentido, debemos señalar que resultará conveniente o aconsejable el otorgamiento de testamento, cuando la muerte pueda determinar que se conviertan en herederos del patrimonio hereditario dos o más personas y resultase necesario hacer una división de tal patrimonio, a efectos de que los bienes que lo conforman, no permanezcan en estado indiviso, con los consiguientes problemas que ello acarrea; así como tampoco ofrezcan dificultades a los herederos, para que se pueda proceder a una adecuada división y partición de los mismos.

Es importante en estos casos que se otorgue testamento, y que el testamento no se limite a describir los bienes materia de la sucesión y a enumerar a los herederos de los mismos y sus respectivos porcentajes hereditarios.

Digo esto, en la medida de que, otorgar un testamento en tales términos, equivaldría a no haberlo otorgado, pues resulta evidente que la consecuencia sería la misma si nos encontrásemos frente a una sucesión intestada, dado que la participación de los herederos en dicha sucesión, será aquella que determine la ley, en los porcentajes por ella establecidos.

Si no se va a dividir y partir los bienes de la masa en el propio testamento, el único sentido de otorgar testamento, sería el de establecer en él una relación de bienes que incluya la adecuada consignación y descripción de algunos bienes, cuya existencia, ubicación o destino, sea desconocida por los futuros herederos o por parte de algunos de ellos. Claro está, también tendría razón de ser cuando no resultaren de público conocimiento los futuros herederos.

En base a lo expuesto, somos de la idea de que el testamento ideal es aquél en el que, existiendo diversos herederos forzosos, se procede a efectuar una adecuada descripción, al igual que una oportuna división y partición de los bienes hereditarios; ello, pues de esta forma se eliminará una buena fuente de conflictos familiares, derivados, tanto de conocer la magnitud del patrimonio hereditario, como de tener que efectuar la división y partición del mismo, lo que muchas veces genera ingentes conflictos, pues es común que cada uno de los herederos quiera convertirse en titular, de los más valiosos bienes de la herencia.

De ahí que resulte aconsejable el otorgamiento del testamento en los términos y características antes señalados.

Pero, el testador podría ir incluso más allá, estableciendo en su testamento una cláusula arbitral, materia regulada en la séptima disposición complementaria del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, vigente desde el 1 de septiembre de 2018, que citamos a continuación:

Sétima. Arbitraje sucesorio. Mediante estipulación testamentaria puede disponerse el sometimiento a arbitraje de las controversias que puedan surgir entre sucesores, o de ellos con los albaceas, incluyendo las relativas al inventario de la masa hereditaria, su valoración, administración y partición. Si no hubiere testamento o el testamento no contempla una estipulación arbitral, los sucesores y los albaceas pueden celebrar un convenio

arbitral para resolver las controversias previstas en el párrafo anterior.⁴ (El subrayado es nuestro).

Como antecedentes podemos citar, en primer lugar, el artículo 7 de la Ley General de Arbitraje, Ley N° 25935, que establecía lo siguiente:

Artículo 7.- Surte efecto como convenio arbitral la estipulación testamentaria que dispone arbitraje para solucionar las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos o legatarios, o para la porción de la herencia no sujeta a legítima, o para las controversias que surjan relativas a la valoración, administración o partición de la herencia.

La estipulación debe designar el árbitro o referirse a un reglamento arbitral.

Por su parte, el artículo 13 de la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572, señalaba:

Artículo 13.- Arbitraje testamentario

Surte efecto como convenio arbitral la estipulación testamentaria que dispone arbitraje para solucionar las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos o legatarios, o para la porción de la herencia no sujeta a legítima, o para las controversias que surjan relativas a la valoración, administración o partición de la herencia, o para las controversias que se presenten en todos estos casos con los albaceas.

⁴ Nuestras apreciaciones sobre el arbitraje sucesorio se basan en las sostenidas en un anterior trabajo sobre la materia: CASTILLO FREYRE, MARIO, SABROSO MINAYA, RITA, CASTRO ZAPATA, LAURA y JHOEL CHIPANA CATALÁN. *Comentarios a la ley de arbitraje*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Thomson Reuters, segunda parte, vol. 26, 2014.

Finalmente, el artículo 10 de la Ley de Arbitraje española N° 60/2003, establece:

Artículo 10.- Arbitraje testamentario

También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia.

Como ya hemos señalado, no cabe duda de que la muerte de una persona acarrea, en muchos casos, conflictos entre sus sucesores, los cuales resultan muy difíciles de solucionar, dadas las peculiares características.

Generalmente, se sabe que existen dos maneras de adquirir la condición de copropietario: la manera voluntaria, que es cuando uno compra, por ejemplo, un departamento y con él las áreas comunes del edificio donde éste está ubicado, las cuales resultan necesarias para poder gozar de la propiedad del departamento adquirido e indispensables para disminuir los costos de una propiedad que, si fuese independiente, no podríamos adquirir. Sin duda, esta copropiedad, con el paso de los años, reporta problemas, como es el caso de la administración del edificio, la asunción de gastos, la propia convivencia, el eventual deterioro del bien, entre otros.

A pesar de que esta situación puede resultar nefasta conforme pasan los años, hay otro tipo de copropiedad que puede ser peor: la copropiedad que surge en materia sucesoria.

Como sabemos, a la muerte de una persona, tal como dispone el artículo 660 del Código Civil, se transmite a sus herederos el patrimonio del causante, constituido no sólo por sus bienes, sino también por sus créditos y deudas, como un conjunto denominado «masa hereditaria».

Esta masa hereditaria, hasta que se produzca el pago de las deudas de la herencia y la ulterior división y partición, pertenece a todos los coherederos.

De esta forma, si hubiese un solo heredero, es decir, si se tratara de un heredero universal, no habría problema, porque ese heredero podría manejar por decisión propia el destino de esa sucesión. Sin embargo, si se tratara de más de un heredero, los problemas típicos de los copropietarios podrían presentarse, y es que ¿cómo adoptar decisiones? Vale decir, ¿cómo hacer que esos coherederos, que generalmente son hermanos, hijos, etc., puedan convivir en paz?

Allí suelen desatarse, como enseña la experiencia vivida, las más violentas pasiones, por cuanto existen afectos heredados, odios heredados, rivalidades heredadas, que hacen que resulte muy complicado el manejo del tema sucesorio.

En ese sentido, son muy frecuentes los conflictos que se suscitan entre los herederos, ya sea en torno a cuestionar la magnitud de la masa hereditaria y a querer, por un lado, evitar divisiones y particiones, o, por otro, querer que la división y partición se haga a favor de los intereses propios, en perjuicio de los intereses comunes.

Por todas estas consideraciones, resulta pertinente que la ley de arbitraje aborde el tema del arbitraje sucesorio y no sólo el del arbitraje testamentario, como lo hacían las anteriores leyes arbitrales.

Así, y al establecerse dos posibles escenarios para que se someta a arbitraje las controversias que puedan surgir entre sucesores, o entre ellos y los albaceas; así como el hecho de señalar que en caso no exista testamento, o en éste no se contemple una estipulación arbitral para resolver sus controversias, se busca difundir esa práctica e instituir la como la vía natural para dar solución a toda esta problemática.

Centrándonos en el arbitraje testamentario, surge la pregunta de cómo se presentaría la bilateralidad que existe en todo convenio arbitral, es decir, el pacto (manifestación de voluntad) de las partes

para someter sus controversias a arbitraje.

Sobre el particular, Fernández Arce⁵ señala que si bien el testador impone el arbitraje a sus sucesores, esta imposición tiene lugar a su muerte con la aceptación que éstos deberían prestar para consolidar sus derechos hereditarios y, al hacerlo, tendrá lugar el acuerdo de los interesados. El arbitraje testamentario es una disposición de directo cumplimiento, porque la obligación nace de esta disposición testamentaria y no del compromiso que asuman posteriormente los sucesores.

Como se aprecia, la estipulación arbitral incorporada en el testamento por el causante, resulta ser una excepción por la cual el arbitraje procede por la voluntad de un tercero. Ello, en la medida de que para su obligatoriedad basta la manifestación de voluntad unilateral del causante, quien, por cierto, no será parte del arbitraje. Las partes en el arbitraje serán los sucesores del causante (testador).

Al respecto, Lohmann⁶ sostiene que debe tenerse en cuenta que los sucesores suceden al causante y quedan comprometidos por la voluntad de éste. La estipulación arbitral testamentaria obliga a los sucesores a estar y pasar por el arbitraje y no pueden renunciar a él, como no sea transigiendo o renunciando a sus derechos sucesorios, porque se sabe que no procede aceptación o renuncia parciales. No sería válido el pacto por el cual estos sujetos aceptantes del llamamiento sucesorio renuncien al arbitraje ordenado por el testador y en sustitución del arbitraje decidan someterse al Poder Judicial para resolver sus diferencias sucesorias.

Asimismo, en torno al arbitraje testamentario, surge la interrogante de si esta facultad del causante (la de incorporar la estipulación arbitral en el testamento), conculca el derecho constitucional de los herederos o legatarios a la tutela jurisdiccional, establecido en el

⁵ FERNÁNDEZ ARCE, César. «El arbitraje testamentario». En *Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre - Palestra Editores, 2009, vol. 8, p. 273.

⁶ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. «Arbitraje sucesorio». En AA.VV. *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. *Op. cit.*, tomo II, p. 95.

inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú.

A entender de Fernández Arce,⁷ carece de sustento dicho planteamiento porque a los herederos voluntarios o legatarios no se les niega el derecho a la tutela jurisdiccional. Lo tienen y se les reconoce dicho derecho, a través del arbitraje que el testador dispone con derecho porque es un cargo que les impone precisamente para ayudarlos a solucionar las controversias que pudieran presentarse en el futuro. En el arbitraje podrán ejercer todos los medios de defensa que la ley de arbitraje establece.

Al respecto, Amprimo⁸ recuerda que los sucesores o albaceas que puedan sentirse afectados por la disposición testamentaria arbitral, tienen el derecho de renunciar a la herencia o legado, al igual que la persona encomendada por el testador para actuar como albacea puede excusarse de aceptar el cargo.

Ahora bien, cabe preguntarnos qué pasaría si un legatario opta por acudir al Poder Judicial, a pesar de que en el testamento se establece el arbitraje como la vía para la solución de controversias relativas a la sucesión.

Una primera respuesta nos lleva a afirmar que los otros sucesores (los demandados en el proceso judicial), bien podrían deducir la respectiva excepción de convenio arbitral, la cual debería ser amparada por el juez.

Desde un punto de vista estrictamente sucesorio, Amprimo⁹ señala que mucho va a depender de los términos que haya establecido el testador al fijar la estipulación testamentaria arbitral, pues, como sugiere Corral García, podría haber unida al establecimiento del

⁷ FERNÁNDEZ ARCE, César. *Op. cit.*, p. 276.

⁸ AMPRIMO PLÁ, Natale. «Naturaleza jurídica del arbitraje y su obligatoriedad en el arbitraje testamentario». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Magna Ediciones, 2008, p. 110.

⁹ AMPRIMO PLÁ, Natale. «Naturaleza jurídica del arbitraje y su obligatoriedad en el arbitraje testamentario». *Op. cit.*, p. 108.

arbitraje, una prohibición expresa de intervención judicial, según la cual la vulneración de dicha prohibición debe conllevar la pérdida de su condición de sucesor, favoreciendo así al resto de sucesores que sí respetan la voluntad del testador. Obviamente, la pérdida tendría que ser respecto de la parte de la herencia sobre la cual el testador tiene libre disposición.

A entender del citado autor, si la estipulación testamentaria arbitral incluye la prohibición expresa de recurrir a la vía judicial y, por tanto, de quedar obligado a utilizar la vía arbitral, podría considerarse como una condición negativa con efectos resolutorios (artículo 175 del Código Civil). Sin embargo, también podría considerarse la estipulación testamentaria arbitral como un cargo, siempre, claro está, respecto de los legados o de la porción de la herencia no sujeta a legítima.

Con esto se otorga, mas no necesariamente se soluciona, mayores visos de solución al problema y —puede que en muchos casos— se acelere su trámite de una manera más pacífica y civilizada, ya que se evitan diversos procesos judiciales y se fomenta la unificación del mecanismo destinado a poner fin al problema a través de la vía arbitral.

Pero es claro que no todo arbitraje sucesorio será un arbitraje testamentario, ya que podría no haber cláusula arbitral en el testamento del causante, pero sí un ulterior convenio arbitral entre herederos, legatarios y/o albaceas. Aquí habrá seguramente un arbitraje sucesorio, pero no testamentario. Esto se halla contemplado en el segundo párrafo de la séptima disposición complementaria de la Ley de Arbitraje, bajo comentario.

Está claro que la celebración de este convenio arbitral será difícil, en la medida de que ya se habría producido un conflicto sucesorio. Difícil, pero no imposible.

Cabe precisar que si bien las leyes de arbitraje que precedieron al Decreto Legislativo n.º 1071 sólo regulaban, en estricto, el arbitraje testamentario, ello no implicaba —en modo alguno— que estuviera prohibida la celebración de convenios arbitrales entre los sucesores,

siempre y cuando las materias sometidas a conocimiento de los árbitros fueran de libre disposición y no estuviesen incursas en alguna prohibición expresa.

Asimismo, cabe señalar que resulta de suma importancia que esta norma contemple que las controversias que surjan entre los sucesores, es decir, entre herederos (sin distinguir entre forzosos y voluntarios)¹⁰ y legatarios o entre ellos y los albaceas, se puedan solucionar a través del arbitraje sucesorio y que incluya las controversias relativas al inventario, a la cuantía y la valoración de la masa hereditaria —generalmente cuestionada—, a la administración y a la división y partición.

Es evidente que el arbitraje sucesorio es bastante escaso en nuestro país.

Como podrá intuir el lector, el arbitraje sucesorio no testamentario, fruto de un convenio arbitral entre herederos y/o legatarios, resulta una figura bastante inusual, pues es de suponer que el mismo sería fruto de un pacto entre todos ellos, celebrado luego de generada la controversia, lo que determinaría que todos tengan la voluntad de recurrir a arbitraje para facilitar la solución del problema, lo que será poco probable.

A lo largo de mi experiencia profesional, sólo he tenido oportunidad de conocer un arbitraje sucesorio de estas características, en el que fui abogado de una de las partes.

Se trató de un proceso muy complejo, en el que litigaron siete herederos durante casi ocho años.

3.4 Las empresas.

En adición a todas las causas de conflictos antes señaladas, no cabe duda de que el manejo de las empresas familiares constituye parte importante de los mismos.

¹⁰ A diferencia de las anteriores leyes arbitrales, en donde sólo se hacía referencia a los herederos no forzosos o legatarios.

Vamos a partir del entendido de que los herederos puedan, incluso, tener una situación hereditaria clara en materia de los derechos hereditarios que corresponde a cada uno y que exista más de un heredero en la sucesión.

Si se tratara de la división y partición de bienes muebles o inmuebles, y ella hubiese sido dispuesta en el testamento, tal situación no hubiese derivado necesariamente en conflicto, pues cada uno de los herederos podrá ejercer sus derechos de manera individual, sobre los bienes que le hubieren correspondido.

En otras palabras, cada quien manejará sus propios bienes a exclusiva voluntad, al ser propietario de ellos y no tener tales bienes relación con el manejo que los demás herederos hagan de sus propios bienes.

Pero, no necesariamente ocurrirá lo propio con las empresas.

Decimos esto, pues en la eventualidad de que más de un heredero adquiera por tal circunstancia la titularidad de acciones de una sociedad, ello determinará que el manejo de la misma, haya pasado de las manos de quien era, probablemente, su dueño absoluto, y probablemente hasta fundador de la empresa (el causante), a manos de varios herederos, los que deberán tomar el manejo de la sociedad, teniendo como base sus respectivos porcentajes hereditarios, o la materialización de la división y partición de las acciones de la compañía, efectuada por el causante.

En uno u otro caso, los problemas en el manejo de la empresa, probablemente, no serán pocos, en la medida de que donde una sola cabeza tomaba antes todas las decisiones, ellas tendrán que ser adoptadas a partir de ahora, por varias personas.

En muchos supuestos, la asunción de la propiedad y control de las sociedades por parte de varios herederos, es fuente de inagotables problemas, en la medida de que varios de ellos se sentirán con la respectiva autoridad, tanto en materia de conocimientos, como en relación a antiguas situaciones laborales o directivas en la empresa,

para conducirla, lo que determinará, al fin y al cabo, no pocas fricciones entre tales herederos.

En ese sentido, es aconsejable que cuando nos encontremos frente a sociedades, los estatutos de las mismas, contemplen el arbitraje societario como medio de solución de controversias entre sus socios, antiguos socios y directivos, a efectos de que los problemas puedan ser solucionados de una manera más viable.

Resulta paradójico que la figura del arbitraje societario se aprecie como de mayor necesidad en aquellos casos en los cuales nos encontramos en presencia de sociedades con capitales de origen variado; es decir, aquéllas en las cuales existen diversas personas naturales o jurídicas, en condición de socios capitalistas.

Y esto está bien, pues ello ayudará a la solución de eventuales conflictos; pero, ocurre que en aquellas sociedades en donde hay, prácticamente, un único dueño, la inclusión de una cláusula estatutaria sobre el arbitraje societario, resulta aún de mayor utilidad.

Lo expresado, porque es necesario prever aquella situación en la cual el dueño de la empresa fallezca y deje varios herederos.

Ante la inexistencia de un convenio arbitral estatutario, los conflictos entre los nuevos socios-herederos, se tendrán que ventilar en el Poder Judicial.

En cambio, si se hubiese establecido el arbitraje estatutario, tales controversias serán resueltas en sede arbitral.

Como sabemos¹¹, el arbitraje estatutario se encuentra regulado en la Sexta Disposición complementaria de la Ley de Arbitraje, norma de texto siguiente:

¹¹ Nuestras apreciaciones sobre el arbitraje sucesorio se basan en las sostenidas en un anterior trabajo sobre la materia: CASTILLO FREYRE, Mario, SABROSO MINAYA, RITA, CASTRO ZAPATA, Laura y Jhoel CHIPANA CATALÁN. *Comentarios a la ley de arbitraje*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Thomson Reuters, segunda parte, vol. 26, 2014.

Sexta.- Arbitraje estatutario

Puede adoptarse un convenio arbitral en el estatuto de una persona jurídica para resolver las controversias entre la persona jurídica y sus miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios o las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones o las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos.

El convenio arbitral alcanza a todos los miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios que se incorporen a la sociedad así como a aquellos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo.

El convenio arbitral no alcanza a las convocatorias a juntas, asambleas y consejos o cuando se requiera una autorización que exija la intervención del Ministerio Público.

No existe duda de que los conflictos al interior de las personas jurídicas ocasionan múltiples inconvenientes que en diversos casos traban la marcha del propio organismo, más aún si dichas desavenencias se ventilan en múltiples procesos judiciales.

Al ser conscientes de dicha realidad, desde hace algunos años resulta práctica habitual en nuestro país la adopción del arbitraje estatutario, el mismo que implica establecer un convenio arbitral en el estatuto de la persona jurídica para resolver determinados conflictos. Dentro de los alcances de este convenio arbitral, puede señalarse que se resolverán a través de arbitraje las controversias que surjan, ya sea entre la persona jurídica y cualquiera de sus miembros —estamos hablando de socios o asociados—, entre la persona jurídica y sus directivos, entre la persona jurídica y sus administradores, entre la persona jurídica y sus representantes, entre la persona jurídica y sus funcionarios, las que surjan de sus derechos u obligaciones, las controversias que se refieran al cumplimiento del estatuto o a la validez de los acuerdos.

El convenio arbitral, en el caso del arbitraje estatutario, tiene una particularidad, porque no sólo obliga a aquellos socios o asociados que aprueban el estatuto de la persona jurídica, sino alcanza a todos los miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios de dicho sujeto de derecho, a quienes se incorporen a él, así como a aquéllos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo. Vale decir, tiene alcances incluso para aquellas personas que no son miembros de la persona jurídica al momento en que se celebra el contrato social o al momento en que se modifique el estatuto para incluir el convenio arbitral.

Ésta, sin duda, es una ficción legal que resulta positiva a efectos de que no exista convivencia de controversias conocidas por el Poder Judicial y estas controversias que se sigan ante otros tribunales, ya que podría ocurrir que algunos socios sí hubiesen suscrito el convenio arbitral al momento de la modificación del estatuto, y que otros socios no lo hubiesen suscrito, con lo cual no podrían llevarse adelante los procesos arbitrales.

En torno a la materia arbitrable, las derogadas leyes generales de arbitraje no excluían ninguna en específico. Sin embargo, ello ocasionó un interesante debate sobre el particular, ya que el artículo 48 de la Ley General de Sociedades establecía que «no procede interponer las acciones judiciales contempladas en esta ley o en las de aplicación supletoria y ésta, cuando exista convenio arbitral obligatorio contenido en el pacto social o en el estatuto que someta a esta jurisdicción resolver las discrepancias que se susciten».

Por ello, la parte final de la sexta disposición complementaria de la actual ley de arbitraje, agrega que el convenio arbitral no alcanza a las convocatorias a juntas, asambleas y consejos, o cuando se requiera una autorización que exija la intervención del Ministerio Público.

Asimismo, como se aprecia en la tercera disposición modificatoria, la actual Ley de Arbitraje modificó, entre otros, el artículo 48 de la Ley General de Sociedades, incorporando expresamente que el convenio arbitral no alcanza a las convocatorias a juntas de

accionistas o socios.

Otro tema importante en torno a la modificación del referido artículo 48 y que se relaciona directamente con el arbitraje estatutario, es el relativo a quién o quiénes pueden someterse al convenio arbitral contenido en el estatuto.

Antes, el referido artículo 48 de la Ley General de Sociedades también se aplicaba al tercero que al contratar con la sociedad se hubiera sometido al convenio arbitral. Y aquí surgía la interrogante en torno a quién era ese tercero.

Con la modificación del artículo 48 de la Ley General de Sociedades contemplada en la tercera disposición modificatoria de la actual Ley de Arbitraje, se ha eliminado cualquier referencia a terceros. Ello, en la medida de que el supuesto en el cual de forma automática un tercero se somete a la cláusula arbitral, es cuando se incorpora como socio, transfiriendo después sus acciones y, como consecuencia de dicha transferencia, surgía una controversia o la controversia se derivaba del periodo durante el cual fue accionista¹² ya se encuentra regulado por la sexta disposición complementaria, al establecer que el convenio arbitral contenido en el estatuto también alcanza a aquéllos que ya no son miembros, directivos, administradores, representantes o funcionarios de la persona jurídica.

Como se puede apreciar, si los convenios arbitrales en materia societaria son muy útiles en términos generales, lo serán aún más en el seno de las empresas familiares.

¹² HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. «El arbitraje estatutario en una sociedad mercantil. ¿Siempre es más conveniente recurrir al arbitraje?». En *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica, julio 2005, n.º 140, pp. 240-241.