

# ARBITRAJE FAMILIAR INTERNACIONAL

ANA PALOMA ABARCA JUNCO

*Catedrática de Derecho Internacional Privado*  
UNED

MIGUEL GÓMEZ JENE

*Profesor titular de Derecho Internacional Privado*  
UNED

Recibido: 31.01.2012 / Aceptado: 07.02.2012

**Resumen:** La norma que, en principio, rige el arbitraje familiar es la Ley de Arbitraje de 2003 (LA). Una norma que, como es bien sabido, se inspira en una Ley Modelo concebida para el arbitraje *comercial* antes que el *familiar*. Esta última circunstancia permite suponer que la aplicación de la LA a los supuestos de familia no siempre será sencilla, pues ciertas soluciones previstas para los supuestos típicamente comerciales no son extrapolables al ámbito familiar. En efecto, la determinación de la internacionalidad del supuesto, la concreción de las cuestiones arbitrables, la aplicación de la norma que regula el convenio arbitral internacional, así como el mismo exequátur del laudo extranjero, constituyen ámbitos que, en ciertos supuestos, exigirán una reinterpretación de la norma aplicable para ofrecer una respuesta coherente al supuesto controvertido. A localizar las incoherencias que, desde esta perspectiva, presenta la LA, así como a ofrecer soluciones específicas para salvar esas incoherencias dedicaremos este trabajo. De tal modo que, a la luz de las conclusiones alcanzadas, podrán sopesarse mejor las ventajas e inconvenientes del arbitraje familiar frente a la vía jurisdiccional.

**Palabras clave:** arbitraje familiar, Ley de Arbitraje, arbitrabilidad, convenio arbitral, reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

**Abstract:** The law that in theory would regulate marital arbitration in Spain is the Arbitration Act (2003). As it is well-known, this Act is inspired by the UNCITRAL Model Law, which was originally conceived for commercial arbitration instead of marital arbitration. This distinctive aspect would mean that the application of the Act to marital matters is not an easy task, since solutions usually developed for commercial issues are not compatible to the family settings. In fact, the specification of the international character of the case, the precise application of the rule which regulates the validity of the international arbitration agreement, and the recognition and enforcement of the Arbitral awards are fields that sometimes need a reinterpretation of the applicable norm to give a coherent answer to the case. The aim of this essay is to find the incoherencies of the Arbitration Act relating to marital matters and to give some solutions in order to solve these interpretative problems. Therefore, and after appreciating these solutions, it might be easier to balance the advantages and disadvantages of marital arbitration against the jurisdictional answer to the issue.

**Key words:** marital arbitration, Arbitration Act, arbitrability, arbitration agreement, recognition and enforcement of arbitral awards.

**Sumario:** I. Introducción: la progresiva arbitrabilidad del Derecho de familia. II. Ley de Arbitraje y arbitraje familiar con elemento extranjero. 1. Breve referencia a las fuentes internacionales. 2. La Ley de Arbitraje. A) Ámbito de aplicación espacial. B) La arbitrabilidad de la materia. C) Carácter internacional del arbitraje. D) El convenio arbitral. III. La solución de los conflictos familiares internacionales: arbitraje v. jurisdicción. 1. La ley aplicable a la resolución de la controversia: voie directe frente al sistema conflictual de las normas de derecho internacional privado. 2. ¿Aplicabilidad de normas jurídicas al arbitraje familiar internacional? 3. Conclusiones parciales. IV. El sistema conflictual en materia matrimonial. 1. Ley aplicable al divorcio. 2. Ley aplicable a los efectos del matrimonio. V. Reconocimiento de laudos frente a reconocimiento de resoluciones judiciales en materia matrimonial. 1. Reconocimiento de laudos arbitrales. 2. Reconocimiento de resoluciones judiciales. 3. El procedimiento de exequátur. VI. A modo de conclusión.

## I. Introducción: la progresiva *arbitrabilidad* del Derecho de familia

1. Es un debate actual el que gira en torno a la idoneidad de los ADR (*Alternative Dispute Resolution*) como método de resolución de conflictos en el ámbito familiar. De hecho, el interés tanto a nivel legislativo como doctrinal en torno a esta materia es tan manifiesto como justificado. En efecto, al menos teóricamente, los ADR en materia familiar son considerados como una mejor alternativa a la jurisdicción<sup>1</sup>. Ciñéndonos al arbitraje –ya sea interno o internacional–, podemos concretar una serie de ventajas propias que, básicamente, se concretan en: la especialización del árbitro en la materia; el mayor control y/o participación de las partes en la resolución de sus propios intereses; en la posibilidad de «burlar» el vetusto régimen conflictual en materia de ley aplicable a los distintos aspectos del ámbito familiar (alimentos, efectos del matrimonio...); la posibilidad de someter distintos aspectos a una misma ley; la simplificación de distintas formalidades (*ad. ex.* traducciones y notificaciones); y, en fin, en la facilidad de reconocer el laudo arbitral con independencia del lugar en el que éste haya sido dictado.

2. Las ventajas enumeradas son, en mayor o menor medida, las que en su momento llevaron a determinados Estados a promulgar leyes específicas para el arbitraje familiar, desligándolo, por un lado, del arbitraje comercial, y permitiendo, por otro, una mayor arbitrabilidad en este ámbito (admitiendo, por ejemplo, la arbitrabilidad de los derechos de guarda o visita). Especialmente significativo es, en este sentido, el ejemplo de Estados Unidos y Canadá. Así, la Ley Uniforme sobre Arbitraje adoptada en Canadá en 1990 incluyó expresamente el arbitraje familiar, si bien en algunas provincias del Estado (Ontario) se suscitó una interesante controversia en torno a su admisión (basada en los arbitrajes religiosos y la vulnerabilidad de las mujeres ante éstos<sup>2</sup>). En relación a Estados Unidos, baste con recordar que en octubre de 1999, Carolina del Norte se convirtió en el primer Estado en adoptar una ley específica al

<sup>1</sup> Sobre el tema en general, *vid.*, J. KESSLER / A. KORITZINSKY / S. SCHLISSEL, «Why Arbitrate Family Law Matters?»; M. KIRSTHARDT, «The Use of Mediation and Arbitration for Resolving Family Conflicts: What Lawyers Think About Them»; F. L. MCGUANE, JR., «Model Marital Arbitration Act: A Proposal», los tres trabajos en: *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, Vol. 14, 1997, pp. 333-352; pp. 353-392 y pp. 393-417, respectivamente. En concreto, a favor de incluir la custodia como materia arbitral, C. ALBANO, «Binding Arbitration: A proper Forum for Child Custody?», *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, Vol. 14, 1997, pp. 419-446; R. COULSON, «Family Arbitration-An Exercise in Sensitivity», *Family Law Quarterly*, 1969, Vol. 3, pp. 22-30. Sobre los comienzos del arbitraje en esas materias (custodia y visita) *vid.* K. E. C. HULL / E. M. ROD, «Arbitration-A Viable alternative?», *Fordham Urban Law Journal*, Vol. III, 1974-75, pp. 53-77; S. W. SCHLISSEL, «A Proposal For Final and Binding Arbitration of Inicial Custody Determinations», *Family Law Quarterly*, Vol. XXVI, 1992-93, pp. 71-84.

<sup>2</sup> *L'arbitrage religieux en matière familiale. La Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. Section civile.* Saint-Jean (Terre-Neuve et Labrador) Agosto, 2005. En la doctrina: N. BAKHT, «Were Muslims Barbarians Really Knocking On the Gates of Ontario?: The Religious Arbitration Controversy-Another Perspective», *Ottawa Law Review*, 2006, pp. 67-82. En relación con el problema planteado en los arbitrajes por la religión musulmana, es muy ilustrativo el Informe BOID, encargado por el Fiscal General y la Ministra de Asuntos relacionados con la Mujer: M. BOID, *Dispute Resolution in Family Law: Protecting Choice, Promoting Inclusión.* Ottawa, 2004.

respecto<sup>3</sup>, y que la arbitrabilidad de todo incidente o disputa en torno al divorcio (excepto la disolución de vínculo) es ampliamente aceptada en varios Estados del país<sup>4</sup>.

3. La importancia que va adquiriendo este modo de resolución de conflictos en países de nuestro entorno cultural, así como la cada vez más frecuente interconexión entre nacionales de distintos Estados, permite prever un mayor recurso a este tipo de resolución de conflictos; especialmente para los supuestos internacionales. De ahí nuestro interés por comenzar a estudiar las ventajas e inconvenientes que, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español, plantea el arbitraje familiar internacional frente a la vía judicial.

Para ello nos referiremos, en primer lugar, a la Ley de Arbitraje de 2003 (LA)<sup>5</sup>. En concreto, a su ámbito de aplicación y a la idoneidad de sus normas más relevantes desde la especificidad que supone el arbitraje familiar internacional (arts. 3, 9, 34 y 46 LA). Localizadas las posibles distorsiones en la aplicación de estas normas para los arbitrajes familiares internacionales y propuestas algunas soluciones al respecto, insistiremos en sus ventajas frente a la jurisdicción, mostrando, en perspectiva comparada (arbitraje v. jurisdicción), los inconvenientes que las controversias internacionales en materia de familia plantean ante la jurisdicción.

## II. Ley de Arbitraje y arbitraje familiar con elemento extranjero

### 1. Breve referencia a las fuentes internacionales

4. Pese a la relevancia de la LA como norma reguladora del arbitraje familiar internacional, no debe olvidarse que, en tanto que aplicables a este tipo de arbitrajes, el *Convenio sobre reconocimiento y de sentencias arbitrales extranjeras*, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (CNY), así como una serie de Convenios bilaterales que incluyen el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en su ámbito de aplicación material, constituyen fuentes del arbitraje familiar internacional. No es aplicable a este tipo de arbitraje, sin embargo, el *Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional* hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 (por tratarse de un Convenio que sólo regula aspectos del arbitraje comercial).

Sobre el CNY baste con señalar que, en virtud de su amplísimo ámbito de aplicación material<sup>6</sup>, será de aplicación para reconocer en España un laudo arbitral que, por ejemplo, resuelva determinados efectos en materia de divorcio. El hecho de que a día de hoy no exista jurisprudencia al respecto, no empaña la afirmación anterior.

### 2. La Ley de Arbitraje

5. La inclusión del arbitraje familiar en el ámbito de aplicación material de la LA se deduce de su mismo artículo 2, a cuyo tenor: «son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho». Ahora bien, en la medida en que se trata de una norma concebida para regular los asuntos comerciales antes que familiares, se localizan una serie de disfunciones en su hipotética aplicación a estos últimos supuestos. A continuación estudiaremos las disfunciones que consideramos más relevantes, no sin antes insistir en el ámbito de aplicación espacial de la LA.

<sup>3</sup> L. P. BURLERSON, «Matrimonial Arbitration»; M. E. SULLIVAN, «Arbitration: A New Tool For Contested Family Law Cases». Ambos en: <http://www.aaml.org>.

<sup>4</sup> A. CALABRESE, «The Enforceability of arbitration clauses in Virginia Marital Separation Agreements», *University of Richmond Law Review*, Vol. 19, 1984-85, pp. 333-342.

<sup>5</sup> Modificada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley de Arbitraje 60/2003 (BOE núm. 121, 21.5.2011).

<sup>6</sup> Como es sabido, España no hizo uso de las reservas que prevé el Convenio.

## A) **Ámbito de aplicación espacial**

6. La LA adopta un criterio territorial de aplicación al señalar, en su artículo 1, que: «La ley se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional, sin perjuicio de lo establecido en Tratados de los que España sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje». De tal modo que, cuando la sede del arbitraje se localice en territorio español, la LA será aplicable al procedimiento arbitral. Lo anterior no obsta para que determinadas disposiciones de la LA sean también de aplicación aún cuando la sede del arbitraje se localice en un Estado extranjero<sup>7</sup>.

En cualquier caso, y por la relevancia que tiene para el ámbito familiar, importa destacar que los principios de igualdad, audiencia y contradicción (art. 24 LA) deben interpretarse, obligatoriamente, a la luz de la ley y jurisprudencia española<sup>8</sup>. Lo cual no impide que el procedimiento pueda guiarse por lo estipulado por las partes en base a la autonomía de la voluntad que la LA les reconoce. Del mismo modo, la posible arbitrabilidad de materias estrechamente vinculadas al ámbito familiar (*ad. ex.* efectos del divorcio) queda supeditada, en principio (pues deben contemplarse ciertas excepciones –*infra* 18 ss), a lo establecido en la ley y jurisprudencia españolas.

## B) **La arbitrabilidad de la materia**

7. La arbitrabilidad de la materia viene determinada, en el caso de los arbitrajes internos, por la misma LA. En el caso de arbitrajes internacionales, la arbitrabilidad de la materia queda supeditada a las normas jurídicas elegidas por las partes (*infra* 12 ss.). Es por tanto de capital importancia para el arbitraje familiar determinar cuándo estamos ante un arbitraje interno o internacional (*infra* 8 ss). Entre otras cosas, porque la hipotética anulación del laudo por no arbitrabilidad de la materia puede llegar a depender del carácter internacional o no del arbitraje: mientras que en un arbitraje internacional las partes tienen la posibilidad de someter sus controversias a normas jurídicas que prevean la arbitrabilidad de ciertas materias del Derecho de familia, en el arbitraje interno esa posibilidad, en principio, no existe.

8. Conforme al derecho español, los cónyuges o futuros cónyuges pueden comprometer en convenio arbitral las diferencias que surjan en relación a sus bienes y derechos. Es pacífico tanto en la doctrina como en la jurisprudencia aceptar la arbitrabilidad de los contratos patrimoniales entre cónyuges<sup>9</sup>. Por el contrario, se sostiene que no son arbitrables las materias relativas a la personalidad, filiación, patria potestad, y, en general, las cuestiones de estado civil y aquellas otras en las que deba intervenir el Ministerio Fiscal<sup>10</sup>. La base jurídica para sostener esta afirmación radica, principalmente, en el art. 1814 Cc, a cuyo tenor: «No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros». La norma en cuestión debe, a nuestro juicio, interpretarse a la luz de la realidad actual –tanto doctrinal como jurisprudencial–, mucho más permisiva con la arbitrabilidad de las cuestiones derivadas de las relaciones familiares (matrimoniales)<sup>11</sup>. Así, por ejemplo, no encontramos inconveniente alguno para someter al juicio de árbitros una cuestión relativa a alimentos o una cuestión matrimonial que no sea la misma disolución del vínculo (*ad. ex.* sus efectos). En este contexto, debe tenerse en cuenta, además, que el hecho de que el arbitraje en materia familiar pueda ser calificado como *internacional* supone tanto como que las partes podrán elegir las normas jurídicas

<sup>7</sup> En concreto, según el párrafo segundo del artículo 1, son de aplicación a arbitrajes que se estén desarrollando o se hayan desarrollado en el extranjero: las normas que regulan la competencia judicial internacional para adoptar medidas cautelares en apoyo a un arbitraje (art. 8.3), las normas relativas a la ejecución forzosa del laudo (art. 8.4, 44 y 45), las normas relativas al exequátur del laudo extranjero (arts. 8.6, 46), las normas relativas a la forma y contenido del convenio arbitral (art. 9), y, las normas relativas a la competencia del árbitro para adoptar medidas cautelares (art. 23).

<sup>8</sup> Sobre esta cuestión, con más detenimiento, M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje internacional en la Ley de Arbitraje de 2003*, Madrid, Colex, 2007, pp. 29-32.

<sup>9</sup> En este sentido entre otras, Sentencia AP Sevilla, 29 marzo 2001, *RCEA*, 2002, pp. 149 y ss. La solución entonces adoptada en base a la LA de 1988 es también predicable respecto de la LA 2003.

<sup>10</sup> *Vid.* E. ROCA «Crisis matrimonial y arbitraje», *Anuario de Justicia Alternativa*, Núm. 6, 2005, pp. 171-200.

<sup>11</sup> *Vid. supra* la doctrina citada en la nota a pie núm. 1, 2, 3 y 4.

aplicables al fondo de la controversia (*infra* 13 ss.). Normas jurídicas que, además, determinarán la arbitralidad de la controversia si finalmente son escogidas por las partes para ser aplicadas en el arbitraje (*ex art.* 9. 6 LA). El hecho de que la controversia gire en torno a cuestiones de familia (*ad. ex. divorcio*) no obsta para que las normas jurídicas también sean de aplicación en este sector (*infra* 14 ss.).

### C) Carácter internacional del arbitraje

9. Probablemente, la mayor distorsión que presente la LA para su correcta aplicación a los arbitrajes familiares con elemento extranjero se encuentre en su artículo 3. Precepto que, como es sabido, califica la *internacionalidad* del supuesto cuando concurren en él algunas de las tres circunstancias que prevé: (a) que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes; (b) que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios; y, (c) que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional<sup>12</sup>.

10. Es evidente que la circunstancia c) no es aplicable al arbitraje familiar, por lo que para determinar la internacionalidad de un arbitraje de este tipo únicamente serán de aplicación las circunstancias previstas en los incisos a) y b); es decir, las circunstancias basadas en un criterio espacial. Debe destacarse, en este sentido, que el hecho de que el apartado c) del artículo 3 de la LA sólo esté pensado para arbitrajes comerciales supone un inconveniente para el arbitraje familiar, que no dispone de inciso alguno en este precepto a cuya luz puedan considerarse internacionales supuestos que en aplicación de las conexiones clásicas del Derecho internacional privado no se considerarían como tal. En efecto, según la Exposición de Motivos de la LA, con el inciso c) del artículo 3, «se pretende dar cabida a supuestos en que, aunque no concurren los elementos anteriormente establecidos por la ley, resulte indudable su carácter internacional a la luz de las circunstancias del caso». Pues bien, no deja de llamar la atención –por absurdo– que a la luz de las conexiones previstas en los apartados a) y b) del artículo 3 de la LA, muchas relaciones familiares no puedan considerarse *internacionales*, cuando su nivel de internacionalización sea de tal intensidad que resulte evidente. De este modo, se priva al arbitraje familiar de los beneficios propios de la internacionalidad (sumisión a normas jurídicas, eficacia del convenio arbitral, más supuestos de arbitralidad, plazos más largos...). Es por ello que, en aras de cumplir con la voluntad del legislador –cual es la de otorgar el beneficio de la internacionalidad a supuestos en los que tal circunstancia sea evidente–, debe imponerse una interpretación flexible del precepto, en cuya virtud, la relación familiar controvertida deberá considerarse internacional cuando presente vínculos relevantes con más de un ordenamiento jurídico.

No aceptar esta interpretación privaría a las partes en una controversia familiar de someter su disputa al conjunto de normas jurídicas que estimasen más adecuadas, además de abocarlas al sometimiento de un régimen conflictual que, en principio, sí sería de aplicación<sup>13</sup>. Especial relevancia tiene la afirmación anterior en el concreto ámbito de los *efectos* del matrimonio. En efecto, repárese en que un supuesto de cónyuges con nacionalidad común extranjera y residencia habitual en España no se consideraría, en aplicación estricta del artículo 3 LA *internacional*, y, en cambio, sí entraría en el ámbito de aplicación del artículo 9.2 Cc (norma de conflicto aplicable en la materia).

11. Tiene también especial interés para el arbitraje familiar el apartado 2 del citado precepto, pues recoge una cláusula de cierre para los supuestos de pluralidad de domicilios: «A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que

<sup>12</sup> Sobre la relevancia de la *internacionalidad* del arbitraje, *vid.* J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización», *REDI*, 2005, pp. 605-637. Sobre el precepto en cuestión, M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje...*, *cit.*, pp. 49-55.

<sup>13</sup> *Vid.* no obstante, *infra* Ep. III.1.

guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral; y si una parte no tiene ningún domicilio, se estará a su residencia habitual».

Como puede observarse, el criterio utilizado para determinar el domicilio efectivo de una parte en caso de pluralidad de domicilios (relación más estrecha con el convenio arbitral) no encaja bien con los supuestos familiares. Ni por la concreción fáctica que exige la conexión «relación más estrecha», ni por la conexión –a veces fortuita– que se impone con el convenio arbitral. En efecto, si nos inspiramos en las directrices que ofrece el Reglamento Roma I<sup>14</sup>, la conexión que de ordinario determinará la «relación más estrecha» será la *lex domicilii debitoris*. Y, en nuestra opinión, no es ésta la mejor conexión a retener en caso de pluralidad de domicilios.

Por el contrario, la conexión fáctica que supone la *residencia habitual* tiene mucho más sentido, pues es la conexión más sensible a la realidad social de la persona. En perspectiva de Derecho internacional privado, la conexión *residencia habitual* se basa en criterios funcionales; criterios, en cuya virtud, se pretende determinar el centro de la vida social de una persona; el lugar, en definitiva, donde mejor y en mayor medida se encuentra integrada. Por ello, la conexión *residencia habitual* es la conexión más utilizada en materia de relaciones familiares y de estatuto personal; es, además, la conexión utilizada en nuestro sistema para definir el domicilio de una persona (art. 40 Cc).

Para determinar si existe o no *residencia habitual* debe renunciarse a utilizar cualquier mecanismo jurídico. Deben tenerse en cuenta, por el contrario, los datos que ofrece la realidad para constatar que el *centro de la existencia* de una persona tanto fáctica como social (es lo que la doctrina alemana denomina en una palabra: *Daseinsmittelpunkt*)<sup>15</sup>. Y para que pueda hablarse de *centro de existencia* en un determinado entorno se requiere, además de un vínculo real, una presencia física efectiva y prolongada; regular y continuada –aun cuando sean posibles ciertas interrupciones–. En el bien entendido de que no existe un plazo preestablecido para que pueda hablarse de residencia habitual. De hecho, la mera voluntad de establecerse en un lugar determinado no es ni necesaria ni suficiente<sup>16</sup>. Así puede deducirse de la jurisprudencia del TJUE sobre este particular<sup>17</sup>.

**12.** En conclusión: es precisamente la conexión prevista en el apartado 2 del artículo 3 LA para los casos en los que el domicilio de las partes no pueda determinarse (residencia habitual) la que, en el ámbito del arbitraje familiar, también debería aplicarse en supuestos de pluralidad de domicilios, pues es la conexión que mejor refleja la realidad y los intereses de las partes.

#### **D) El convenio arbitral**

**13.** La obligación de someter la controversia a arbitraje puede producirse en distintos momentos. Bien en el momento de otorgar las capitulaciones matrimoniales (en lo que atañe a reparto de bienes), bien en cualquier momento posterior o anterior al matrimonio y anterior o posterior a la controversia. En cualquier momento pues las partes podrán firmar un convenio arbitral por el que se comprometan a someter al juicio de árbitro sus diferencias.

Como es sabido, el convenio arbitral se regula en el Título II de la LA (art. 9). Por lo que ahora importa, cuando el arbitraje sea internacional (ex. art. 3 LA), el artículo 9.6 será aplicable para determinar la validez del convenio: «Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español».

<sup>14</sup> Reglamento (CE) núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales.

<sup>15</sup> Vid. entre otros, G. KEGEL, «Was ist gewöhnlicher Aufenthalt?», *Festschrift für Manfred Rehbinder*, München, 2002. p. 701; R. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 6ª Ed., Köln, 2009, pp. 152-154; J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 6ª Ed., Tübingen, 2006, pp. 278-292.

<sup>16</sup> Por ejemplo, la mera inscripción en un registro oficial o padrón.

<sup>17</sup> STJUE, 15 septiembre 1994, asunto C-452/93 P; STJUE, 11 noviembre 2004, asunto C-372/02; STJUE, 17 julio 2008, asunto C-66/08; y, STJUE, 2 abril 2009, asunto C-523/07.

En consecuencia, de la misma manera que ocurre con la arbitrabilidad (*supra* 8), el convenio será válido si cumple los requisitos exigidos por las «normas jurídicas» que en él se indican o por el derecho español. Este dato es importante, pues si el convenio arbitral es válido conforme a las normas jurídicas aplicables, no podrá prosperar una acción de anulación frente al laudo resultante por invalidez del convenio arbitral conforme al derecho español<sup>18</sup>.

14. La cuestión que no obstante queda por determinar es si, del mismo modo que en el ámbito comercial la expresión «normas jurídicas» va referida a la *lex mercatoria*, en el ámbito familiar también podría entenderse en sentido amplio; entendiéndose por normas jurídicas tanto las incluidas en un ordenamiento jurídico estatal, como las pertenecientes a las distintas confesiones religiosas.

En nuestra opinión, una concepción amplia de lo que debe entenderse por normas jurídicas en el ámbito familiar debe prevalecer. A continuación explicamos los motivos que justifican nuestra opinión. No sin antes insistir en el tratamiento jurídico que la LA da al sistema conflictual previsto en nuestro ordenamiento jurídico.

### III. La solución de los conflictos familiares internacionales: arbitraje v. jurisdicción

15. El hecho de que el artículo 9.6 LA prevea que tanto la validez del convenio arbitral como la arbitrabilidad de la materia se determine –si así lo quieren las partes en los supuestos internacionales– conforme a lo establecido en las «normas jurídicas» por ellas elegidas, plantea, en primer término, la cuestión relativa a la aplicación imperativa del sistema de normas de conflicto en el arbitraje familiar (en tanto que Derecho, en principio, no disponible por las partes). O dicho de otro modo, en el ámbito del arbitraje familiar, ¿es posible determinar la ley –o en su caso, las *normas jurídicas*– aplicables al fondo de la controversia sin reparar en la conexión establecida por la norma de conflicto aplicable?

#### 1. La ley aplicable a la resolución de la controversia: *voie directe* frente al sistema conflictual de las normas de derecho internacional privado

16. En la jurisdicción, la aplicación de la norma de conflicto para determinar la ley aplicable al supuesto de tráfico jurídico externo es imperativa (*ex. art. 12.6 Cc*); esto es, el juez que conozca de un supuesto de derecho de familia con elemento extranjero deberá aplicar obligatoriamente la norma de conflicto pertinente para concretar el derecho aplicable al fondo de la controversia.

17. En el arbitraje, por el contrario, la aplicación de la norma de conflicto no es imperativa. En efecto, en el arbitraje las partes tienen dos opciones para obviar la aplicación imperativa del derecho determinado por la norma de conflicto. En virtud de la primera opción, las partes pueden acordar –ya sea en el seno de un arbitraje interno, ya sea en el seno de un arbitraje internacional– el sometimiento de su controversia a un arbitraje de equidad (*art. 34.1 LA*). Supuesta la arbitrabilidad del asunto, el único límite que debe respetar el árbitro que resuelve de este modo es el que gira en torno a la aplicación de las normas imperativas, pues de otro modo podría vulnerarse lo establecido en el artículo 6 Cc. El laudo así dictado no necesita de razonamientos ni motivación alguna, bastando la manifestación de la voluntad decisoria del árbitro para ser válido<sup>19</sup>.

Para el arbitraje internacional –en particular– prima *la voie directe* (o vía directa); esto es, se consagra la posibilidad de que, en defecto de elección expresa de las partes, los árbitros determinen las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia –ya sea una ley estatal, ya sean unos principios generales– sin sujeción al sistema conflictual vigente en el país donde se celebre el arbitraje (*art. 34.2 LA*). Se trata, en definitiva, de una opción expresamente querida por el legislador, pues así lo dice en la Exposición de Motivos de la LA: «La ley no sujeta a los árbitros a un sistema de normas de conflicto».

<sup>18</sup> Sobre esta cuestión *in extenso*, M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje...*, *cit.*, pp. 153-154.

<sup>19</sup> Expresamente en este sentido, STS de 4 febrero 1983 (RJ 1983\807).

## 2. ¿Aplicabilidad de *normas jurídicas* al arbitraje familiar internacional?

18. Si, como hemos visto, el legislador ha querido que en el ámbito comercial impere un modelo directo de concreción de la ley aplicable al fondo de la controversia (exonerando al árbitro de aplicar sistema conflictual alguno), cabe preguntarse entonces hasta qué punto ha sido –o es– también voluntad del legislador aplicar el mismo modelo al arbitraje familiar. Pues bien, en defecto de manifestación en contrario, a nuestro juicio debe presumirse la misma voluntad a favor de una vía directa desligada del sistema conflictual para el arbitraje familiar. Y es que, sólo así podrán llegar las partes a aplicar *normas jurídicas* en el seno de un arbitraje familiar (internacional); opción clave para que el justiciable se decante finalmente por el arbitraje como método de resolución de su controversia. Además de la flexibilidad que esta opción de política legislativa introduce, no puede dejar de recordarse que la remisión a un ordenamiento jurídico estatal concreto no siempre es la mejor opción para resolver la controversia –familiar– internacional en su justa medida. *Mutatis mutandis*, puede extrapolarse al contexto familiar la reflexión que sobre este particular hace el legislador en la Exposición de Motivos de la LA: «la ley prefiere la expresión *normas jurídicas* aplicables a la de *derecho aplicable*, en la medida en que esta última parece englobar la exigencia de remisión a un concreto ordenamiento jurídico de un Estado, cuando en algunos casos lo que ha de aplicarse son normas de varios ordenamientos o reglas comunes del comercio internacional».

Además, esta posibilidad de recurrir a la aplicación de normas jurídicas en el ámbito de la ley aplicable está en línea con las demandas actuales de la doctrina comparada que, en materia de Derecho de familia, aboga por implantar un sistema conflictual basado en la autonomía de la voluntad de las partes<sup>20</sup>.

Por otro lado, no debe olvidarse que lo anterior está previsto, en principio, para supuestos de arbitraje internacional. De tal modo que, si no aceptamos la interpretación anteriormente propuesta en torno a la *internacionalidad* del arbitraje de familia (*supra* 10), las partes involucradas en un arbitraje con elemento de internacionalidad relevante, pero no calificable como tal a la luz de las conexiones previstas en el artículo 3 LA, no tendrán la opción de aplicar a su arbitraje las *normas jurídicas* que estimen más adecuadas para resolver su controversia. Lo cual, insistimos, no tiene mucho sentido en el contexto cultural actual.

19. Pero aun si prevalece una interpretación coherente de lo que debe entenderse por arbitraje familiar *internacional* –otorgando el beneficio de la internacionalidad a todo aquel arbitraje que contenga un elemento extranjero relevante–, queda todavía por determinar qué debe entenderse por *normas jurídicas* en este contexto. Recuérdesse que, en materia comercial, se entiende que con la expresión *normas jurídicas* se hace –siquiera sea indirectamente– referencia a la «*lex mercatoria*». No está claro, sin embargo, qué debe entenderse y qué tratamiento debe darse a la «*lex mercatoria*»<sup>21</sup>. A nuestro juicio, la expresión «*lex mercatoria*» no sólo hace referencia a un conjunto de principios internacionales, sino que, sobre todo, hace referencia a un método para alcanzar decisiones<sup>22</sup>. Desde esta perspectiva, la función del árbitro en aplicación de la «*lex mercatoria*» pasaría por resolver la controversia partiendo de un análisis comparado de las distintas legislaciones implicadas en el supuesto, para, posteriormente, adoptar una solución a la luz de los criterios que estime más relevantes. Extrapolando esta interpretación al ámbito del arbitraje familiar internacional, cabría defender que por *normas jurídicas* en este contexto debe entenderse tanto las normas previstas en los derechos estatales como las normas previstas en las distintas comunidades culturales o religiosas; normas, todas ellas, que deberían tenerse en cuenta para resolver la controversia.

Se admita o no este planteamiento, lo que en cualquier caso debe quedar fuera de toda duda es que las partes, en el seno de un arbitraje *familiar* internacional, tienen la potestad de escoger el derecho

<sup>20</sup> En la doctrina española, haciéndose eco de la doctrina comparada, A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. II, 12ª Ed., Comares, Granada, 2011, pp. 210-212.

<sup>21</sup> La doctrina sobre el particular es muy extensa. *Vid.*, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «*Lex mercatoria* y autonomía conflictual», *AEDIPr*, t. IV, 2004, pp. 35-78; S. SÁNCHEZ LORENZO, «Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional», *REDI*, 2009, pp. 39-73; A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. II, 12ª Ed., Comares, Granada, 2011, pp. 606-612.

<sup>22</sup> M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje...*, *cit.*, p. 98.

estatal que estimen oportuno para regular el fondo de su controversia. De no hacer uso de esta prerrogativa que la LA les confiere, será el árbitro –sin sujeción a ningún sistema conflictual– quien, a la luz de las conexiones del supuesto, determine la norma o derecho aplicable (relación más estrecha). Lo anterior –claro está– con el límite que supone el juego de la cláusula del orden público, pues es manifiesto que ciertas normas de determinadas comunidades religiosas no pueden ser consideradas –por discriminatorias– aun cuando así lo soliciten las partes. Por ello, la tutela de una institución arbitral en el arbitraje familiar parece especialmente recomendable.

**20.** Por otro lado, no puede olvidarse en este contexto el apartado 3 del artículo 34, a cuyo tenor: «En todo caso, los árbitros decidirán con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrán en cuenta los usos aplicables». En perspectiva comercial, la expresión «usos aplicables» hace referencia a los usos comerciales propios de cada sector (agrícola, transportes, metalúrgico...). En perspectiva familiar, por «uso» deberá entenderse las formalidades propias de cada cultura implicada (básicamente, usos del lugar de residencia habitual de la pareja y usos de cada cultura implicada en supuestos de nacionalidad distinta de los cónyuges). Sin embargo, no todos deben tenerse en cuenta con la misma intensidad. De hecho, serán los usos culturales propios del lugar de residencia habitual de la pareja los que en mayor medida habrán de tenerse en cuenta (lugar que, a menudo, coincidirá con el lugar del arbitraje).

### 3. Conclusiones parciales

**21.** De lo hasta aquí expuesto puede deducirse que la vía arbitral familiar, pese a no estar expresamente prevista en la LA, resulta mucho más flexible que la vía jurisdiccional. Más aún, puede incluso afirmarse que las soluciones que la LA prevé se corresponden con las soluciones que la doctrina reclama en este ámbito del Derecho internacional privado: protagonismo de la autonomía de la voluntad, adaptación entre las distintas leyes en juego, soluciones específicas para cada supuesto y máxima flexibilidad del procedimiento.

## IV. El sistema conflictual en materia matrimonial

**22.** Para dar buena cuenta de la flexibilidad que introduce el arbitraje en el ámbito del Derecho de familia internacional, merece la pena detenerse, siquiera sea someramente, en el «vía *crucis* conflictual» que, en principio, impone la vía jurisdiccional (a la que, en cualquier caso, habrá de acudir para obtener la disolución del vínculo).

**23.** En efecto, ante un litigio con elemento extranjero en materia familiar habrán de consultarse, dependiendo de la controversia, varias normas de conflicto; algunas de ellas de difícil interpretación. Así, habría de determinarse, en primer lugar, la ley aplicable a las medidas previas y provisionales, la ley aplicable a la separación judicial y el divorcio y la ley aplicable a los efectos de esa separación o divorcio. Lo anterior sin olvidar que en determinadas ocasiones la controversia podrá versar sobre distintos regímenes de bienes o capitulaciones matrimoniales. En consecuencia, si lo que se plantea ante la jurisdicción es una separación judicial o divorcio con todas las cuestiones y efectos que les son propios, habría que proceder, al tratarse de un litigio con elemento extranjero relevante, a la consulta y aplicación de diversas normas de conflicto. El régimen conflictual podría dibujarse del siguiente modo.

### 1. Ley aplicable al divorcio

**24.** En cuanto a la *ley aplicable al fondo*, será de aplicación el *Reglamento (UE) núm. 1259/2010 de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial*. Será la ley designada por la norma de conflicto de este Reglamento la que determine si el divorcio o la separación pueden ser declarados, las causas o presupuestos que pueden ser alegados para obtenerlo, así como la eventual conversión de una separación en divorcio.

El artículo 107 apartado 2 del Código civil (modificado por la LO 11/2003, de 29 de septiembre<sup>23</sup>) queda reducido, tras la entrada en vigor de este Reglamento, a determinar los efectos del divorcio o la separación. En cualquier caso, resulta difícil determinar cuál es el ámbito de aplicación de la ley designada por el artículo 107 del Cc; o, si se quiere, cuáles de los efectos que el divorcio o la separación tienen sobre las relaciones de los cónyuges o de éstos con los hijos, se incluyen en el supuesto del artículo 107. Nuestra legislación no dice nada al respecto, tampoco la jurisprudencia ha tenido ocasión de manifestarse sobre ello, y la doctrina no tiene una opinión unánime. En perspectiva de Derecho internacional privado, los efectos de la separación y el divorcio pueden clasificarse en tres grupos:

El efecto principal del divorcio o separación es la disolución del vínculo. La disolución del vínculo no es arbitrable, por lo que la aplicación del Reglamento en este contexto por el juez es insoslayable.

Además de este efecto principal, la separación y el divorcio producen otros efectos sobre las relaciones entre los cónyuges y las de éstos con los hijos. Son relaciones existentes desde que el matrimonio se contrajo y en las que habrá que valorar la incidencia que sobre ellas tienen la suspensión o la relajación del vínculo. Pues bien, es la ley que rige cada concreta relación la que habrá de determinar esta incidencia. Así ocurre, por ejemplo, con la liquidación del régimen económico o con la cuestión de la patria potestad<sup>24</sup>.

Finalmente, con el divorcio o la separación surgen una serie de obligaciones nacidas de la situación nueva que éstos han producido. Estas obligaciones o, en su caso derechos, habrán de regirse por la ley que las hizo nacer (la del divorcio o la separación).

**25.** Problemas específicos plantea el hecho de que en casi todos los países occidentales existe, al igual que en la legislación española, el convenio regulador de todas estas nuevas relaciones. Será la ley aplicable al divorcio la que decida si este convenio se admite o no y también cuáles son las materias sobre las que puede versar y cuáles son o no disponibles por las partes. En estos casos, y si la ley aplicable lo admite, será el convenio el que regule las relaciones entre las partes. En cualquier caso, las cláusulas del convenio relativas a relaciones matrimoniales previas (régimen de bienes, patria potestad, etc.) serán válidas siempre que su contenido sea compatible con las leyes que rijan cada efecto determinado. Así, por ejemplo, las cláusulas del convenio regulador relativas al régimen económico matrimonial habrán de ser compatibles con lo que estipule la ley que rige tal régimen (art. 9.3 Cc).

**26.** Como de lo hasta aquí dicho podrá observarse, la vía arbitral para resolver todo aquel efecto que no sea la estricta disolución del vínculo simplifica extraordinariamente las cosas. Y es que, la dificultad de determinar cuál es la ley aplicable a cada efecto, así como la inseguridad jurídica que genera su hipotética aplicación, son factores muy a tener en cuenta a la hora de decidir entre la vía arbitral o la vía jurisdiccional.

## 2. Ley aplicable a los efectos del matrimonio

**27.** Hasta ahora nos hemos referido a los supuestos en los que está en juego un divorcio y las ventajas o desventajas que puede suponer para las partes el acudir, antes o después de iniciado el litigio -y en las materias arbitrables-, a un arbitraje.

Pero también es posible que el litigio no gire en torno a un divorcio o separación sino que trate de desacuerdos sobre el régimen de bienes y su titularidad, bien pendiente el matrimonio o tras el fallecimiento de uno de los cónyuges.

Nada impide el recurso al arbitraje para resolver este tipo de controversias. De hecho, es la vía más sencilla; pues si se opta por la vía jurisdiccional, el juego de las distintas normas de conflicto complica extraordinariamente las cosas. En efecto, para la resolución del litigio (con elemento extranjero), debería acudirse a los artículos 9.2 y 9.3 del Cc. Y ello implica determinar el ámbito de aplicación de la norma y resolver sus problemas de adaptación.

<sup>23</sup> Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE núm. 234, de 30.9.2003).

<sup>24</sup> Vid. no obstante, la *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales*. Bruselas, 16.3.2011. COM (2011) 126 final.

28. Como es sabido, el artículo 9.2 Cc<sup>25</sup> incluye bajo su ámbito de aplicación las relaciones conyugales denominadas «estatuto general de los casados». El contenido de este estatuto es básicamente patrimonial. Y por lo que ahora importa, en la medida en que las disposiciones que lo regulan (arts. 1315-1324 Cc) son disponibles para las partes (aún tratando materias tales como la protección al hogar familiar y al cónyuge más débil), podrán ser objeto de arbitraje.

No obstante, es dudosa la inclusión en el ámbito de aplicación del artículo 9.2 de la autorización o prohibición de los contratos entre esposos. En este punto es necesario diferenciar entre aquellos contratos que están dentro del ámbito del régimen económico matrimonial y aquellos otros que están incluidos en el ámbito patrimonial de cada cónyuge. Respecto de los primeros, su inclusión en el supuesto del artículo 9.2 es indudable, ya que afectan al régimen económico. Respecto de los segundos, entendemos que quedan sometidos al régimen general de los contratos (en nuestro caso, Reglamento Roma I). Ambos son, a nuestro juicio, susceptibles de ser sometidos al juicio de árbitros (*ex. art. 2 LA*).

29. Tampoco son despreciables los problemas de *adaptación* que, en vía judicial, pueden plantearse. Sin ánimo de extendernos sobre esta cuestión<sup>26</sup>, baste ahora con apuntar que el problema de la adaptación en perspectiva conflictual se da cuando distintos ordenamientos son aplicables, por ejemplo, al régimen sucesorio y al régimen económico matrimonial (generalmente ligados entre sí). La aplicación de distintas leyes a estos dos supuestos –régimen sucesorio y régimen económico matrimonial– puede dar lugar a situaciones injustas para uno u otro de los cónyuges y/o herederos. En el ámbito arbitral, este problema se resuelve en aplicación de las normas jurídicas, entendidas en los términos aquí descritos (*supra* 19).

## V. Reconocimiento de laudos frente a reconocimiento de resoluciones judiciales en materia matrimonial

### 1. Reconocimiento de laudos arbitrales

30. Como es bien sabido, todo laudo dictado en el extranjero deberá obtener el exequátur en España para desplegar efectos. La norma de aplicación en este contexto es el CNY (*infra* 4). Los convenios bilaterales en vigor, al estar concebidos para regular el exequátur de sentencias judiciales, prevén un régimen de reconocimiento menos favorable al laudo<sup>27</sup>. No son, por tanto, relevantes en este contexto.

31. El artículo IV del Convenio recoge los *requisitos* para obtener el exequátur del laudo arbitral: presentación, junto con la demanda, del laudo y del convenio arbitral debidamente autenticados y traducidos. En principio, la autenticidad del laudo o del convenio se rige por la ley del país donde se pide el reconocimiento. En el caso español, habrá de estarse al artículo 954.4 de la LEC<sup>28</sup>.

32. Los *motivos* para otorgar o denegar el reconocimiento del laudo (art. V CNY) son comunes a los motivos previstos en el art. 41 LA para la anulación del laudo. No obstante, debe destacarse que el TS ha considerado como motivo de denegación del reconocimiento la existencia de litispendencia internacional<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> A cuyo tenor: «Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio».

<sup>26</sup> Sobre esta cuestión, con todo detalle, *vid.*, D. LOOSCHELDERS, *Die Anpassung im Internationalen Privatrecht*, C. F. Müller, Heidelberg, 1995.

<sup>27</sup> *Vid.* M<sup>a</sup>. V. CUARTERO RUBIO, «Reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en España: la vía de los Convenios bilaterales», *RCEA*, 1996, pp. 29-52; *Id.* »Utilidad para el arbitraje de los últimos convenios bilaterales en materia de reconocimiento y ejecución de decisiones celebrados en España», *RCEA*, 1998, pp. 279-286.

<sup>28</sup> «Que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica, y los que las leyes españolas requieren para que haga fe en España».

<sup>29</sup> Sobre este particular, M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje...*, *cit.*, p. 165.

De entre los motivos de denegación del reconocimiento previstos en el CNY, merecen ser destacados, por la especificidad que representa el arbitraje familiar internacional, los siguientes:

(i) El artículo V.1 (a) prevé la denegación del exequátur del laudo cuando alguna de las partes sea incapaz conforme a su ley personal. Pues bien, en este punto, debe considerarse que determinadas incapacitaciones conforme a la ley personal, no deberían repercutir en el exequátur de un hipotético laudo en materia familiar. Así, por ejemplo, cualquier restricción que se imponga a una mujer según su ley personal, no debería tenerse en cuenta en sede de exequátur de un hipotético laudo. Y ello, obvio es, porque aceptar tal restricción sería contrario al orden público español.

(ii) El artículo V.1 (c) prevé el no reconocimiento del laudo cuando éste dirima sobre una diferencia que exceda de lo acordado en el convenio arbitral. Relevante a los efectos del arbitraje familiar en este punto es que, aquellos extremos del laudo que sí resuelvan sobre asuntos incluidos en el ámbito del convenio, pueden ser reconocidos mediante un exequátur parcial.

(iii) El artículo V.1 (e) prevé el no reconocimiento del laudo cuando éste haya sido anulado por los tribunales del Estado de origen. En efecto, por más que se haya escrito hasta la saciedad sobre el carácter optativo o no que se reserva a los tribunales del Estado de destino para decidir sobre esta cuestión (el tenor del precepto dice que «podrá denegarse el reconocimiento»), es incuestionable que la jurisprudencia comparada se ha decantado de forma unánime por interpretar el precepto de una forma particularmente férrea, denegando, sistemáticamente, el exequátur del laudo anulado en el país de origen (por lo menos, en aplicación del CNY)<sup>30</sup>. No obstante, la jurisprudencia ha flexibilizado su postura en un supuesto muy concreto; supuesto, por lo demás, particularmente relevante para el ámbito familiar. Así, se ha concedido el exequátur del laudo arbitral extranjero anulado en su país de origen en un supuesto en el que se consideró que la sentencia que anulaba dicho laudo no era reconocible en el Estado donde se solicitó el exequátur del laudo: en el supuesto concreto, se estimó que la sentencia que anuló el laudo no podría ser reconocida en Holanda porque aquélla (la sentencia que anulaba el laudo) fue dictada por un tribunal parcial<sup>31</sup>.

Este argumento –tan excepcional como coherente– puede tener especial relevancia en el ámbito del arbitraje familiar internacional, pues son concebibles supuestos en lo que se anule un laudo en el país de origen en base a algún tipo de restricción impuesta a la mujer; restricción, como hemos dicho ya, inconciliable con nuestro orden público.

(iv) El artículo V.2 (a) prevé el no reconocimiento del laudo cuando éste resuelva sobre materias no arbitrables conforme a la ley del Estado de destino. Como apuntamos anteriormente, la progresiva arbitrabilidad del Derecho de familia es un hecho a nivel comparado (*supra* 2). En efecto, guarda y vista, alimentos, pensión compensatoria y, por supuesto, cuestiones patrimoniales son objeto de arbitraje. A nuestro juicio, dichas materias también deberían ser arbitrables a la luz del Derecho español (ex. art. 2 LA). De no compartirse esta opinión, debe tenerse como mínimo presente que el artículo 9.6 LA admite la arbitrabilidad de la materia cuando así lo prevean las normas jurídicas a las que las partes hayan acordado someterse. Siendo esto así, y por coherencia del sistema, debería aceptarse el reconocimiento en España de laudos arbitrales que, a la luz de las normas elegidas por las partes, resolvieran sobre materias consideradas arbitrables. Todo ello, claro está, con el límite inherente del orden público.

## 2. Reconocimiento de resoluciones judiciales

**33.** Las resoluciones judiciales tienen dos sistemas de reconocimiento según provengan o no de un tribunal comunitario. En efecto, únicamente en el supuesto de que no sea aplicable el Derecho comunitario se estará a lo que dispongan los Convenios internacionales y, en su defecto, se acudirá a las normas internas. Derecho comunitario, Derecho convencional y Derecho autónomo son, pues, por este orden jerárquico de aplicación, las fuentes del sistema español de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras.

<sup>30</sup> Sobre esta cuestión, *vid.* M. GÓMEZ JENE, «Exequátur del laudo *suspendido* en el Estado de origen», *Arbitraje*, Vol. III, 2010 (1), pp. 93-96.

<sup>31</sup> Se trata del célebre asunto *Yukos*, *Cour of Appeal* de Ámsterdam, 28 abril 2009, *Rev. Arb.*, 2009, pp. 557-561 (con nota de S. BOLLÉE).

Para el reconocimiento de una sentencia dictada en el ámbito familiar habría de acudir, en principio, a uno de los sistemas citados. La dificultad está, sin embargo, en que en ciertos supuestos habrá de acudir a un régimen, a dos o a tres simultáneamente, dependiendo de las materias en litigio. Este es el mayor inconveniente que presenta la sentencia judicial frente al laudo: el reconocimiento de una sentencia en el ámbito familiar puede exigir la aplicación de distintos instrumentos tanto comunitarios, como convencionales, como de fuente interna.

**34.** Así, por ejemplo, si el reconocimiento de la sentencia tratara sobre un pronunciamiento en materia de divorcio e incluyera alimentos y temas de régimen de bienes, los instrumentos jurídicos necesarios para llevar a cabo su correcto reconocimiento serían varios. En concreto, para el reconocimiento del divorcio o la separación (únicamente en lo referente a la modificación del vínculo) así como a la responsabilidad parental se aplicaría el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000 (Reglamento Bruselas II). Para el reconocimiento de la resolución en materia de alimentos habría de estarse al Reglamento (CE) núm. 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. Y, en fin, para el reconocimiento de la parte de la sentencia que estableciese el régimen de bienes sería de aplicación –de momento<sup>32</sup>–, en defecto de régimen convencional multilateral o bilateral, el régimen previsto en el Derecho de fuente interna (arts. 952 ss LEC 1881).

En caso de laudo arbitral, lo anterior se «reduciría» al reconocimiento de la sentencia judicial que disuelve el vínculo y al reconocimiento del laudo que resuelve sobre todas las demás pretensiones.

### 3. El procedimiento de exequátur

**35.** La pluralidad de normas a aplicar –distintos reglamentos y normas de fuente interna– conduce, lamentablemente, a regímenes de exequátur distintos. Tan distintos, que ni siquiera los procedimientos previstos en los reglamentos comunitarios (Bruselas II y alimentos) son uniformes. El Reglamento Bruselas II regula distintos tipos de reconocimiento: registral, incidental y a título principal. El Reglamento en materia de alimentos, por su parte, diseña dos escenarios distintos en función de que el Estado de origen esté vinculado o no al Protocolo de La Haya de 2007<sup>33</sup>. Debe señalarse, no obstante, que las resoluciones dictadas en un Estado de origen vinculado al citado Protocolo serán reconocidas en los demás Estados miembros sin que sea necesario recurrir a proceso alguno y sin posibilidad alguna de impugnar su reconocimiento.

Excepción hecha de este último supuesto (en materia de alimentos, Estado de origen vinculado al Protocolo de La Haya), los procedimientos de exequátur son prácticamente idénticos en el Reglamento Bruselas II y alimentos. *Grosso modo*, podría sintetizarse así: son competentes para conocer del exequátur los Juzgados de Primera Instancia y contra su decisión cabe recurso ante la Audiencia Provincial. Frente a la resolución de la Audiencia cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo. En la primera fase (ante el Juez de Primera Instancia) no se prevé la comparecencia de la parte contra la que se solicita el exequátur. Una vez concedido o denegado, cualquiera de las partes podrá recurrir la decisión. Este recurso se substanciará según las normas que rigen el procedimiento contradictorio.

El procedimiento tanto para las resoluciones judiciales que no se beneficien del régimen comunitario (*ad. ex.* sentencias de divorcio dictadas en terceros países como sentencias que resuelvan efectos patrimoniales de la pareja) se llevará a cabo conforme a lo previsto en los artículos 952 ss LEC 1881. Se trata de un procedimiento contradictorio (que no *inaudita parte*) que, por lo demás, es el mismo que

<sup>32</sup> *Vid.* la Propuesta citada en la nota a pie núm. 24.

<sup>33</sup> Sobre estos procedimientos, A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. II, 12ª Ed., Comares, Granada, 2011, pp. 466-471.

debe desarrollarse para el reconocimiento del laudo arbitral. En virtud de los artículos 955<sup>34</sup> y 956<sup>35</sup> LEC 1881 para conocer de este exequátur conocerán los Juzgados de Primera Instancia. Frente a la resolución del Juzgado cabrá recurso de apelación.

Por el contrario, para el reconocimiento del laudo arbitral son competentes los Tribunales Superiores de Justicia (art. 8.5. LA<sup>36</sup> y 955 LEC 1881). Además, y a diferencia de lo que ocurre en el ámbito del reconocimiento de la sentencia judicial, frente a su resolución otorgando o denegando el exequátur no cabe recurso alguno. Se trata, por tanto, de un procedimiento más rápido (sin posibilidad de recurso) reservado a un órgano judicial jerárquicamente superior.

**36.** En consecuencia, excepto para aquellos supuestos que se sustancien en un solo exequátur (sentencia de divorcio con pronunciamientos posteriores dictada en terceros países), en los supuestos de sumisión a arbitraje habrá de recurrirse, en principio y según la intención de las partes, a dos procedimientos de exequátur distintos: aquel en el que se resolverá sobre el exequátur de la sentencia judicial que resuelve el vínculo y aquél otro en el que se resolverá sobre el exequátur del laudo. Lo anterior sin perjuicio de que el actor sólo pretenda reconocer una cuestión sometida a arbitraje, ante lo cual no sería necesario el exequátur de la sentencia judicial extranjera que disuelve el vínculo.

En los supuestos *comunitarios* de no sumisión a arbitraje habrá de recurrirse a un triple régimen de exequátur, si bien los dos primeros podrían ser acumulables. El triple régimen consistiría en un exequátur para la disolución del vínculo, otro para el hipotético reconocimiento del pronunciamiento sobre alimentos; y, un tercer exequátur –distinto completamente a los dos anteriores (en tanto que previsto en los arts. 952 ss LEC 1881)– para el resto de los pronunciamientos.

## VI. A modo de conclusión

**37.** El sometimiento a arbitraje de las cuestiones estrechamente vinculadas con el ámbito del Derecho de familia es una opción cada vez más aceptada a nivel comparado. Especialmente en los países de nuestro entorno cultural. Tal circunstancia, junto con otros elementos, permite presagiar un desarrollo del arbitraje familiar internacional en nuestro país, ya sea por la vía de los efectos que podrán desplegar los laudos arbitrales extranjeros en nuestro país, ya sea por la misma sumisión a arbitraje en España. Por ello, debe estudiarse hasta qué punto la Ley de Arbitraje española sirve como marco jurídico para este tipo de arbitrajes.

**38.** La Ley de Arbitraje española, al inspirarse en la Ley Modelo de UNCITRAL, dejó de lado las cuestiones relativas al arbitraje familiar. Lo cual no obsta, sin embargo, para que pueda aplicarse a este tipo de arbitrajes. En efecto, una interpretación de sus preceptos más relevantes (*ad. ex.* arts. 2, 3, 9, 41 y 46) a la luz de las circunstancias propias de los supuestos de familia, permitiría aplicar la LA a este tipo de arbitrajes sin mayores problemas; sin necesidad de modificar la misma Ley.

En concreto, para asegurar una aplicación coherente de la LA a arbitrajes familiares internacionales sería conveniente: (i) una interpretación amplia del artículo 2 LA, para considerar *arbitrables* aquellas materias que tanto el Derecho como la jurisprudencia comparadas están considerando arbitrables; (ii) una reinterpretación de los criterios de *internacionalidad* previstos en el artículo 3 LA, para considerar *internacionales* supuestos que a la luz de las conexiones clásicas del Derecho internacional privado sí lo son, pero que en aplicación estricta del artículo 3 no alcanzarían tal calificación; (iii) una reinterpretación del artículo 9.6 LA en relación con el artículo 34 LA, para considerar *arbitrables* y poder someter a las *normas jurídicas* que las partes estimen convenientes las disputas relacionadas con

<sup>34</sup> En su redacción dada por la *Ley 11/2011 de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje* (BOE núm. 121, 21.5.2011).

<sup>35</sup> En su redacción dada por la *Ley 13/2009 para la implantación de la nueva Oficina judicial* (BOE núm. 266, 4.11.2009).

<sup>36</sup> En su redacción dada por la *Ley 11/2011 de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje* (BOE núm. 121, 21.5.2011).

el ámbito familiar. En este sentido, se impone también una reinterpretación de lo que debe entenderse por *normas jurídicas*, desligándolo de lo que tradicionalmente viene considerándose *lex mercatoria* y refiriéndolo a un método para alcanzar decisiones.

**39.** Aceptar las interpretaciones anteriores podría contribuir a fomentar el recurso de esta forma extrajudicial de resolución de controversias; cuestión especialmente deseable para los supuestos internacionales. Así es; en la medida en que el arbitraje familiar internacional exonera a las partes del férreo –y no siempre justo– régimen conflictual que impone el ordenamiento jurídico español, el recurso al arbitraje supone tanto como que las partes podrán designar libremente el conjunto de normas y tradiciones culturales que estimen aplicables a su controversia. Lo cual coadyuvaría a una resolución más sencilla y justa de la misma.

Particularmente importantes son las ventajas que el laudo arbitral internacional ofrece en sede de reconocimiento y ejecución (exequátur). Y es que, no puede obviarse que el régimen comunitario europeo en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias de divorcio con pronunciamientos relativos a alimentos y otros efectos patrimoniales es especialmente complejo. Tan complejo que hasta tres tipos de regímenes normativos pueden llegar a ser de aplicación en un mismo supuesto. Por el contrario, el régimen uniforme, sencillo y claro que prevé el CNY es de particular eficacia en este contexto.