

Recibido: 26 febrero 2016
Aceptado: 18 marzo 2016

Arbitraje, vol. IX, nº 1, 2016, pp. 175–189

Atribución al árbitro de la competencia para la ejecución del laudo arbitral y de las medidas cautelares adoptadas en el procedimiento arbitral. El Juez de Garantías. Reformas legales necesarias *

Rafael HINOJOSA SEGOVIA **

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes. 1. Ejecución del laudo. 2. Ejecución de las medidas cautelares. III. Atribución al árbitro de la competencia para la ejecución del laudo arbitral y de las medidas cautelares adoptadas en el procedimiento arbitral. IV. El Juez de Garantías. V. Reformas legales necesarias. VI. Conclusiones.

Resumen: Atribución al árbitro de la competencia para la ejecución del laudo arbitral y de las medidas cautelares adoptadas en el procedimiento arbitral. El Juez de Garantías. Reformas legales necesarias

En el I Congreso de la Abogacía Madrileña, celebrado en abril de 2015, el tema de una de las mesas fue la posibilidad de atribuir al árbitro la competencia para la ejecución de los laudos y de las medidas cautelares adoptadas en el procedimiento arbitral, debiendo establecerse en ese caso un control judicial a cargo de "Juez de Garantías". Para ello, serían necesarias varias reformas legales, no mostrándose favorable a tal atribución de competencias al árbitro.

Palabras clave: ARBITRAJE - EJECUCIÓN LAUDO - EJECUCIÓN MEDIDAS CAUTELARES - EJECUCIÓN POR EL ÁRBITRO - JUEZ DE GARANTÍAS - REFORMAS LEGALES NECESARIAS.

Abstract: *Attributed to arbitrator the competence to enforcement of award and to enforcement of interim measures in the arbitral proceeding. The Judge Guarantees. Necessary legal reforms.*

At the I Congress of the Bar Association in Madrid, hold in April 2015, the theme of one boards was the possibility of attributed to the arbitrator the competence to the enforcement of award and to

* Ponencia presentada en el itinerario "Resolución alternativa de conflictos (ADR)", "Mediación y Arbitraje", el 20 abril 2015, en el "I Congreso de la Abogacía Madrileña", celebrado del 20 al 22 abril 2015, en el Palacio de Congresos de Madrid.

** Profesor titular de Derecho procesal de la Universidad Complutense de Madrid.

the enforcement of interim measures adopted in the arbitral proceeding. In this case, should be settled a judicial supervision by the "Judge Guarantees". At all, must be necessary several legal reforms, but I am not in favor of these attributions to the arbitrator.

Keywords: ARBITRATION - ENFORCEMENT OF AWARD - ENFORCEMENT OF INTERIM MEASURES - ENFORCEMENT BY THE ARBITRATOR - JUDGE GUARANTEES -. NECESSARY LEGAL REFORMS.

I. Introducción

El tema de esta Mesa es la "Atribución al árbitro de la competencia para la ejecución del laudo arbitral y de las medidas cautelares adoptadas en el procedimiento arbitral". La atribución de dicha competencia o facultad al árbitro o árbitros supondría una modificación de tan hondo calado en el arbitraje que daría lugar a un giro de 180 grados en la regulación de esta institución.

Hasta ahora, como desarrollaré inmediatamente, los árbitros no tenían ni tienen competencia para dicha ejecución porque los árbitros tienen la *potestas* o la *autoritas* que le atribuyen las partes de un arbitraje pero no tienen el *imperium*, es decir, no tienen la fuerza coactiva que tienen los tribunales del Estado para hacer cumplir sus decisiones. De ahí que se haya dicho que el "talón de Aquiles" del arbitraje sea esa falta de coacción de los árbitros por no ser autosuficientes cuando hay que ejecutar un laudo o resolución arbitral que no es cumplida voluntariamente por las partes y, por ello, se tenga que acudir al auxilio de los Tribunales del Estado.

El contenido de esta Mesa supondría dotar a los árbitros de ese poder para que fueran autosuficientes y pudieran ejecutar sus decisiones por sí mismos sin tener que acudir a aquellos tribunales cuando fuera necesario. Como se ve, supondría cambiar la idea que se tiene sobre el particular en el arbitraje al atribuirse, en su caso, a los árbitros esta facultad.

Para examinar el tema que es objeto de nuestro análisis, es conveniente hacer una síntesis histórica del recorrido hasta la situación actual para analizar el cambio propuesto. Así será necesario también ver qué ventajas o inconvenientes supondría la nueva situación al desarrollo del arbitraje en nuestro país que es una de las razones que nos hacen seguir avanzando en esta institución como sistema de solución a las controversias que se plantean entre los ciudadanos y las empresas para tomar en consideración el posible cambio o mantenernos en la situación actual, eso sí, mejorando la regulación del arbitraje en lo que sea necesario, aunque ya ha salido muy reforzada la institución arbitral con la regulación actual de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, y con la reforma operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, que convierten a nuestra regulación arbitral en una de las más modernas y ejemplo a seguir.

Ya adelante que mi posición es contraria a la reforma que se propone en esta mesa, ya que considero que dicha reforma tendría unos escollos y plantearía unos problemas que no veo que la hagan pragmática a efectos de introducirla en nuestro ordenamiento jurídico en la actualidad. Además, yo creo que si se propusiera tal cambio legislativo debería tener el ejecutante la

posibilidad de optar entre los tribunales estatales y, en su caso, el árbitro y que fuera dicho sujeto el que eligiera, según entendiera lo que fuera más conveniente a sus intereses. Piénsese que se tratara de un laudo extranjero y que tras el exequátur ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma correspondiente hubiera que instar la ejecución forzosa ante el árbitro o árbitros que han dictado el laudo que se encontraran en el extranjero. Por eso, por ejemplo, debería ser en todo caso posible la elección del tribunal jurisdiccional o del árbitro, según los casos, por la parte ejecutante.

Una vez hecho este planteamiento general paso a los antecedentes de la situación actual para ver cómo se ha llegado a este momento histórico.

II. Antecedentes

Hasta llegar a la situación actual es conveniente, como he adelantado ya, hacer una síntesis histórica, desdoblándola en dos aspectos, por un lado la ejecución del laudo y, por otro, la ejecución de las medidas cautelares.

1. Ejecución del laudo

Como es sabido, la regulación del arbitraje se encontraba en la legislación procesal correspondiente de la época, *v.gr.* Partidas, Novísima Recopilación, Ley de Enjuiciamiento sobre Negocios y Causas de Comercio de 1830, Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Así, fue hasta la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 22 diciembre 1953, continuando a partir de esa Ley su regulación en Leyes específicas de la materia arbitral, la Ley 36/1988, de 5 de diciembre y la actual Ley 60/2003, de 23 de diciembre, modificada, como ya he dicho, especialmente, por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

Para no remontarme mucho en el tiempo, en la LA/1988 se establecía que podía obtenerse la ejecución forzosa del laudo, ante el Juez de Primera Instancia del lugar en donde se hubiera dictado, por los trámites establecidos para la ejecución de sentencias firmes con las especialidades de los artículos 54 y 55 LA/1988 (art. 53 LA/1988), debiendo tenerse en cuenta los artículos 919 ss LEC/1881 sobre ejecución de sentencias.

Como especialidades de la LA/1988 se señalaban que: al escrito solicitando la ejecución se debían acompañar necesariamente copia autorizada del laudo y de los documentos acreditativos de la notificación de las partes y del convenio arbitral; se establecía también que había que acompañar igualmente, en su caso, testimonio de la resolución recaída en la anulación del laudo. El Juez daba traslado de la petición de ejecución y de los documentos presentados a la otra parte, quien, en el plazo de cuatro días, podía alegar la pendencia del recurso de anulación regulado en el Título VII, siempre que se acreditara documentalmente con el escrito de oposición, en cuyo caso el Juez dictaba sin dilación auto suspendiendo la ejecución hasta que recayera reso-

lución de la Audiencia, o la anulación judicial del laudo, acreditada mediante testimonio de la sentencia relativa a la anulación, en cuyo caso el Juez dictaba auto denegando la ejecución. Fuera de los casos previstos en el párrafo anterior, el Juez dictaba auto despachando la ejecución. Y concluía estableciéndose que los autos a que se referían los párrafos anteriores no eran susceptibles de recurso alguno (arts. 54 y 55 LA/1988).

En la Ley de Arbitraje vigente sólo se establece que la ejecución forzosa de los laudos se regirá por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el Título VIII de la Ley de Arbitraje que comprende el art. 44, al que ya me acabo de referir, y el art. 45, relativo a la suspensión, sobreseimiento y reanudación de la ejecución en el caso de ejercicio de la acción de anulación del laudo. En la remisión a la LEC/2000 hay que tener en cuenta, entre otros artículos, el 517 según el cual "1. La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución. 2. Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: (...) 2º Los laudos o resoluciones arbitrales...", según la redacción dada por la Ley 5/2012, de 6 de julio. O, por ejemplo, en cuanto a la competencia, el art. 8.4º LA/2003, establece que para la ejecución forzosa de laudos o resoluciones arbitrales será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado de acuerdo con lo previsto en el ap. 2 del art. 545 LEC/2000. O que conforme al art. 550 LEC, a la demanda ejecutiva se acompañarán además de los documentos que se prevén en este artículo, cuando el título sea un laudo, se acompañarán, además, el convenio arbitral y los documentos acreditativos de la notificación de aquél a las partes. Es conveniente señalar que en relación a la obligación de acompañar el convenio arbitral se producen a veces ciertos problemas prácticos como es el caso del posible convenio presunto que permite la LA en el art. 9.5º cuando dispone que "se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra".

Finalmente, me refiero a la modificación introducida en el art. 539 LEC que ha aclarado interpretaciones dispares en la práctica de nuestros tribunales. Así se establece en el número 1 del mencionado artículo que "el ejecutante y el ejecutado deberán estar dirigidos por letrado y representados por procurador, salvo que se trate de la ejecución de resoluciones dictadas en procesos en que no sea preceptiva la intervención de dichos profesionales". Pues bien al amparo de lo anterior, había órganos que entendían que al no ser preceptivos dichos profesionales en el procedimiento arbitral no era obligatoria su intervención en la ejecución y, por tanto, facultativa. Con lo cual su intervención no se incluía en la condena en costas. Con la adición del apartado 539.1º. III LEC, por la Ley 5/2012, de 6 de julio, que dispone que "para la ejecución derivada de un acuerdo de mediación o de un laudo arbitral se requerirá la intervención de abogado y procurador siempre que la cantidad por la que se despache ejecución sea superior a 2.000 euros", se ha solucionado la cuestión controvertida.

Por lo que se refiere a la ejecución de laudos extranjeros, señalar que la LA/1988 disponía que los laudos extranjeros serían ejecutados en España de

conformidad con los tratados internacionales que formen parte del ordenamiento interno y, en su defecto, de acuerdo con las normas de la LA/1988. Llevándose la ejecución del laudo según las reglas establecidas en el ordenamiento procesal civil para la ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros (arts. 951 ss LEC/1881, todavía vigentes) [arts. 56 ss LA/1988].

En la LA/2003 se establece que el exequátur de laudos extranjeros se registrará por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 junio 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros (arts. 951 ss LEC/1881, todavía vigentes) [art. 46 LA/2003].

En cuanto a la ejecución "provisional" del laudo, hay que señalar que ya en la LA de 1953 se preveía dicha posibilidad en el art. 31.III cuando disponía que "podrá también concederse, a instancia de parte, ejecución provisional del laudo pendiente de casación o de nulidad, si el que la pidiera da fianza bastante, a juicio del Juez, para responder de las costas y de los perjuicios que se pudieran ocasionar". En cuanto a la ejecución provisional de sentencias se estableció en la LEC/1881 en 1984, con la Ley 34/1984, de 6 de agosto (art. 385). Así se unificaron los regímenes de la LA y de la LEC sobre dicha figura jurídica.

Sin embargo, con la LA/1988 ya no se admitió la ejecución provisional del laudo pendiente de anulación, sino solo la posibilidad de solicitar medidas cautelares en sede de recurso de anulación conducentes a asegurar la plena efectividad del laudo una vez alcanzara la firmeza (art. 50 LA/1988). Por tanto, los regímenes relativos a la ejecución provisional de sentencias y laudos se separaron.

Hay que esperar a la LEC/2000 para que se establezca la ejecución provisional de sentencias impugnadas sin necesidad de prestar fianza. En cambio, hasta la LA/2003 no es posible de ejecución provisional del laudo si está impugnado en sede de anulación. Así, se puede solicitar la ejecución provisional de la sentencia sin necesidad de fianza (arts. 524 ss LEC), mientras que en el caso del laudo el ejecutado puede suspender su ejecución, ejercitada la acción de anulación, como explicaré seguidamente, con lo que el legislador arbitral hace de "peor" condición el laudo que a la sentencia,

En el ap. XVI de la Exposición de Motivos LEC/2000 se declara que "la regulación de la ejecución provisional es, tal vez, una de las principales innovaciones de este texto legal. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil representa una decidida opción por la confianza en la Administración de Justicia y por la importancia de su impartición en primera instancia y, de manera consecuente, considera provisionalmente ejecutables, con razonables temperamentos y excepciones, las sentencias de condena dictadas en ese grado jurisdiccional. La ejecución provisional será viable sin necesidad de prestar fianza ni caución, aunque se establecen, de una parte, un régimen de oposición a

dicha ejecución, y, de otra, reglas claras para los distintos casos de revocación de las resoluciones provisionalmente ejecutadas, que no se limitan a proclamar retóricamente la responsabilidad por daños y perjuicios, remitiendo al proceso ordinario correspondiente, sino que permiten su exacción por la vía de apremio”.

Por su parte, en el art. 45 LA/2003 se dispone la suspensión de la ejecución si el ejecutado la solicita, interpuesta anulación contra el laudo, siempre que ofrezca caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieran derivarse de la demora de la ejecución del laudo. Por ello, como he dicho, se mantiene la “peor” condición del laudo frente a la sentencia.

2. Ejecución de las medidas cautelares

En cuanto a las medidas cautelares en el procedimiento arbitral, la previsión de la LA/1988 y de los Reglamentos de las Cortes arbitrales españolas (salvo excepciones) sobre la posibilidad de que se acordaran medidas cautelares previas o simultáneas al procedimiento arbitral había llevado a entender, mayoritariamente, que su adopción no era posible. Alguna resolución jurisdiccional de signo contrario, dictada a partir de la STJCE 17 noviembre 1998 (as. *Van Uden/Deco-Line*) había creado una considerable falta de seguridad jurídica, afortunadamente superada en virtud de la previsión del art. 722 LEC/2000, relativo a medidas cautelares en procedimiento arbitral y litigio extranjero, acordadas en sede jurisdiccional.

Hay que esperar a la LA/2003 para que el legislador español reconozca la competencia para acordar medidas cautelares a los árbitros sin perjuicio de solicitarlas también ante los órganos jurisdiccionales del Estado. Así, el art. 23 LA que lleva por título “potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares”, dispone que “salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante. A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa del laudo”.

La Exposición de Motivos de la LA, ap. V, incide en la importancia de este precepto, cuando declara que dicho artículo “incorpora una de las principales novedades de la Ley: la potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares. Dicha potestad puede ser excluida por las partes, directamente o por remisión a un reglamento arbitral; pero en otro caso se considera que la aceptan. La Ley ha considerado preferible no entrar a determinar el ámbito de esta potestad cautelar. Obviamente, los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si de un laudo sobre el fondo se tratara. Sin embargo, si dentro de la actividad cautelar cabe distinguir entre una vertiente declarativa y otra ejecutiva, esta Ley les reconoce a los árbitros la primera, salvo acuerdo en contrario de las partes. Esta Norma no deroga ni restringe la posibilidad, prevista en los arts. 8 y 11 de

esta Ley y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de que la parte interesada inste de la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares. Las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes, sin perjuicio del principio de la buena fe procesal”.

III. Atribución al árbitro de la competencia para la ejecución del laudo arbitral y de las medidas cautelares adoptadas en el procedimiento arbitral

Para saber si dicha atribución al árbitro tanto de la competencia para la ejecución del laudo arbitral como de las medidas cautelares adoptadas en el procedimiento arbitral obedece a una conveniencia sustentada en las ventajas que reportaría dicho cambio de atribución, tenemos que examinar las ventajas e inconvenientes que se predicen del arbitraje y de la jurisdicción con carácter general para verlo en el marco de esta atribución específica.

Un análisis profundo del arbitraje y del proceso judicial, por contraposición, revela que ambas instituciones presentan ventajas e inconvenientes que deben ser conocidos y sopesados a la hora de elegir una u otra vía para la ejecución de los laudos y de las medidas cautelares adoptadas en el procedimiento arbitral.

Para tomar postura sobre la conveniencia de acudir al árbitro o al órgano jurisdiccional se hace necesario señalar sus especiales características, bien entendido que las ventajas de uno serán los inconvenientes del otro, y viceversa, con carácter general.

Se han señalado como ventajas del arbitraje y correlativamente como desventajas del proceso jurisdiccional, la celeridad, la confidencialidad, la especialidad, la elección del número de árbitros, el mantenimiento de las relaciones comerciales, el antiformalismo, la libertad de elección del idioma, el carácter tasado del sistema de impugnación. Por el contrario, se han señalado como desventajas del arbitraje y, correlativamente, ventajas del proceso judicial, la limitación de la materia arbitrable, la dificultad de constitución, el mayor coste, la necesidad de la intervención de la jurisdicción, la “peor” condición del laudo frente a la sentencia, el carácter rescindente y no rescisorio del proceso de anulación, la imposibilidad de impugnar la infracción del ordenamiento jurídico material, la falta de unidad jurisprudencial.

Pues bien, refiriéndome a la posible competencia de los árbitros para ejecutar el laudo y las medidas cautelares en el procedimiento arbitral me voy a centrar en alguna de las ventajas y desventajas a las que acabo de aludir en el caso que nos ocupa.

La celeridad. Se dice que es la ventaja por excelencia, porque se ahorra tiempo, lo cual es fundamental en el tráfico comercial. Aunque no hay previsto un plazo para la ejecución del laudo ni de las posibles medidas cautelares adoptadas, se supone que la ejecución ante el árbitro sería más rápida con carácter general.

Por contra, el proceso judicial se revela extraordinariamente lento. Según las cifras que se recogen en *La Justicia Dato a Dato. Estadística Judicial, Año 2013*, Consejo General del Poder Judicial, p. 89, que es la última disponible [se puede consultar en www.poderjudicial.es], la duración media estimada de los asuntos en el orden civil según el órgano jurisdiccional que conozca es la siguiente: en los Juzgados de Primera Instancia 7'1 meses; en los Juzgados de Familia 4'6 meses; en los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción 8'8 meses; en los Juzgados de lo Mercantil 39'3 meses (solo considerados los concursos); en las Audiencias Provinciales 7 meses; en los Tribunales Superiores de Justicia (Sala de lo Civil y lo Penal) 4'7 meses; y en la Sala Primera del Tribunal Supremo 11'7 meses. Por tanto, la ejecución de un laudo o de una medida cautelar ante un órgano jurisdiccional tardaría en ejecutarse una media de 7'1 u 8'8 meses. Hay que tener en cuenta que en Madrid el Juzgado de Primera Instancia nº 101 tiene atribuida con carácter exclusivo dichas competencias.

La confidencialidad. Esta ventaja que se predica del arbitraje en fase declarativa puede que no se dé de forma tan relevante en la ejecución del laudo o de las medidas cautelares ante el árbitro porque pueden intervenir diversos sujetos.

Por el contrario, la publicidad ha sido considerada tradicionalmente como una de las máximas garantías del proceso judicial, hasta el punto de que está recogida en la Constitución Española (arts. 24.2º y 120.1º).

La especialización. Otra de las ventajas del arbitraje frente a la jurisdicción no es tan notable en fase de ejecución actualmente, porque mientras los árbitros pueden no tener esa especialización respecto de la fase ejecutiva si la tienen los órganos jurisdiccionales respecto a dicha actividad.

El antiformalismo. El principio de libertad formal se recoge explícitamente en la Exposición de Motivos de la LA respecto del convenio arbitral, pero es extensivo también al procedimiento, y podría trasladarse también a la fase de ejecución ante el árbitro, ya que tan sólo habría de respetar los principios de audiencia, contradicción e igualdad.

Una excesiva libertad formal puede, sin embargo, disminuir las garantías de las partes. De la determinación legal y del control judicial del procedimiento se beneficia, en cambio, el proceso judicial.

La libertad de elección del idioma. En el arbitraje, las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas en que haya de desarrollarse el procedimiento arbitral, lo que sería predicable, en su caso, de la fase de ejecución ante el árbitro o árbitros. A falta de acuerdo, y cuando las circunstancias del caso no permitan delimitar la cuestión, el arbitraje se tramitará en cualquiera de las lenguas oficiales en el lugar donde se desarrollen las actuaciones. La parte que alegue desconocimiento del idioma tendrá derecho a audiencia, contradicción y defensa en la lengua que utilice, sin que esta alegación pueda suponer paralización del procedimiento. Según la LA, salvo que en el acuer-

do de las partes se haya previsto otra cosa, el idioma o los idiomas establecidos se utilizarán en los escritos de las partes, en las audiencias, en los laudos y en las decisiones o comunicaciones de los árbitros, sin perjuicio de lo señalado anteriormente. En todo caso, los testigos, peritos y terceras personas que intervengan en el procedimiento arbitral, tanto en actuaciones orales como escritas, podrán utilizar su lengua propia. En las actuaciones orales se podrá habilitar como intérprete a cualquier persona conocedora de la lengua empleada, previo juramento o promesa de aquella. Los árbitros, salvo oposición de alguna de las partes, podrán ordenar que, sin necesidad de proceder a la traducción, cualquier documento sea aportado o cualquier actuación sea realizada en idioma distinto al del arbitraje. Con esta previsión legal sería posible la tramitación de la ejecución ante el árbitro, lógicamente en el mismo idioma en que se ha tramitado la fase declarativa, en un idioma extranjero, lo que no sucede en el proceso judicial.

Las dificultades pueden surgir si es precisa la intervención jurisdiccional (*v.gr.*, caso de ejecución del laudo si hubiera la alguna impugnación de alguna actuación ante los tribunales de justicia) cuando el idioma del arbitraje haya sido extranjero. En tal caso, las actuaciones deberán ser traducidas.

En cuanto a las posibles desventajas de la atribución de la competencia para ejecutar el laudo y las medidas cautelares ante los árbitros y, correlativamente, las ventajas de que se siguiera manteniendo ante los órganos jurisdiccionales, se podrían señalar que:

La dificultad de la constitución, que puede darse en la fase declarativa del arbitraje, no se daría en la fase de ejecución ante los propios árbitros, dado que el tribunal arbitral ya estaría constituido. El hipotético problema sería que dicho tribunal no quisiera encargarse de la ejecución lo que se salvaría con la competencia concurrente con los órganos jurisdiccionales. Lo normal es que lo anterior no se produjera en la práctica si ya estuviera extendido el uso común de que los árbitros tienen también encomendada la posible fase ejecutiva.

Tales situaciones no se plantean o, de plantearse, están resueltas en el proceso judicial.

El mayor coste. El arbitraje es más caro que el proceso judicial porque, además del pago de los honorarios de los Abogados y los posibles peritos, es preciso pagar a los árbitros y, caso de arbitraje institucional, las tasas de la Corte correspondiente; incluso, aunque en el proceso haya que pagar los aranceles de los Procuradores y, en su caso, la correspondiente tasa judicial. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que el mayor coste inicial del arbitraje se compensa con su menor duración, lo que hace que sean las partes quienes sopesen que vía les es más conveniente.

La necesidad de la intervención de la jurisdicción. Esta desventaja del arbitraje frente al proceso, se debe a que el arbitraje, a diferencia del proceso, no es autosuficiente. Si prosperara la tesis que da título a esta Mesa, ya no

sería una desventaja dado que los árbitros tendrían *imperium* y por ello la intervención de la jurisdicción no sería necesaria para la ejecución del laudo o de las medidas cautelares acordadas en el procedimiento arbitral.

Como ya he señalado, la “*peor condición*” del laudo frente a la sentencia. Según el art. 45.1º LA “el laudo es ejecutable aun cuando contra él se haya ejercitado acción de anulación. No obstante, en ese caso, el ejecutado podrá solicitar al Tribunal competente o al árbitro ante el que se pretenda la ejecución la suspensión de la misma, siempre que ofrezca caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieren derivarse de la demora en la ejecución del laudo”. En cambio, la ejecución provisional de sentencias es la regla sin necesidad de prestar fianza ni caución, salvo los casos excluidos de ejecución provisional ex art. 525 LEC.

Por todo ello, la atribución a los árbitros de la competencia para la ejecución del laudo o de las medidas cautelares en el procedimiento arbitral no debe contraponerse a que dicha atribución de competencia siga residiendo ante los órganos de la jurisdicción ordinaria “en abstracto”, sino que siempre ha de buscarse cuál es la solución más idónea al caso concreto. O, con otras palabras, que el acudir al árbitro no se haga por “huir” de los órganos de la jurisdicción, sino porque la elección obedezca a la mayor idoneidad del medio para llevar la ejecución de que se trate.

Una vez examinadas las ventajas y las posibles desventajas de la atribución de estas competencias a los árbitros examinaré si es posible, dado el marco legal actual, que los árbitros las asuman sin reformas legales.

El obstáculo insalvable que veo es que, como ya he dicho, los árbitros no son autosuficientes porque no tienen *imperium* y necesitan del auxilio de la jurisdicción, entre otros casos, para la ejecución forzosa de los laudos arbitrales en aquellos casos que las partes no los cumplan voluntariamente, como para la ejecución de las medidas cautelares cuando ellos mismos no las puedan ejecutar, con lo que necesitarían también la colaboración de la jurisdicción.

Esta característica se explica porque las partes o contratantes, en efecto, no pueden dar lo que no tienen –*nemo dat quod non habet*–. Los particulares carecen de fuerza coactiva para hacer cumplir las obligaciones, pero lo que sí tienen es la facultad de resolver sus diferencias autocompositivamente o heterocompositivamente, conforme al principio dispositivo. Como ha dicho nuestro Tribunal Supremo, “por carecer los denominados Tribunales de Arbitraje...de la facultad o poder del ‘*imperium*’ para hacer cumplir sus laudos ya éstos firmes, su ejecución coactiva corresponde a los órganos jurisdiccionales del Estado, que gozan de dicha potestad” (STS 11 noviembre 1960 –RJ 3.739–).

Pues bien el problema se plantea en el sentido de que los árbitros tienen jurisdicción en sentido declarativo pero no en el sentido ejecutivo por lo dicho anteriormente. La clave está en el art. 117.3º CE según el cual, “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y hacien-

do ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan". La jurisdicción no se limita a la declaración del Derecho, sino que la jurisdicción tiene una doble vertiente: la que supone una declaración de voluntad del órgano jurisdiccional (función declarativa: juzgar, en la terminología constitucional, art. 117 CE); y la que supone una manifestación de voluntad del órgano o realización del Derecho (función ejecutiva: hacer ejecutar lo juzgado, art. 117 CE). La jurisdicción, en consecuencia, no solo adopta decisiones, sino que también puede imponerlas coercitivamente, ya que los órganos jurisdiccionales están dotados de *imperium*.

Por su parte, el principio de reserva de jurisdicción, o de exclusividad en sentido positivo, significa que la función jurisdiccional corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes (art. 2.1º LOPJ).

En mi opinión, el Estado podría atribuirles competencias a los árbitros siempre que no invadan las que están atribuidas constitucionalmente a los jueces, salvo que se lleven a cabo las reformas legales correspondientes. Hay que traer a colación la STC 43/1986, de 15 de abril, que se refiere al arbitraje como "un equivalente jurisdiccional".

En el caso de que se atribuyera dicha competencia a los árbitros, el procedimiento de ejecución ante ellos debería respetar los principios esenciales establecidos en la LA de igualdad, audiencia y contradicción. Podría tomarse en consideración los trámites previstos en la LEC en dicha materia, eso sí, respetando el principio antiformalista o de flexibilidad característico del arbitraje, con la posibilidad de impugnación ante un órgano jurisdiccional que, en mi opinión, sería un Juzgado de Primera Instancia que ejercería funciones de control o de apoyo según los casos y no utilizar la terminología de "Juez de Garantías".

Podría pensarse también que se estableciera a favor de otro tribunal arbitral la posible impugnación, con carácter facultativo, como luego expondré, sin perjuicio del control judicial al que me acabo de referir.

IV. El Juez de Garantías

En el caso de que se atribuyera la competencia para la ejecución del laudo y de las medidas cautelares a los árbitros debería establecerse un control judicial a cargo del correspondiente órgano jurisdiccional.

Se nos sugiere el nombre de "Juez de Garantías", denominación con la que no estoy de acuerdo, porque sugiere más bien la terminología que se usa en el ámbito penal. Sin ir más lejos en la Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 marzo 2012, en el art. 25 se alude a que "Los Tribunales de Garantías de Instancia y de la Audiencia Nacional se constituirán con un Magistrado. En los procesos relativos a aforados los órganos judiciales competentes se constituirán con un Magistrado que actuará

como Tribunal de Garantías". Así, en la Exposición de Motivos de dicho texto, apartado I, se dice "que el Código asegura el ejercicio del derecho de defensa en la fase de investigación, al prever la intervención de las partes en las diligencias acordadas por la Fiscalía, así como la posibilidad de la impugnación ante el Tribunal de Garantías los decretos del Ministerio Fiscal que puedan menoscabarlo".

Por ello, sería partidario de utilizar la terminología más clásica en el ámbito del arbitraje de "Juez de apoyo y control", encomendando dicha función a los Juzgados de Primera Instancia. Así se utiliza dicha denominación en la LA de 2003 cuando en su art. 8 lleva por leyenda "Tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje". En la Exposición de Motivos de dicha Ley se recoge en el apartado II, que "el art. 8 contiene, directamente o por remisión, la norma de competencia objetiva y territorial para el conocimiento de todos los procedimientos de apoyo y control del arbitraje, incluso de aquellos que no se encuentran regulados en esta Ley, sino en la de Enjuiciamiento Civil".

Como se declara en el Acuerdo de 25 noviembre 2010, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se atribuye al Juzgado de Primera Instancia número 101 de Madrid, de nueva creación, el conocimiento con carácter exclusivo de los asuntos de laudo y arbitraje, "parece razonable atribuir a uno de los nuevos Juzgados de Primera Instancia creados y constituidos en la presente anualidad en el partido judicial de Madrid el conocimiento con carácter exclusivo de las materias de arbitraje en el ámbito civil, como punto de partida para el impulso y fortalecimiento de las medidas ajenas al proceso que permitan, como mecanismo arbitral, descongestionar el volumen de asuntos que tienen acceso a la jurisdicción ordinaria, sirviendo el mismo como órgano unificador de criterios".

Entre las competencias que recoge están, a los efectos que nos interesan, a) art. 8 LA "Tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje (Juzgados de Primera Instancia: ..., adopción de medidas cautelares, ejecución forzosa del laudo) (...) e) art. 44 LA "Normas aplicables para la ejecución forzosa del laudo" y f) art. 45 LA "Suspensión, sobreseimiento y reanudación de la ejecución en caso de ejercicio de la acción de anulación"; así como "los previstos en la LEC 1/2000, de 7 de enero, y de modo más específico: a) Medidas cautelares en procedimiento arbitral, conforme a lo dispuesto en los arts. 722, 724 y 730.3 de la LEC"; y "Ejecución del laudo, conforme a los arts. 517.2.2º y 545.2 de la LEC".

Por tanto, mi tesis es que fueran los Juzgados de Primera Instancia con la designación de un Juzgado de dicha clase, al menos, para conocer con carácter exclusivo de las competencias ya atribuidas a dichos Juzgados en materia arbitral en donde el volumen de asuntos lo requiera. Dichos Juzgados serían los encargados de controlar la actuación de los árbitros en fase de ejecución de laudo y de medidas cautelares, si en un futuro nuestro legislador se inclinara por tomar dicha decisión, aunque yo soy contrario a ella, y como he manifestado anteriormente, en todo caso con carácter concurrente con la

posibilidad de solicitar la ejecución de esas actuaciones ante los órganos de la jurisdicción, que son los que tienen dicha competencia actualmente.

Una propuesta que podría tomarse en consideración es que las impugnaciones contra las decisiones del tribunal arbitral en materia de ejecución de laudos y de medidas cautelares se realizaran ante otro tribunal arbitral. Impugnación que, como ya he dicho, ya tienen instauradas algunas Cortes Arbitrales, eso sí, respecto al laudo arbitral, como es el caso de la Corte Española de Arbitraje o la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje. Es una posibilidad que debería analizarse en la línea de la Mesa de este Congreso sobre "La segunda instancia en el procedimiento arbitral. Avance o desnaturalización", prevista para mañana.

V. Reformas legales necesarias

Para llevar a cabo la atribución de competencias a las que nos estamos refiriendo en nuestra intervención a favor de los árbitros, deberían llevarse a cabo una serie de reformas legales, que concretamos en las siguientes:

1ª) *Reforma de la Constitución Española*. En concreto, el art. 117.3º debería recoger de forma expresa que "el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que la misma establezcan, así como a los árbitros en el ámbito que les es propio". No creo que sea el momento para llevar a cabo una reforma de la Constitución en la materia que nos ocupa.

2ª) *Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial*. En concreto, de los arts. 2.1º atribuyendo el ejercicio de la potestad jurisdiccional no sólo a los Juzgados y Tribunales, sino también a los árbitros en el mismo sentido que, acabo de señalar, respecto al art. 117.3º CE; así como el art. 26 en el que debería hacerse una mención al Juzgado de Garantías, e incluir un nuevo precepto donde se desarrollaran sus competencias.

No obstante, si se optara por la propuesta que formulo, de que sea un Juzgado de Primera Instancia, no sería necesaria, en mi opinión, la reforma de la mencionada Ley Orgánica en lo que se refiere al art. 26, ni incluir un nuevo precepto que recogiera expresamente las competencias del "Juez de Garantías", ya que al ser el Juzgado de Primera Instancia el órgano común en el orden civil, conocen de aquellas materias que no se han atribuido a favor de otros órganos de dicho carácter, y a que con base en el art. 98 LOPJ se podría acordar por el Consejo General del Poder Judicial la especialización en favor del Juzgado o Juzgados que se decidiera para asumir esas competencias con carácter exclusivo, además de las otras ya establecidas en materia arbitral.

3ª) *Reforma de la Ley de Arbitraje*. Sería necesario que se regulara en esta Ley la competencia a favor de los árbitros para ejecutar tanto el laudo como las medidas cautelares acordadas en sede arbitral. A estos efectos de-

bería modificarse el art. 8 en el sentido de prever que el control sobre esas competencias se atribuyera a favor de los Juzgados de Primera Instancia; también habría que modificar el art. 23 estableciendo que los árbitros podrían ejecutar la medida cautelar acordada; así como el art. 44 disponiendo que el laudo se pueda ejecutar por los propios árbitros y estableciendo las especialidades procedimentales en materia de ejecución del laudo y de las medidas cautelares.

4ª) *Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil.* Por último, sería necesario modificar la LEC para recoger la posible impugnación de las decisiones de los árbitros en sede de ejecución de aquellas actuaciones. Por tanto, tendrían que modificarse los preceptos correspondientes al recurso de apelación, arts. 455 ss.

Con estas modificaciones legales se daría cobertura a la propuesta de que los árbitros sean competentes para ejecutar sus propios laudos y las medidas cautelares acordadas en el procedimiento arbitral.

VI. Conclusiones

Primera.— No soy partidario de que se atribuya la competencia para la ejecución del laudo y de las medidas cautelares acordadas en el procedimiento arbitral a los propios árbitros por las razones que he apuntado en mi exposición.

Segunda.— En el caso de que el legislador así lo decidiera en un futuro, debería permitirse que los justiciables pudieran optar por acudir a la vía arbitral o a la vía jurisdiccional para dicha ejecución.

Tercera.— En el caso de que se previeran dichas competencias a favor de los árbitros, el órgano jurisdiccional competente para el control debería ser el Juzgado de Primera Instancia, que en los partidos judiciales que lo requiera el volumen de trabajo debería ser un órgano de dicha naturaleza, al menos, con carácter exclusivo, manteniendo todas las otras competencias que están atribuidas a favor de ellos en el ordenamiento jurídico en materia arbitral.

Por tanto, no establecer un “Juzgado o Tribunal de Garantías” ya que no es una denominación acuñada en la práctica arbitral.

Cuarta.— En caso de que el legislador se mostrara favorable a acoger la propuesta recogida en esta sesión, debería establecerse un procedimiento antiformalista y flexible, que respetara los principios de audiencia, igualdad y contradicción.

Quinta.— De tenerse en consideración la mencionada propuesta, deberían modificarse en lo que es necesario, tanto la Constitución, para evitar dudas interpretativas al respecto, la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley de Arbitraje y la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Para finalizar, debo señalar que aunque España cuenta, como ya he señalado al principio de mi intervención, con una regulación moderna y muy buena técnicamente en materia arbitral, que permite que los ciudadanos y las empresas acudan cada vez más a esta vía de resolución de conflictos, es necesario seguir perfeccionándola y potenciándola para que sea una forma utilizada usualmente en la resolución de los conflictos.

Creo que con propuestas como la que se ha formulado en esta sesión que permite debatir sobre aspectos que, a pesar de mi posición contraria, podrían ser considerados por el legislador en un futuro, en mayor o menor medida, se ha logrado el objetivo de este evento que, como nuestra Decana dice en la carta de bienvenida a este Congreso, es disfrutar de unas jornadas que nos permitan analizar los cambios legislativos en curso y su impacto en el desempeño de nuestra profesión, conocer la actualidad de las materias punteras, profundizar en los servicios que nos presta el Colegio e intercambiar experiencias profesionales.