

Cuestiones de relevancia constitucional, parlamentaria y judicial en la nueva Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. SOBRE LA CONJETURA DEL CARÁCTER DE LEY ORGÁNICA O NO DE LA NUEVA NORMA ESTATAL DE ARBITRAJE.— III. SOBRE LA FALTA DE REFERENCIA DEL ARBITRAJE COMO UN «EQUIVALENTE JURISDICCIONAL» DE LOS JUECES Y TRIBUNALES DEL ESTADO.— IV. SOBRE LA UTILIZACIÓN POR EL LEGISLADOR DEL ARTÍCULO 75 CE Y LA DECLARACIÓN DE URGENCIA EN LA TRAMITACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE ARBITRAJE: TÉCNICA LEGISLATIVA RECUSABLE.—V. SOBRE LA OMISIÓN DE UNA REGLA DE REFERENCIA PARA LA LLAMADA «CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN SEDE ARBITRAL».—VI. SOBRE LA INSUFICIENTE REFERENCIA A LA «CONFIDENCIALIDAD» EN EL NUEVO MARCO ARBITRAL: EN ESPECIAL EN LAS INSTITUCIONES ARBITRALES PERMANENTES. SENTENCIA DEL TJCE DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2003.—VII. SOBRE LA OMISIÓN LEGISLATIVA DEL PROBLEMA DE LA PREJUDICIALIDAD PENAL EN SEDE ARBITRAL.—VIII. SOBRE LOS TRIBUNALES COMPETENTES PARA LAS FUNCIONES DE APOYO Y CONTROL DEL ARBITRAJE: OMISIÓN DE JUZGADOS ESPECÍFICOS PARA LA EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES.—IX. SOBRE LA OMISIÓN DEL PRECEPTIVO INFORME DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL RESPECTO A LA LEY ORGÁNICA COMPLEMENTARIA DEL ARBITRAJE Y DEL POTESTATIVO DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE LA LEY DE ARBITRAJE. TAMPOCO HA SIDO OÍDO EL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La *Ley de Arbitraje* que fue publicada en el *BOE* n.º 309, de 26 de diciembre de 2003, y en vigor desde el 26 de marzo de 2004, merece en su conjunto y

* Letrado de las Cortes Generales y del Consejo de Estado (excedente).

desde el punto de vista de su contenido material un juicio favorable¹. En efecto, se ha producido un avance cualitativo de entidad con respecto a la *Ley 36/1988*, de 5 de diciembre, básicamente porque el legislador se ha inspirado al configurar el nuevo marco legislativo en la *Ley Modelo* elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985, recomendada por la Asamblea General en su *Resolución 40/72*, de 11 de diciembre de 1985.

En este trabajo, no obstante, no se analizará el contenido material de la nueva Ley de Arbitraje, sino que se pondrán de manifiesto algunas cuestiones constitucionales, parlamentarias y judiciales que inciden sobre la misma, dada la relevancia que una norma como la mencionada tiene para el Derecho público y privado, como *equivalente jurisdiccional* en la terminología dada por el *Tribunal Constitucional* a esa institución.

II. SOBRE LA CONJETURA DEL CARÁCTER DE LEY ORGÁNICA O NO DE LA NUEVA NORMA ESTATAL DE ARBITRAJE

Procede recordar en estos momentos que acaso ninguna institución de las que encierra el ordenamiento jurídico de un país revele, con más hondo significado, el sentido que el Derecho ocupa en su vida social, como la institución del arbitraje. El conjunto de normas que tienen por misión científica repartir, con criterio de justicia, los distintos bienes humanos entre los miembros de una colectividad, está destinado, por la propia naturaleza de las cosas, a sufrir la ruda prueba que los conflictos de los intereses afectados le plantean diariamente. Y puestos frente a la necesidad de ordenar igualmente estos conflictos de intereses, el Derecho, antes de llegar al puro mecanismo coactivo de la intervención inapelable del Poder público, idea una serie de mecanismos de conciliación que tratan de restablecer, en la medida de lo posible, el interrumpido orden de la convivencia social. Tal es precisamente el papel que asume el arbitraje dentro del problema general de las instituciones jurídicas. De aquí que, precisamente en los países de más densa cohesión social, sin perjuicio de su refinado espíritu jurídico, el arbitraje alcance dimensiones cada vez de mayor amplitud.

Justamente para responder a las exigencias económicas de los ciudadanos de una sociedad avanzada y de libre comercio, se dictó ya en 1988 la *Ley 36/1988, de Arbitraje*, que ha sido objeto de un tratamiento sistemático por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional hasta llegar a configurar la institución arbitral como una *actividad sustitutiva de la jurisdiccional*, siempre que concurren los requisitos a los que más adelante aludiremos.

En todo caso, debe quedar claro que cuando los ciudadanos recurren al convenio arbitral para someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que

¹ Sobre un juicio valorativo general de la Ley 60/03, de 23 de diciembre, de Arbitraje, véase el trabajo de este autor en *La Ley*, núm. 5.945, de 2 de febrero de 2004.

hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, se están comprometiendo a cumplir y someterse a lo estipulado —es decir, a que su conflicto sea resuelto por un tercer dirimente designado por ellos—, lo cual tiene una consecuencia jurídico-procesal de gran alcance, a saber: impide a los Tribunales y Jueces del Estado conocer de las controversias sometidas a arbitraje. Y ante la voluntad expresa o tácita de alguno de ellos de evitar que sea el árbitro designado quien resuelva la controversia, puede invocarse mediante la oportuna declinatoria que el conflicto sea resuelto por el juez del Estado. O en otro sentido, la declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales.

Lo anterior es así porque resulta inherente a la institución arbitral el *apartamiento* «*ex officio iudicis*» de los Jueces y Tribunales, únicos que tienen la exclusiva potestad pública para «*juzgar y hacer ejecutar lo juzgado según las normas de competencia y procedimiento*», según determina el *art. 117 CE*. Acudir o no a la vía jurisprudencial para resolver los conflictos de los ciudadanos, se convierte así en un acto de voluntad propia que encierra en sí mismo el ejercicio de una libertad pública (*art. 17 CE*), siendo además una manifestación de los *arts. 9.2 y 51.1 CE*. No se trata, en modo alguno, de una renuncia al derecho constitucional de la tutela judicial efectiva, porque es perfectamente compatible el derecho de las partes a resolver sus problemas en materia sobre la que pueden disponer dentro del marco que libremente convienen, y la posibilidad de acudir a los Tribunales no para discutir la decisión del árbitro en cuanto al fondo, ya que se comprometieron a acatarla, sino para comprobar si aquélla se ha producido conforme a lo acordado dentro de la legalidad ordinaria vigente, ya que resultaría inadmisibles, por ejemplo, dar valor al laudo dictado sobre la base de un convenio arbitral nulo, o que éste fuera contrario al orden público, entendiéndose por orden público el conjunto de valores, principios y derechos constitucionales.

Quiere decirse que el laudo que dicten los árbitros y la propia actuación de los mismos, están sometidos a un fuerte control jurisdiccional, aunque este control no afecte al fondo de la resolución dictada por el dirimente, que en determinados casos puede llegar hasta el Tribunal Constitucional por medio del recurso de amparo cuando el laudo sea contrario al orden público constitucional o se haya dictado sin las garantías previstas en el *art. 24 CE* en relación con la Ley vigente en materia arbitral.

Puede admitirse que la opción de las partes en un conflicto por la vía arbitral implica una cierta renuncia al *Juez ordinaria predeterminado por la Ley* (*art. 24.2 CE*), en beneficio de un tercer dirimente no judicial. La posible renuncia que estamos planteando aquí al Juez ordinario predeterminado abre todo un marco de actuaciones necesitado de una regulación normativa interna e internacional extremadamente garantista, tanto en cuanto a la voluntad de someterse a un convenio arbitral de apartamiento de la vía judicial, como en cuanto al procedimiento que ha de seguirse y al resultado final del mismo (laudo), para frustrar el fin esencial de la heterocomposición no judicial.

El legislador español, y en general el de todos los países que han suscrito los Tratados internacionales en materia de arbitraje (Nueva York, Ginebra, Wash-

ington, etc.), han velado escrupulosamente por la elaboración de normas sectoriales que preserven los derechos fundamentales de los ciudadanos que opten por la vía arbitral en sustitución de la jurisdiccional.

Surge de esta forma una cuestión, nada baladí en un ordenamiento como el español, que ha de interpretarse a la luz de la *Constitución* (SSTC 77/85, 76/88 y 46/90, por todas), consistente en plantearse si debe o no tener carácter de Ley Orgánica la norma reguladora del arbitraje en cuanto que equivalente jurisdiccional.

Para responder a esa cuestión, ha de partirse de la idea de que la aceptación del convenio arbitral puede constituir procesalmente una *auténtica declinatoria* ante cualquier intento de sustituir la actividad arbitral por la judicial (vid., en este sentido, *art. 11, Ley 60/03, de Arbitraje*). O dicho de otra forma, el *Juez predeterminado* objetivamente por la Ley se ha de inhibir para que el conocimiento de la litis sea resuelto por el *árbitro determinado subjetivamente por las partes*. Pues bien, no existiendo ningún tipo de duda que esto es absolutamente válido y constitucional, ¿implicaría ello que la regulación de esta concreta materia deba ser objeto de una Ley Orgánica? He aquí la conjetura que se suscita.

Para resolver esa conjetura, se debe recordar en este momento, siquiera sea sumariamente, cuál es el concepto y el alcance de la Ley Orgánica en el Derecho público español. A este respecto, habrá de tenerse en cuenta que el *art. 81 CE* define qué son las Leyes Orgánicas y a cuyo contenido nos remitimos ahora.

El problema se suscita por la existencia de las llamadas *materias reservadas*, ya que como ha llamado la atención *Santamaría Pastor*, la reserva contenida en el *art. 81* es a todas luces insuficiente, si bien, como también señala ese autor y viene indicando la jurisprudencia constitucional, se ha de *propugnar una sana restricción correctora del ámbito de reserva de las Leyes Orgánicas en la Constitución*, ya que de otra forma se estaría desnaturalizando este tipo de normas en el sistema general de fuentes del Derecho.

En el sentido expuesto existe una abundante jurisprudencia del *Tribunal Constitucional*, tendente a acotar la reserva material de Ley Orgánica (SSTC 5/81, de 13 de febrero, 160/87, de 27 de octubre, y 127/94, de 5 de mayo), interpretando restrictivamente la reserva de ley bajo el pertinente razonamiento de que un abuso de éstas «podría producir en el ordenamiento jurídico una petrificación en beneficio de quienes en un momento dado gozasen de la mayoría parlamentaria suficiente y en detrimento del carácter democrático del Estado». En este mismo sentido se ha pronunciado también el *Consejo de Estado*, entre otros, en sus *dictámenes núms. 45.149*, de 24 de mayo de 1983; 2.855, de 17 de julio de 1997, y recientemente, en su dictamen 1.403, de 22 de mayo de 2003.

Es más, el carácter excepcional que tanto el *Tribunal Constitucional* como el *Consejo de Estado* han dado a la Ley Orgánica como fuente del Derecho también se manifiesta en que no es admisible constitucionalmente dotar del carácter de orgánica a una Ley fuera de una reserva expresa (STC 76/85, de 5 de agosto). E incluso, ha postulado el Supremo Intérprete de la Constitución que a efectos de legislar o no mediante una Ley Orgánica aspectos que inciden en los derechos fundamentales, debe hacerse bajo un prisma de estricta restricción (STC 70/83, de 5 de agosto). Pues, según la jurisprudencia constitucio-

nal, cuando se expresa en la Carta Magna de *desarrollo de los derechos fundamentales*, se refiere al *desarrollo directo* de los derechos fundamentales, puesto que el instrumento de la Ley Orgánica no puede extremarse hasta el punto de convertir el ordenamiento jurídico entero en una mayoría de Leyes Orgánicas, ya que es difícil concebir una norma que no tenga una conexión, al menos remota, con un derecho fundamental, habida cuenta, además, de que el instrumento de la Ley Orgánica convierte a las Cortes en constituyente permanente (STC 6/82, de 22 de febrero).

Por tanto, no debe ser aprobada por Ley Orgánica cualquier disciplina legal que *afecte a los derechos fundamentales*, salvo que desarrolle la Constitución de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental, ya sea en una regulación directa, general o global del mismo o en una parcial o sectorial, pero igualmente relativa a aspectos esenciales del derecho y no, por parcial, menos directa o encaminada a contribuir a la delimitación y definición legal del derecho (STC 127/94, con amplio resumen de doctrina anterior). Sí en cambio, ha admitido el *Tribunal Constitucional* dentro de su interpretación restrictiva de la utilización de las Leyes Orgánicas las llamadas *Leyes Orgánicas parciales*, o lo que es lo mismo, sólo considerar *orgánicos* los artículos que la propia Ley expresa formalmente como tales (así, STC 5/81, de 13 de febrero, ya citada). En cambio, esta solución pugna con cierta doctrina del Consejo de Estado que entiende que la técnica de atribuir carácter de *Ley Orgánica* a determinados preceptos de una Ley ordinaria, produce efectos indeseados en el sistema general de fuentes del Derecho. Por tanto, el Supremo Órgano Consultivo del Estado desaconseja esta técnica en los Anteproyectos de Ley que potestativa o preceptivamente dictamina.

En consecuencia con todo lo expuesto y en atención a la jurisprudencia del *Tribunal Constitucional* y a la doctrina legal del *Consejo de Estado*, no parece necesario que la Ley de Arbitraje deba tener carácter de Ley Orgánica, puesto que no supone, estrictamente hablando, de un desarrollo de un derecho fundamental o que pueda afectar al contenido esencial de algún derecho fundamental, y tampoco resulta procedente desde el punto de vista de la buena técnica legislativa segregar los artículos de la Ley relativos al convenio arbitral, conforme hemos visto que opina el Alto Cuerpo Consultivo del Estado.

III. SOBRE LA FALTA DE REFERENCIA POR EL LEGISLADOR DEL ARBITRAJE COMO UN «EQUIVALENTE JURISDICCIONAL» DE LOS JUECES Y TRIBUNALES DEL ESTADO

En nuestra particular opinión constituye una omisión grave imputable a los redactores del Proyecto, en el que en su Exposición de Motivos no se haga referencia a la consideración del arbitraje como un auténtico «*equivalente jurisdiccional*».

Es un olvido, o mejor quizá podría calificarse de descuido, de los redactores no haber citado en la Exposición de Motivos la importante y enjundiosa jurisprudencia del *Tribunal Constitucional*, salvando al arbitraje del escollo pre-

sentado en el art. 117.3 CE y otorgando a la institución un efecto de «*equivalencia jurisdiccional*», según se proclamó con todo detalle, entre otras, en las SSTC 43/88, 15/89 y 62/91, que liberó al arbitraje de ser confundido con «apariencias arbitrales» más o menos camufladas y con «seudos arbitrajes», al faltarles a estos últimos las siguientes condiciones:

- 1.^a Que el instituto arbitral esté regulado en una *ley formal* votada en Cortes Generales (STC 62/91, de 22 de marzo, por todas).
- 2.^a Que la *Ley de Arbitraje* tenga *carácter estatal* al tratarse de una materia sobre la que tiene competencia exclusiva el Estado (art. 149.6.^a y 9.^a CE y STC 15/89, de 26 de enero).
- 3.^a Que la *voluntariedad del convenio arbitral* se produzca sin sombra o penumbra alguna sobre la libertad de sumisión al mismo por las partes que pueda hacer resentirse la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE (SSTC 11/81, de 8 de abril, 2112/91, 2386/95 o 174/95, por todas).
- 4.^a Que concurra el *carácter sustitutivo* del arbitraje sobre el proceso judicial ordinario del Juez del Estado. Es decir, que una vez aceptado voluntariamente el convenio por las partes, el arbitraje desplaza con todas sus consecuencias al proceso y recurso judicial ordinario, a través de la correspondiente declinatoria.
- 5.^a Que por el efecto de *equivalencia jurisdiccional*, las partes asuman no sólo dar un carácter ponderante y relevante a la autonomía de la voluntad sobre el modelo jurisdiccional preestablecido legalmente, sino que aceptan asumir el laudo arbitral firme con *efectos idénticos a la cosa juzgada* (SSTC 43/88, 15/89 y 62/91, luego reiteradas).

Es el cumplimiento de estas condiciones lo que determina, a juicio del Tribunal Constitucional, el nacimiento del efecto de «*equivalencia jurisdiccional*» y por tanto, su compatibilidad constitucional con el art. 24.1 CE².

IV. SOBRE LA UTILIZACIÓN POR EL LEGISLADOR DEL ARTÍCULO 75 CE Y LA DECLARACIÓN DE URGENCIA EN LA TRAMITACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE ARBITRAJE: TÉCNICA LEGISLATIVA RECUSABLE

Resulta sorprendente que una Ley tan importante como es la de arbitraje, destinada a ser el vehículo natural de resolución de conflictos del comercio internacional interno y externo y, particularmente, de los litigios que se presenten en la esfera civil y patrimonial, haya sido reducida en su tramitación al procedimiento legislativo de *competencia legislativa plena* en el seno de la Comisión de Justicia Interior del Congreso de los Diputados, conforme a los arts. 93.1 y 148 del Reglamento de la Cámara Baja; aplicándosele además el *procedimiento de urgen-*

² La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha servido para, por ejemplo, no considerar «*equivalente jurisdiccional*» el arbitraje previsto en el art. 38.2, Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres (así, STC 174/95, de 23 de noviembre, entre otros muchos casos).

cia. Tal es así que el día 3 de octubre se publicó el Proyecto de Ley, los Diputados sólo dispusieron de un plazo de enmiendas por un período de 8 días hábiles, que finalizó el día 13 de octubre. El dictamen de la Comisión fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 18 de noviembre de 2003 (núm. 173-11). Y aunque en uso de las potestades que el art. 75.2 CE otorga, el Pleno de la Cámara recabó el debate y votación del Proyecto, la suerte del mismo estaba ya echada en cuanto la falta de suficientes garantías formales para examinar con la debida atención el contenido del Proyecto. Prueba de ello es que de las 116 enmiendas presentadas por todos los Grupos Parlamentarios, sólo han sido admitidas en el Congreso de los Diputados 4 enmiendas.

La urgencia continuó en fase senatorial, en la que, conforme los arts. 90.3 CE y 135.1 del Reglamento del Senado, la Cámara Alta sólo dispone de 20 días naturales para vetar o enmendar el Proyecto.

¿Cuál es la razón de esta desatada urgencia? No existe razón alguna. Desde nuestro punto de vista se hace un flaco favor al arbitraje en cuanto que «*equivalente jurisdiccional*», al someter su tramitación en las Cámaras a un ritmo de trabajo inapropiado que hace que se resientan los principios de seguridad jurídica y de buena técnica legislativa, tan necesaria en este tipo de proyectos, que están destinados a sustituir nada más y nada menos que a la vía jurisdiccional. Pues, en definitiva, el arbitraje es una alternativa constitucionalmente válida y eficaz a los Jueces y Tribunales del Estado, mediante lo que se conoce como *apartamiento «ex officio iudicis»*, como ha proclamado multitud de veces el Tribunal Constitucional.

Tampoco puede perderse de vista que el Proyecto fuese tramitado a fin de año y a fin de Legislatura, períodos normalmente muy recargados —sobre todo el fin de Legislatura— en el que los parlamentarios apenas tienen tiempo para examinar los Presupuestos Generales del Estado y la Ley de Acompañamiento y no digamos los Proyectos de Ley, que durante meses han estado fraguándose en las Cámaras, y los que si no se aprueban quedan caducados y sin valor alguno, como mandatan los Reglamentos de las Cámaras.

Así pues, vaya en primer lugar esta objeción que nos parece de gran relevancia, al haberse omitido en la tramitación del Proyecto de Ley de Arbitraje las garantías formales y parlamentarias necesarias que hubieran hecho de esta Ley el referente para el siglo XXI del «*equivalente jurisdiccional*». ¿No hubiera sido mejor examinar este Proyecto al inicio de la próxima Legislatura?

V. SOBRE LA OMISIÓN DE UNA REGLA DE REFERENCIA PARA LA LLAMADA «CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN SEDE ARBITRAL»³

Quizá la urgencia, que nunca es buena consejera, y menos aún para elaborar un Proyecto de Ley, dado el carácter de permanencia que ha de tener

³ Para un estudio más profundo de esta cuestión, puede consultarse la monografía del autor «*El equivalente jurisdiccional en el Derecho Público*», Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 70 y ss.

este tipo de normas, quizá ha llevado a los redactores del Proyecto —y, por lo que se ve, los parlamentarios tampoco han hecho nada por remediarlo—, a omitir el tratamiento de un tema de gran trascendencia como es la *cuestión de inconstitucionalidad en sede arbitral*. No es éste el momento ni el lugar para tratar de este punto hasta sus últimas consecuencias, pero debe recordarse que la cuestión de inconstitucionalidad está reconocida en el art. 163 CE y en los art. 35 a 38 de la *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, y que su utilización ha dado lugar a la declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional de múltiples normas siempre que concurra el criterio definitorio del *requisito de la relevancia de la norma objeto de duda sobre su constitucionalidad* (desde la *STC de 29 de abril de 1981, FJ 1*, por todas).

Y es claro que habiéndose optado resueltamente por la nueva Ley por el arbitraje de Derecho, no faltará ocasión de presentarse al árbitro o Tribunal arbitral la tensión entre norma aplicable al fondo de la controversia y duda sobre su constitucionalidad. Esto es, pura y simplemente, el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad en sede arbitral. Y así como el Juez del Estado tiene un procedimiento para dar cauce a la posible cuestión de inconstitucionalidad, no ocurre lo mismo con el arbitraje, que, como *sustitutivo de la actividad jurisdiccional del Estado* (*SSTS de 20 de mayo de 1982, 9 de febrero de 1984 y 6 de octubre de 1987*, entre otras muchas), debería de haberse buscado en la nueva Ley una previsión resolutoria de este incidente que puede dar lugar a la crisis, en casos concretos, de la institución arbitral.

Es, por tanto, una sombra que se proyecta sobre la nueva Ley de Arbitraje, al haberse omitido el tratamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en su sede.

VI. SOBRE LA INSUFICIENTE REFERENCIA A LA «CONFIDENCIALIDAD» EN EL NUEVO MARCO ARBITRAL: EN ESPECIAL EN LAS INSTITUCIONES ARBITRALES PERMANENTES. SENTENCIA DEL TJCE DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2003

El Proyecto de *Ley de Arbitraje* no contenía ninguna referencia a la obligación de *guardar la confidencialidad* de las informaciones que conozcan los árbitros y las instituciones arbitrales. Gracias a una enmienda del PP al art. 24, se le añadió el siguiente texto: «2. *Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligados a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales.*» Esta referencia es a todas luces insuficiente y está necesitada de algunas matizaciones de interés.

La *Ley 36/1988* no recogía ninguna referencia a lo que se denomina constitucionalmente «*habeas data*», entre otros extremos porque el art. 18.4 CE no había sido aún desarrollado por Ley alguna. El legislador español actuó ciertamente con retraso en desarrollar el citado art. 18.4 CE, lo que no se hizo hasta la *LO 5/1992*, de 29 de octubre, reguladora del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (*LORTAD*). Bien es cierto que con ante-

rioridad habían sido ratificados por España —27 de enero de 1984— el *Convenio 108 del Consejo de Europa* para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, y los *Acuerdos de Schengen*.

Por tanto, estaba, hasta cierto punto, justificado que la *Ley 36/1988* no contuviera ninguna mención a la confidencialidad y protección de datos. Sin embargo, en la nueva Ley la referencia que finalmente se hace a este problema en su mencionado art. 24.2, resulta insatisfactoria, teniendo en cuenta sobre todo que al haberse unificado el arbitraje interno e internacional, entra de lleno la aplicación del art. 2 de la nueva *LO 15/1999*, de 13 de diciembre, de *Protección de Datos de Carácter Personal*; debiéndose tener en cuenta que constituyen datos de carácter personal: cualquier información concerniente a personas identificadas o identificables (art. 3 *LOPD*).

Esta importante cuestión de la *protección de la confidencialidad* incide sobre todo en las institucionales arbitrales que mantienen ficheros de datos pertenecientes a las personas físicas o jurídicas intervinientes en el arbitraje, lo que les obliga a extremar la *seguridad* de los mismos (art. 9 *LOPD*) y a guardar el *deber de secreto* en los términos exigidos en la *LO 15/1999* (art. 10) en evitación de que los interesados puedan reclamar ante la Agencia de Protección de Datos por una indebida o escasa tutela del derecho fundamental a la protección de los mismos (art. 18 *LOPD*).

Todo lo anterior avala —teniendo en cuenta el posible movimiento internacional de datos en el ámbito del arbitraje internacional— la postura de que el art. 24.2 debería haber contenido una referencia explícita a la mencionada *LO 15/1999* y en particular al art. 26.1 de esta última, que exige que toda persona o entidad que proceda a la *creación de ficheros de datos lo notificará previamente* a la Agencia de Protección de Datos.

Cuanto ha quedado recogido en este apartado es de gran relevancia para las Instituciones Arbitrales Permanentes, sobre todo al hacerse pública la reciente *Sentencia del TJCE* de 6 de noviembre de 2003, sobre aplicación a todas las personas y entidades de la *Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, y en la que se declara que es obligatorio informar a los ciudadanos y entidades afectados sobre su recogida de datos.

VII. SOBRE LA OMISIÓN LEGISLATIVA DEL PROBLEMA DE LA PREJUDICIALIDAD PENAL EN SEDE ARBITRAL

La nueva Ley de Arbitraje ha guardado silencio sobre un difícil problema que viene planteándose en la práctica cada vez con más frecuencia: la cuestión de la prejudicialidad penal en sede arbitral.

De la misma forma que la *Ley 1/2000*, de 7 de enero, de *Enjuiciamiento Civil*, ha regulado en su texto la prejudicialidad penal (art. 40 *LEC*), estableciéndose unas reglas de actuación procesal, el nuevo marco arbitral debería haber afrontado este importante problema práctico, que no ha tenido una solución uniforme por la jurisprudencia. Si bien la tendencia última —y

acertada— es la de considerar que la *mera interposición de una acción penal no suspende el arbitraje*, ni siquiera el hecho de haberse admitido una querrela criminal libera al árbitro de emitir el laudo dentro del término preclusivo que queda simplemente interrumpido (STS de 2 de julio de 1984, por todas las posteriores).

Desde nuestro punto de vista, el legislador, atendiendo a que el arbitraje constituye un *grupo normativo propio*, debiera haber establecido alguna regla sobre esta cuestión. La regla más conforme al principio «perpetuatio arbitralis», es la de que sólo queda interrumpido el arbitraje en caso de que la querrela o acción penal sea admitida y se dicte auto de procesamiento, cuando los hechos sobre los que ésta se apoye incidan directamente, y sin posibilidad de separación, en el relato fáctico sobre el que se apoyen las partes en sede arbitral.

VIII. SOBRE LOS TRIBUNALES COMPETENTES PARA LAS FUNCIONES DE APOYO Y CONTROL DEL ARBITRAJE: OMISIÓN DE JUZGADOS ESPECÍFICOS PARA LA EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES

La *Ley 60/03, de Arbitraje*, con buen criterio, contiene, directamente o por remisión, las normas de competencia objetiva o territorial para el conocimiento de todos los procedimientos de apoyo y control del arbitraje, incluso de aquellos que no se encuentran regulados en esa Ley, sino en la de *Enjuiciamiento Civil*. Los criterios utilizados para determinar los Tribunales del Estado competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje son los siguientes:

- 1.º Para el nombramiento judicial de árbitros será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del arbitraje; de no estar éste aún determinado, el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, el del domicilio o residencia habitual del actor, y si éste tampoco los tuviere en España, el de su elección.
- 2.º Para la asistencia judicial en la práctica de pruebas será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia.
- 3.º Para la adopción judicial de medidas cautelares será Tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, de conformidad con lo previsto en el art. 724 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*.
- 4.º Para la ejecución forzosa del laudo será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del art. 545 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* y, en su caso, el previsto en el art. 958 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*.

- 5.º Para conocer de la acción de anulación del laudo será competente la Audiencia Provincial del lugar donde aquél se hubiera dictado.
- 6.º Para el exequátur de laudos extranjeros será competente el órgano jurisdiccional al que el ordenamiento procesal civil atribuya la ejecución de las sentencias dictadas por los Tribunales extranjeros⁴.

Sin embargo, se ha de hacer notar que el legislador ha perdido una ocasión única para incorporar en ese precepto que la ejecución de los laudos tenga lugar en un *Juzgado específico*, ya que en otro caso toda la versatilidad y agilidad del arbitraje viene al final a concurrir, cuando de la ejecución de laudo se trate, a los ya sobrecargados Juzgados civiles, a los que se refiere la planta judicial. Es decir, que el laudo arbitral dictado por los árbitros en un plazo perentorio por imperativo legal o convencional, se encuentra finalmente con las mismas dificultades que los procedimientos y sentencias de los Jueces del Estado, al concurrir junto con éstas en los mismos órganos. ¿Cómo resolver este problema y no desnaturalizar la agilidad y versatilidad del arbitraje? La solución hubiera sido muy sencilla: creando unos Juzgados específicos —que no especiales— para todas las cuestiones atinentes al arbitraje: nombramiento de árbitros, medidas cautelares y ejecución forzosa de laudos. Con esta medida el arbitraje no quedaría desnaturalizado, y la brevedad de su tramitación como elemento realmente querido por las partes no quedaría frustrada.

IX. SOBRE LA OMISIÓN DEL PRECEPTIVO INFORME DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL RESPECTO A LA LEY ORGÁNICA COMPLEMENTARIA DEL ARBITRAJE Y DEL POTESTATIVO DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE LA LEY DE ARBITRAJE. TAMPOCO HA SIDO OÍDO EL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA

La *Constitución* ha otorgado al *Consejo del Poder Judicial* un papel muy relevante como Poder del Estado, destinado a ser el Órgano de Gobierno de los Jueces y Magistrados (art. 122 *CE*), y, como tal, la *LOTC* lo considera como un *órgano constitucional*.

Por tanto, no es de extrañar que entre las competencias de ese Órgano estén la de *informar los anteproyectos de leyes y disposiciones generales del Estado*

⁴ Este último criterio es francamente contradictorio con lo que se determina en la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003, cuando se dice al referirse al exequátur de laudos extranjeros que la competencia de estos últimos «se atribuye... a las Audiencias Provinciales en vez de —como hasta ahora— a la Sala Primera del Tribunal Supremo con la finalidad de descargar a ésta y ganar celeridad». En qué quedamos, ¿el órgano para entender de los exequátur de laudos extranjeros son las Audiencias Provinciales o el órgano jurisdiccional a que el ordenamiento procesal civil atribuya la ejecución de las sentencias extranjeras? Es éste un punto que no ha quedado aclarado en la nueva Ley. Esto ha ocurrido por las urgencias con que se tramitó el proyecto: se hizo un cambio a última hora en el Senado en el punto 6 del art. 8 de la Ley, pero no se corrigió ni se hizo el ajuste pertinente en su Exposición de Motivos.

que afecten total o parcialmente a las siguientes materias: «...e) *normas procesales...*».

Se dirá que la *Ley de Arbitraje* no es estrictamente procesal, pero nadie podrá negar que el arbitraje tiene una fuerte incidencia en los asuntos procesales en la medida que es una *actividad sustitutiva del Juez del Estado*; y que necesita el apoyo y la intervención de ese último para, entre otras cuestiones, designar al árbitro, adoptar medidas cautelares, práctica de determinadas pruebas, ejecución del laudo y, en fin, para la acción de anulación del laudo.

Ciertamente ha existido Informe del Consejo General del Poder Judicial estrictamente respecto al Anteproyecto de Ley de Arbitraje, lo que ha dado a los parlamentarios la posibilidad de disponer de un documento de trabajo de gran interés, ya que el Gobierno lo remitió a las Cortes Generales junto con el resto del expediente del Proyecto de Ley.

Ahora bien, tanto en el «iter» legislativo en el Congreso como en el Senado (hasta el Dictamen de la Comisión de Justicia de la Cámara Alta), el Proyecto de Ley de Arbitraje ha ido acompañado por una Ley Orgánica complementaria, por la que se modificaba la propia *LOPJ* y algunos artículos del *CP*, como hemos visto más atrás; y, sin embargo, esa norma complementaria *no ha sido informada por el Consejo General del Poder Judicial*, como exige el art. 108.1. e) y f) *LOPJ*, lo cual constituye un defecto grave, aunque no se alce como vicio invalidante del procedimiento legislativo.

Asimismo, tampoco ha sido remitido el Proyecto de Ley de Arbitraje al *Consejo de Estado*, para que emitiera su potestativo Dictamen. Grave error, ya que el Dictamen del Alto Cuerpo Consultivo hubiera supuesto una valiosa aportación, dada la experiencia y sabiduría que el supremo Órgano Consultivo del Estado tiene sobre estas materias; privándose también a los parlamentarios de un valioso documento de trabajo; y, sobre todo, teniendo en cuenta que el art. 21.7 de su *Ley Orgánica 3/1980* establece que el Consejo de Estado en Pleno «*deberá ser consultado en las transacciones judiciales y extrajudiciales sobre los derechos de la Hacienda Pública y sometimiento a arbitraje de las contiendas que se susciten respecto de los mismos*».

Finalmente, creemos que tampoco ha sido acertado el que el legislador haya prescindido de la opinión que sobre el proyecto de arbitraje le hubiera podido otorgar el Consejo General de la Abogacía, dado el conocimiento que muchos de sus letrados han acumulado en este campo, y que podían haberse canalizado a través de este Organismo representativo de los Colegios de Abogados.