



FACULTAD DE DERECHO

**EL ARBITRAJE MERCANTIL: EFECTOS DE LA
DECLARACIÓN DE UN CONCURSO DE ACREEDORES
SOBRE LOS CONVENIOS ARBITRALES**

M. Estrella Font Albella
4º E-1 BL
Derecho Procesal
Tutor: Manuel Hernández-Tejero

Madrid
Abril 2017

RESUMEN

El objeto de este trabajo es, por una parte, analizar los aspectos fundamentales del arbitraje haciendo especial énfasis al arbitraje mercantil, así como sus principales ventajas e inconvenientes. Por otra, utilizar dicha institución arbitral como medio para resolver una controversia determinada; el concurso de acreedores. Así, centrandó nuestra atención en el concurso de acreedores en sede arbitral, analizamos los problemas procesales causados por la colisión de estas dos instituciones que, como veremos, presentan una naturaleza muy distinta. Específicamente, haremos referencia a los efectos de la declaración del concurso de acreedores sobre el convenio arbitral y analizaremos los posibles problemas que pueden llegar a surgir con las últimas reformas de la legislación aplicables al caso.

PALABRAS CLAVE

Arbitraje Mercantil, Concurso de Acreedores, Convenio Arbitral, Laudo Arbitral, Eficacia e Ineficacia convenios arbitrales, Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, Ley 11/2011 de 20 de mayo de reforma de la Ley de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

ABSTRACT

The aim of this study is, firstly, to explain in depth the main aspects of commercial arbitration, including its basic advantages and disadvantages. Secondly, it attempts to define the usage of this institution as an alternative of a specific dispute resolution; bankruptcy or insolvency proceeding. Great emphasis is also placed in the insolvency proceeding focused on arbitration; we will analyse the specific problems that can arise when both institutions are used at the same time. Specifically, we will also make a large reference to all possible effects of the insolvency proceeding regarding an arbitration agreement.

KEY WORDS

Commercial Arbitration, Insolvency Proceeding, Arbitral Agreement, Arbitral Award, Insolvency Act.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	4
INTRODUCCIÓN.....	5
1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL	7
1.1 Concepto general Arbitraje.....	7
1.2.Diferencias entre Arbitraje y Jurisdicción común	9
1.3 El Arbitraje Mercantil.....	11
1.3.1 El Arbitraje Comercial, delimitación conceptual.....	11
1.3.2 Distinción Arbitraje Mercantil y Arbitraje Mercantil Internacional.....	13
1.4 Aspectos ventajosos de la institución, el Arbitraje Mercantil en la actualidad	14
1.5 El concurso de acreedores, conceptos básicos.....	19
2. LEGISLACIÓN APLICABLE AL CASO	21
2.1 Contextualización	21
2.2 La LEY 22/2003, DE 9 DE JULIO, CONCURSAL	21
2.2.1.El art 52.1 de la Ley Concursal;.....	21
2.2.2.El artículo 53 de la Ley Concursal;.....	22
2.2.3.El Art 86.2 de la Ley Concursal que da carta blanca a los créditos;.....	22
2.3.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 <i>ARBITRAJE INSTITUCIONAL EN LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO.</i>	23
3. EL CONVENIO ARBITRAL	24
3.1 Delimitación conceptual	24
3.2 Convenio Arbitral en sede concursal.....	27
3.3 Comienzo del procedimiento arbitral en sede concursal, Párrafo segundo Art. 52.1 LC, .29	
4. INICIO DE LA TRAMITACIÓN DEL CONCURSO	33
4.1 El auto de declaración del concurso de acreedores.....	33
4.2 El final de la tramitación del concurso de acreedores.....	35
5. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO SOBRE LOS CONVENIOS ARBITRALES	36
5.1 Situaciones susceptibles Art 52.1 LC	36
5.2 Los efectos de la declaración de concurso sobre los convenios arbitrales, situación posterior, la Ley 11/2011, de 20 de mayo, que reforma la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado	38
5.3 Eficacia del convenio arbitral durante la tramitación del concurso	42
5.4 Suspensión de los efectos de los convenios arbitrales durante la tramitación de concurso, excepción a la regla general:	45
5.5 Consecuencias derivadas sobre la decisión de suspender los efectos del convenio arbitral.....	49
5.6 Tratamiento procesal aplicable cuando el convenio arbitral resulta ineficaz	49
CONCLUSIÓN FINAL	50

ABREVIATURAS

APP	Auto de la Audiencia Provincial
ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
AJM	Auto del Juzgado de lo Mercantil
Art	Artículo
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
LA	Ley de Arbitraje
LC	Ley Concursal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LICIA	<i>London Court of International Arbitration</i>
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LSP	Ley de Suspensión de Pagos
RD	Real Decreto
RDSAC	Real Decreto regulador del Sistema Arbitral el Consumo
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJM	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
UNCITRAL	<i>United Nations Commission on International Trade Law</i>

INTRODUCCIÓN

La magnitud alcanzada por el Derecho Procesal en los últimos años y, en especial, en relación con los procesos concursales – consecuencia de los acontecimientos acaecidos por la profunda crisis económica de los últimos años- me ha llevado a interesarme por esta problemática tan amplia, y a tal efecto presentamos este Análisis Jurídico.

En suma, mi interés en esta cuestión se ha visto complementado por mi participación en diversos debates o Modelos de Naciones Unidas así como la realización de proyectos sociales ofrecidos por la Clínica Jurídica de ICADE que guardaban una estrecha relación a dicho ámbito.

La metodología seguida en este trabajo se distribuye en dos partes relacionadas entre sí. *La primera parte* está dedicado al estudio conceptual y práctico de una institución que resulta cada vez más popular en la actualidad como alternativa a la vía judicial de resolución de conflictos; el Arbitraje. Consideramos relevante esta primera parte del trabajo de carácter teórico-dogmático, pues su comprensión será indispensable a la hora de comprender la segunda parte del mismo.

De esta forma, comenzaremos por exponer de manera breve y algo esquemática las principales ventajas e inconvenientes, así como las diferencias que se plantean respecto a la jurisdicción común. Más adelante, trataremos de determinar el porqué de su elección.

Asimismo, haremos referencia a la rama arbitral específica para el caso que nos va a interesar; el arbitraje mercantil o comercial en sede concursal.

Una vez asentado el análisis conceptual de la institución arbitral mercantil y sus principales funciones, alcanzamos la *segunda parte* del trabajo, basada, como veníamos diciendo, en un controversia determinada cuya resolución puede ser articulada mediante arbitraje; el concurso de acreedores.

Así, empezaremos por exponer los conceptos básicos del concurso de acreedores para poder, una vez más, comprender el fondo del asunto. Delimitaremos el concepto y naturaleza de la herramienta esencial; el convenio arbitral, y veremos la importancia que ostenta el auto de inicio y terminación de la declaración del concurso.

Seguidamente, analizaremos *in extenso* los efectos que surgen tras el choque entre estas dos instituciones que presentan, como veremos, una naturaleza muy distinta. Para ello, expondremos en primer lugar la legislación aplicable al caso, esto es, La Ley Concursal y la entrada en vigor de la Ley 11/2011, de reforma de la Ley 60/2003, de Arbitraje y de regulación de arbitraje institucional en la Administración General del Estado, así como los respectivos artículos pertinentes y sus modificaciones.

Por último, nos centraremos en los efectos del convenio arbitral antes y después de la tramitación del concurso, así como los problemas que pueden llegar a surgir. Y Acabaremos por darnos cuenta de cómo el legislador, aunque pretendiéndolo, no llega a acoger el arbitraje en Ley Concursal de forma amplia dado que, su redacción, da lugar a un amplio espectro de interpretaciones.

1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

1.1 Concepto general Arbitraje

Antes de analizar dicha institución *in extenso*, cabe establecer una base conceptual acerca de la misma. Así, de forma general, decimos que el arbitraje consiste, principalmente, en un medio de resolución de litigios que está al margen de las vías judiciales y que aparece regulada en España en la Ley 60/2003¹, de 23 de Diciembre (Los artículos referentes al arbitraje; 1820 y 1821 CC), en dicha exposición de motivos el legislador apunta que;

“su principal criterio inspirador es el de basar el régimen jurídico español del arbitraje en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional, de 21 de Junio de 1985”.

De esta forma y a *priori*, aclaramos que se trata de un proceso en el cual se pretende resolver extrajudicialmente las diferencias que surgen entre dos – o más- partes que acuerdan la intervención de un tercero (el árbitro o tribunal arbitral), cuyo fin principal gravita en torno a la resolución del conflicto.

Como decimos, el arbitraje, siguiendo a GÓMEZ COLOMER² es *“un mecanismo típicamente adversarial cuya estructura es básicamente la de un litigio”*. A modo básico y general, podríamos decir que el papel del árbitro es “parecido” al del juez. Las partes presentan el caso, se intenta probar los hechos y, consecuentemente, sobre ello se decide la controversia. Sin embargo, la gran diferencia gravita entorno a la decisión que pone fin a dicho conflicto que, además de estar lejos de asemejarse al sistema judicial ordinario, dicha resolución no emana de los jueces del Estado, sino de particulares elegidos por las partes.

A máxime de lo anterior, diremos que al arbitraje se llega, generalmente, de forma voluntaria (en virtud del principio de libre voluntad de las partes que cobra gran protagonismo) a través de cláusulas en las que las partes deciden someter determinadas cuestiones al poder de un árbitro, en lugar de acudir a la justicia ordinaria.

¹ GÓMEZ COLOMER, J.L., “Medios de solución de conflictos jurídicos”, en A.A.V.V., *Derecho jurisdiccional, Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012. Págs. 40-43.

² HOLDER FRAU, H.A., *El convenio en la quiebra y en la Ley Concursal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 67 y 68.

Dicho esto, conviene apuntar la diferencia entre el arbitraje, la mediación y conciliación, en el arbitraje encontramos a un tercero que no colabora con las partes a efectos de resolver el conflicto (como sí ocurre en la mediación y conciliación), sino que da una solución firme mediante al comúnmente llamado; *Laudo arbitral*.

En este sentido y una vez asentado en fin principal de la institución arbitral, señalamos – brevemente- y con el objetivo alcanzar una comprensión amplia al respecto, las principales similitudes y diferencias de el arbitraje y la jurisdicción ordinaria, comenzando con la mención de *GUASP J.*,³ que define el arbitraje así; “ *El instrumento mediante el cual una o varias personas imparciales son nombradas, ya por las partes, ya por un tercero, para resolver un conflicto suscitado, con fundamento en el sometimiento que las partes efectúan por medio del convenio arbitral*”.

A más inri de lo anterior, el arbitraje forma parte de los comúnmente llamados “*Alternative Dispute Resolution*” (*ADR*)⁴ que, otra vez, no dejan de ser cauces extra jurisdiccionales, mecanismos desarrollados por personas que no están ejerciendo el poder jurisdiccional. Abriendo paréntesis para homenajear a los mismos, los ADR no sólo han implantado una nueva forma de resolución de litigios que, evidentemente, conlleva a un mayor neutralidad y autonomía de las partes, sino también a una disminución relativamente y considerable del coste procesal -y todo lo que conlleva un litigio en materia comercial y de negocios-⁵.

1.2. Diferencias entre Arbitraje y Jurisdicción común

Comenzamos atendiendo a diversas sentencias del Tribunal Constitucional, específicamente, las sentencias 43/1988 o 62/1991⁶ que, como también ocurre en

³ GUASP, J. “ El Arbitraje en el derecho español”, Bosch, Barcelona, 1956., págs.34-35.

⁴ Alternative Dispute Resolution en el Comercio Internacional, *Cuadernos de Derecho Transnacional*(Octubre 2013)Vol 5, N° 2, ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt

⁵ C. Bühring-Uhle, L. Kirchhoff, G. Scherer, Arbitration and mediation in international business, 2ª ed.,pág 13. Virgós Soriano, “*Procedimientos alternativos de resolución de controversias y comercio internacional*” en I. Heredia Cervantes (ed.), Medios alternativos de solución de controversias, Madrid, 2008, p. 83.

⁶CAÑELLAS, F., “Aplicación del arbitraje internacional en España y en la Ley 60/2003”, GINÉS CASTELLET, N. [Coord.], El arbitraje internacional: cuestiones de actualidad, Bosch Formación, España, 2009, págs. 81-87

distintos autos, entienden la institución arbitral como proceso “*equivalente al jurisdiccional*” por la cual las partes optan por obtener los mismos objetivos que se obtendrían mediante jurisdicción, pero a través de un sistema alternativo extrajudicial, compartiendo ambos procesos el llamado “*efecto de cosa juzgada*”. Dicho efecto supondrá, una vez llegada a la resolución de conflicto, poner fin a ambos procesos, esto es; una vez resuelto el conflicto por cualquier de las vías, no se puede volver a plantear problema, será firme.

Sin embargo, a pesar de compartir dicha similitud, no son pocas las diferencias a tener en cuenta entre el arbitraje y la jurisdicción común.

En el arbitraje, el tercero escogido para la resolución de conflicto, el árbitro (o en su caso el Tribunal Arbitral) impone una solución -de forma privada -del conflicto y lo hace en referencia a un convenio que ha sido suscrito por los interesados, en él acuerdan qué aspectos serán sometidos al arbitraje, específicamente.

La diferencia entre ambos procesos que, a mi modo de ver, resulta de gran importancia, suscita concretamente en la potestad ejecutiva, pues el árbitro sólo tiene “potestad cautelar declarativa” y no- como tendría el juez- ejecutiva.

De esta forma, no podría haber arbitraje alguno si no existe acuerdo previo de las partes que, de forma unánime - o no- convienen someterse a este sistema “hetercompositivo”. De tal manera que, el aspecto primordial de esta institución no deja de ser su naturaleza convencional; las partes son libres de someterse a arbitraje o no, pactándolo de forma voluntaria, sustituyendo de alguna forma, la justicia pública por la “privada”⁷.

En *sensu* contrario, la posibilidad de poder acudir a la jurisdicción ordinaria dista de basarse en un posible acuerdo por las partes, pues será, ante todo, un derecho de los ciudadanos. La jurisdicción ordinaria, se fundamenta en la potestad jurisdiccional atribuida por la Constitución a los titulares de los órganos jurisdiccionales, estos son, los jueces y tribunales (art. 117 CE⁸) la jurisdicción englobaría todas las potestades;

⁷ ACINE, J-B., “*Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage comercial internacional*”, *Revue de l'arbitrage*, 2005, pág. 305.

⁸ *Art 117 Constitución Española.*

declarativa, ejecutiva, y cautelar.

Además, en el arbitraje, las partes dan al árbitro la potestad para resolver el conflicto no sin antes elaborar un *convenio arbitral*. Dicho convenio fija las condiciones, los términos y el ámbito para resolver el conflicto, y legitima al árbitro para que desempeñe su función declarativa que, como decíamos, en ningún caso será ejecutiva, pues para que ésta sea forzosa se deberá acudir a la jurisdicción (*ex Art 44 LA*⁹). Lo mismo ocurriría con la implantación o incorporación de las pertinentes medidas cautelares.

También, cabe destacar que en el arbitraje, una vez emitido el *laudo* que mencionábamos *supra*, es firme. Por el contrario, la jurisdicción común no es de única instancia, haciendo frente a lo que sería equivalente, esta es, la *sentencia definitiva*, en la que cabría interposición de los pertinentes recursos, ordinarios o extraordinarios. .

En cuanto a la aplicación normativa, el proceso jurisdiccional ordinario se suscita conforme a las normas procesales de naturaleza pública, previstas en la Ley, por lo que regirá, sin lugar a dudas, el principio de publicidad.

En cambio, en el proceso arbitral las partes pueden fijar libremente estas pautas con la única condición de que respeten los principios que establece la ley; igualdad, audiencia, y no contradicción (*ex Art. 24LA*¹⁰).

1. *“La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”.*

2. *Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley.*

3. *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 las mismas establezcan.*

4. *Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho.*

5. *El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución.*

6. *Se prohíben los Tribunales de excepción.*

⁹ Art 44 *Ley de Arbitraje*; “La ejecución forzosa de los laudos se regirá por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en este título”.

¹⁰ Artículo 24 *Ley de Arbitraje*; 1.” Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos”. 2. “Los árbitros, las partes y las instituciones

Por último, cabe apuntar que este procedimiento podrá ser puesto en práctica cuando la materia sobre la que versa el litigio es de libre disposición, a diferencia de la jurisdicción, que podrá resolver en ambos casos.

1.3 El Arbitraje Mercantil

1.3.1 El Arbitraje Comercial, delimitación conceptual

El Arbitraje Mercantil ha ido evolucionando a lo largo de la historia, si bien desde su comienzo no se contemplaba el arbitraje “Mercantil” como tal, sí se empleaba el término “comercial” que, en definitiva, podía adaptarse a tal fin pero que sin embargo, recogía diversas concepciones.

Si nos remontamos pues a 1923, observamos como el Protocolo de Ginebra sobre Cláusulas de Arbitraje obligaba a cada Estado contratante a reconocer la validez del acuerdo de arbitraje al respecto de controversias que pudieran surgir de un contrato “referente a cuestiones comerciales o cualquier otra cuestión que pueda ser resuelta por arbitraje”.

De este modo, apreciamos una diferencia nítida entre asuntos “comerciales” y otros de distinta naturaleza¹¹. Las cuestiones comerciales serán inevitablemente susceptibles de ser sometidas al arbitraje de acuerdo con la ley de un Estado, así como que el mismo permita- o prohíba- la resolución de controversias a través de dicha institución.

El Protocolo también añade otra distinción respecto a las cuestiones comerciales y “cualquier otra cuestión” refiriéndose, y cito; “ *Cada Estado contratante podrá restringir sus obligaciones a contratos considerados de índole comercial con arreglo a su derecho interno* ” ¹² que, indirectamente, nos invitaba a pensar que establecía cierta “reserva comercial” que a día de hoy, sí contempla la Convención de Nueva York¹³. De esta forma, el Estado contratante que adoptara esta “reserva comercial”, podrá dar

arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales”.

¹¹ REDFERN, A.-HUNTER,M.” Teoría y Prácticas del arbitraje...”en A.A. VV., Thomson Aranzadi, 4º Edición, Navarra (2006), pág 74-77. .

¹² *Protocolo de Ginebra sobre Cláusulas Arbitrales de 1923*, artículo 1.

¹³ Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, artículo 1.3

significado y determinar - *a priori*- qué se entendería por “comercial”.

Sin embargo, el concepto de “arbitraje comercial” pasó por largos periodos de dudas interpretativas que, de alguna forma, ralentizaron su consolidación. Así, destacamos, a título ilustrativo, un caso popular que tuvo lugar en India; El Alta Corte de Bombay suspendió un proceso, alegando al juez que el acuerdo causante de la controversia era de naturaleza comercial, pero no podía considerarse como tal puesto que la legislación India no lo permitía, y por tanto, se acogía, indirectamente, a la reserva del Convenio de forma restrictiva.

Así, el juez trató de resolver el asunto de la siguiente forma;

*“En mi opinión, a fin de invocar las disposiciones [de la Convención], no basta con determinar el carácter comercial del acuerdo. Debe asimismo establecerse que dicho acuerdo es comercial en virtud de una disposición legal o de un principio jurídico vigente en la India..”*¹⁴

A día de hoy, el criterio general que se utiliza en el ámbito internacional consiste en definir el concepto “comercial” es muy amplio, en el sentido de que éste pueda integrar cualquier tipo de operación en materia comercial o de negocios¹⁵.

Por último, una vez analizada de manera sintética, la evolución dicha rama concreta arbitral y, el fin de dejar una visión clara del término señalamos lo que establece *la Ley Modelo*¹⁶;

“Debe darse una interpretación amplia a la expresión “comercial” para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (“factoring”), arrendamiento de

¹⁴ Indian Organic Chemical LTD vs. Subsidiary I (EE.UU), Subsidiary 2 (EE.UU) and Chemtex Fibres inc.(Parent Company) (EEUU)(1979).

¹⁵ REDFERN,A.-HUNTER,M.,”Teoría y Práctica del arbitraje ...”op.cit pág 80-85.

¹⁶ ALONSO ROYANO, F. “Algunas consideraciones sobre el anteproyecto de ley concursal”, en *Diario La Ley*, tomo 4, 1984, disponible en: www.laleydigital.net

bienes de equipo con opción de compra (“leasing”), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera”¹⁷.

1.3.2 Distinción Arbitraje Mercantil y Arbitraje Mercantil Internacional

Partiendo de los principios y objetivos básicos de esta institución, consideramos importante señalar – al menos conceptualmente- el concepto de arbitraje internacional en cuanto tal. Por ello, acudimos a la Ley de Arbitraje que, en su exposición de motivos dispone:

“España se ha mostrado siempre sensible a los requerimientos de armonización del régimen jurídico del arbitraje, en particular el comercial internacional, para favorecer la difusión de su práctica y promover la unidad de criterios en su aplicación, en la convicción de que una mayor uniformidad en las leyes reguladoras del arbitraje ha de propiciar su mayor eficacia como medio de solución de controversias”.

También, cabe mencionar el Art 46¹⁸ LA que menciona la diferencia entre el arbitraje internacional como tal y el extranjero, siendo éste último celebrado fuera de territorio español, así como el que se aplica cuando concurre alguna de las siguientes circunstancias mencionada en el Art 3¹⁹ LA:

¹⁷ Artículo 1 (1), de *Ley Modelo* de la CNUDMI sobre *Arbitraje Comercial Internacional* (Aprobada el 21 de junio de 1985 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), que aclara que esta Ley se aplica al “arbitraje comercial internacional”.

¹⁸ Art 46 *Ley de Arbitraje*; 1. Se entiende por laudo extranjero el pronunciado fuera del territorio español”. 2. “El exequátur de laudos extranjeros se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 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”.

¹⁹ “El Convenio Arbitral”, en *El Nuevo Régimen de Arbitraje*, La Ley, pág. 45, Acceso en 08/04/2017

1. Que las partes tengan sus domicilios en diferentes Estados en el momento de celebrar el convenio arbitral.
2. Si tienen sus domicilios en en el mismo Estado, que éste sea distinto al Estado del lugar del arbitraje o al del cumplimiento de las obligaciones principales de la relación jurídica que suscita el conflicto
3. Que la controversia afecte a los intereses del comercio internacional. no siendo necesariamente internacional todo arbitraje desarrollado fuera de España.

Una vez mencionados estos presupuestos, cabe diferenciar el arbitraje internacional con el arbitraje doméstico, interno, nacional o local que, lógicamente, tendrá lugar en supuestos en los que no haya un elemento internacional.

De esta forma, cogemos como punto de partida el criterio objetivo que califica internacionalmente el arbitraje comprendiendo los intereses del comercio internacional (prescinde, como es lógico, de todo elemento nacional de las partes, tanto la nacionalidad de los árbitros como el lugar dónde se desarrolla el proceso), y un criterio subjetivo que sí tiene en cuenta la nacionalidad o el domicilio de las partes. Este último criterio tiene especial relevancia en sede de la Ley Modelo de CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, especialmente en su artículo 1.3 (hace referencia al “establecimiento” y no al domicilio de las partes).

1.4 Aspectos ventajosos de la institución, el Arbitraje Mercantil Interncional en la actualidad

Según se desprende en diversos textos legales doctrinas y documentos jurisprudenciales y en relación con los mismos, procederemos a establecer de forma sintética y esquemática las principales ventajas y desventajas de la institución arbitral que, a nuestro modo de ver, no distan de ser las que han logrado, en definitiva, un impulso de los medios heterocompositivos de resolución de conflictos.

Pues bien, en la actualidad, las relaciones comerciales entre empresarios, inversores y

<http://www.laley.es/mk/libroslegal/paginasdeElnuevoregimendelarbitraje.pd>

estados han ido incrementando debido a la expansión y globalización del mundo en el que nos encontramos y, por ello, será inevitable que estas relaciones se rompan. Para evitar dicha situación, las partes deberán escoger el mejor método para resolver cualquier controversia que pudiera surgir.

Así, la elección de escoger la institución arbitral como método de resolver dichos conflictos, viene siendo utilizada en muchos sectores industriales dónde el conocimiento de los árbitros sobre temas específicos es muy extenso. En los últimos 50 años, el arbitraje ha sido aceptado por la comunidad para resolver controversias tanto nacionales como transnacionales.

Antes de exponer las diversas ventajas que incitan a elegir este método, debemos tener en cuenta que, el hecho de que un aspecto específico del arbitraje resulte conveniente para una de las partes, dependerá de los objetivos de la misma y sus circunstancias, pues pueden devenir en inconvenientes según el caso concreto.

Dicho esto, nos atrevemos a realizar una clasificación de los aspectos más relevantes, comenzando- a nuestro modo de ver- por el más importante en la práctica; La autonomía de voluntad.

El arbitraje internacional pues, goza de autonomía desde dos visiones distintas: respecto al contrato principal (convención arbitral que explicaremos más adelante) y la autonomía del procedimiento (implica la no intervención de los tribunales estatales).

Incluimos también otras de las características que, como señalábamos, contribuyen, en cierta medida, al éxito del arbitraje mercantil en sede internacional;

- Laudo ejecutable: como hemos comentado supra, la posibilidad de reconocer y ejecutar los laudos arbitrales en distintas jurisdicciones es mucho mayor debido a la existencia de tratados internacionales que los reconocen. Las sentencias, en cambio, no pueden ser ejecutadas si no son reconocidas por la jurisdicción en la que se encuentre. Por ello, se opta por elegir la institución arbitral, sobre todo, en contratos internacionales. El convenio de mayor relevancia en este ámbito será el Convenio de Naciones Unidas en 1958 sobre el *Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*, comúnmente llamado el *Convenio de Nueva York*. En él, los países firmantes han acordado cumplir y reconocer los laudos arbitrales provenientes de otros estados firmantes (con ciertas limitaciones según el Estado

concreto).

- Neutralidad: Este aspecto también ha sido explicado de forma más laxa con anterioridad pero, resulta indispensable repetirlo, al ser uno de los más importantes en tanto a la toma de decisión. Pues bien, si bien una de las partes de un contrato internacional deseara evitar posibles controversias que sean resueltas por los tribunales de la otra parte, se usa el arbitraje, a través de la institución resolución del conflicto será neutral.
- Confidencialidad: El arbitraje concede una mayor intimidad y confidencialidad que el procedimiento judicial común que, siempre –o casi siempre- es público. Dentro del procedimiento, las partes podrán escoger (hasta el momento en el que el laudo se deba ejecutar por parte del tribunal judicial) su nivel o categoría de confidencialidad (en la respectiva cláusula arbitral).
- Conocimiento técnico de los árbitros y libre designación/elección de los mismos: Como comentábamos, las materias objeto de arbitraje se determinan sobre la base del criterio de libre disposición sin efectuar una relación exhaustiva. Por ello, la *arbitrabilidad* de una controversia puede depender o coincidir con la disponibilidad de su objeto por las partes de manera que, dicha voluntad se podrá integrar tanto por las decisiones que pueda adoptar la institución administradora, reglamento arbitral, el convenio arbitral o, por ejemplo, normas seleccionadas por los árbitros. De esta forma, las partes también gozarán de autonomía para designar u nombrar a los árbitros. Con la nueva normativa, no se impone requisito restrictivo alguno para ser árbitro. El nombramiento del mismo depende de la especial cualificación, es decir, el criterio se basa en el conocimiento y formación específico que ostente el árbitro.

Además de dejar más libertad a las partes, atendiendo a su determinada cualificación según la materia, también se reconoce expresamente a estos últimos la potestad de adoptar medidas cautelares sin necesidad de acudir a la justicia ordinaria.

Con la nueva legislación, pueden ser árbitros *“Las personas físicas en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, no así las jurídicas (v. gr. Corporación de Derecho público o asociaciones y entidades sin ánimo de lucro), art. 15. El número siempre será impar y de encomendarse a una corporación o asociación, el*

presidente se designa por su reglamento”.

La designación puede ser directa por las partes; el arbitraje institucional, en este caso el procedimiento se adoptará conforme al reglamento de la corporación o asociación o, por otro lado, designación de forma indirecta, que las partes elijan un tercero y éste es el que designa a los árbitros.

El arbitraje puede ser; “*de un sólo árbitro (lo nombrará el tribunal competente a instancia de cualquier parte); de tres árbitros (cada parte nombra uno y éstos el tercero, que será el presidente del colegio arbitral); y arbitraje de más de tres árbitros en que todos serán nombrados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.*

- Coste: A pesar de no poder decir a voz de pronto que la institución arbitral es más económica que un procedimiento judicial, sí tiene algunos aspectos que podrían condicionar la respuesta. En primer lugar, aunque en el arbitraje las partes deben remunerar a los árbitros y a la institución que administra el procedimiento así como recorrer con los gastos de alquiler del local para las vistas orales o audiencias; no se tendrán que pagar costas de los tribunales judiciales. Este hecho podría ser equivalente a un “procedimiento abreviado “internacionalmente llamado *fas track*.

También es adecuado señalar que las partes de un contrato internacional normalmente acuerdan la posibilidad de evadir la segunda instancia o apelación, de forma que los laudos solo serían revisados en circunstancias estrictamente delimitadas, ahorrándose pues posibles procedimientos posteriores (a diferencia de las sentencias en las que caben los pertinentes recursos).

Los tribunales internacionales dedicados al arbitraje suelen atribuir -al menos la gran parte- de los gastos a la parte ganadora.

Por último y, como veníamos diciendo anteriormente, es importante volver a señalar que todas estas ventajas expuestas en tanto a la aplicación de la institución arbitral, podrán devenir desventajas, pues no dejan de depender de las circunstancias y elementos del caso concreto. Es relevante tener esto en cuenta puesto que, la cláusula

de arbitraje- fuente del mandato de los árbitros- será redactada en concordancia a las mismas. Dichas circunstancias también serán importantes en sede internacional, puesto que los árbitros o tribunales arbitrales no tendrán ninguna potestad o “competencia inherente” (los nacionales sí la tienen), por lo que deberán tener especial cuidado a la hora de elaborar dicha cláusula²⁰.

1.5 El concurso de acreedores, conceptos básicos

El concurso de acreedores es el procedimiento legal surgido cuando una persona física o jurídica se encuentra en una situación de insolvencia que impide, en cierta manera, no poder llevar a cabo la totalidad de los pagos que adeuda. A través de la solicitud del concurso de acreedores, el asunto acaba en manos de un juez que puede llegar a paralizar ejecuciones de deuda o a rebajar y aplazar el pago de la deuda con el Juzgado Mercantil²¹.

En relación a los tipos de concurso que el deudor puede solicitar, encontramos una clasificación simple y concreta; el concurso podrá solicitarse de forma *voluntaria*: cuando la persona jurídica (en caso de que se trate de una sociedad) sea consciente de la posible y probable quiebra o, en su caso, situación de insolvencia, tiene la obligación de presentar la solicitud del concurso en un plazo máximo de dos meses. En caso de que se admita a trámite, el concurso voluntaria habrá iniciado. Por el contrario, si la persona jurídica decidiera no presentarlo, a sabiendas de lo anterior, podrá ser sancionado; el juez puede pensar que la quiebra fue provocada con fines ilícitos.

Abarcando ahora la segunda opción, esto es, la solicitud de concurso *obligatoria*, señalamos que nace a través de un requerimiento de un acreedor o de alguno de los socios de la empresa que, básicamente, se muestran disconforme. El juez tramitará la solicitud del concurso de acreedores y decidirá si lo aprueba o, por el contrario, suspende.

Una vez expuesto el concepto del concurso de acreedores y su clasificación, cabe subrayar brevemente las cuatro fases básicas del mismo;

²⁰ “La práctica del Arbitraje Internacional de Latham & Watkins”, en Guía del Arbitraje Internacional, pág 8-12, Acceso en 03/02/2017 en <https://www.lw.com/thoughtLeadership/2013-guide-to-international-arbitration-spanish-edition>.

1. Actos previos; implicando todas las acciones que deben llevarse a cabo antes de su admisión a trámite, empezando por el auto judicial que será de extraordinaria relevancia para el caso concreto. Es una fase generalmente amplia en la que se mezclan los diversos presupuestos de declaración de concurso así como los fundamentos del procedimiento.
2. Fase común; comprende desde el auto que admite a trámite hasta la entrega del informe concursal, se pretende, a toda costa, que el acreedor acabe cobrando su deuda.
3. Fase de resolución; encontramos dos resoluciones posibles, el convenio o la liquidación, siendo ésta última la menos deseable. En caso de que se opte por la primera pero sin embargo, se produzca un incumplimiento, automáticamente se procederá a tramitar la segunda.
4. Determinación de responsabilidad, que resulta la menos relevante en cuanto a nuestro análisis pero que, brevemente se podría decir que dependerá de la calidad del concurso como “ fortuito” o “grave” que determinará la presunción de culpabilidad, considerando también si en la insolvencia ha habido culpa del deudor o de cualquiera de sus representantes legales.

2. LEGISLACIÓN APLICABLE AL CASO

2.1 Contextualización

En primer lugar, es importante apuntar la relevancia de la legislación española a la que nos venimos refiriendo desde el principio, la Ley de arbitraje, que no solo ayuda y da cabida a la posibilidad de elección de resolución de conflictos mediante la misma, también permite combinar la institución arbitral con otras legislaciones que serán no sólo vinculantes, sino también necesarias para llegar al fondo del asunto y ofrecer una solución al caso -o controversia- concreta.

Llegados a este punto y, una vez asentado el concepto *de Arbitraje, Arbitraje Mercantil, su ámbito Internacional*, y el por qué las partes dan cabida a la misma (ventajas que suponen), llegamos a la *segunda parte* del presente trabajo.

La siguiente cuestión que abarca el trabajo, atiende a la utilización del arbitraje mercantil a la hora de resolver una controversia concreta; *El concurso de acreedores* que, si bien sostiene como base diversos aspectos procesalistas, sin duda pertenece al campo del Derecho Mercantil.

Por ello, con el fin de comprender ampliamente la intersección de éstas dos instituciones (de tan distinta naturaleza), y de hacer comprender cómo logran convivir entre sí, es preciso destacar su contenido desde una perspectiva esencialmente jurídica.

Así, a continuación aludimos a los diferentes textos normativos que vienen siendo utilizados a nivel nacional, dejando constancia del régimen jurídico y sistema normativo aplicable en sede de tramitación del concurso de acreedores.

2.2 La LEY 22/2003, DE 9 DE JULIO, CONCURSAL

2.2.1. *El art 52.1 de la Ley Concursal;*

Comenzaremos pues, exponiendo la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal, específicamente, los preceptos concretos que fija en relación al uso del arbitraje:

- *“Los convenios arbitrales en que sea parte el deudor sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales”*. Más adelante, comentaremos el precepto mencionado con detenimiento en especial la nueva redacción e interpretación que reforma la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de Arbitraje y regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.
- *“Los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración de concurso continúan hasta la firmeza del laudo, siendo de aplicación las normas contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo anterior”*.

2.2.2. *El artículo 53 de la Ley Concursal;*

- *“Laudos firmes dictados antes o después de la declaración de concurso vinculan al juez, éste el cual dará a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que*

corresponda”.

- *“Acción que asiste a la administración concursal para impugnar los convenios y procedimientos arbitrales en caso de fraude”.*

2.2.3. El Art 86.2 de la Ley Concursal que da carta blanca a los créditos;

- *“Se incluirán necesariamente en la lista de acreedores aquellos créditos que hayan sido reconocidos por laudo, aunque no fueran firmes. Los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los reconocidos por certificación administrativa, los asegurados con garantía real inscrita en registro público, y los créditos de los trabajadores cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso. No obstante, la administración concursal podrá impugnar en juicio ordinario y dentro del plazo para emitir su informe, los convenios o procedimientos arbitrales en caso de fraude, conforme a lo previsto en el artículo 53.2...”*

2.3. 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.

La Ley 11/2011, de 20 de mayo, reforma la ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado modifica el Art 52.1 de la Ley Concursal mencionado *supra*.

Dicha reforma se realiza con el objetivo que impulsa la UE, ésta no es otra que acomodarse a las soluciones comunitarias y suprimir algunas incongruencias entre los dos apartados del artículo 52.

Asimismo, altera el Art 8.4º de la Ley Concursal; *“Toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado excepto las que se adopten en los procesos que quedan excluidos de su jurisdicción en el párrafo 1.º de este precepto y, en su caso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52, las adoptadas por los árbitros en las actuaciones arbitrales, sin perjuicio de la competencia del juez para acordar la suspensión de las*

mismas, o solicitar su levantamiento, cuando considere que puedan suponer un perjuicio para la tramitación del concurso". El juez por tanto, podrá decidir sobre el patrimonio del concursado a través de la imposición de medidas cautelares.

Respecto a la reforma del artículo 52.1 a los referíamos anteriormente, es importante tener en cuenta los cambios sufridos con el fin de comprender de forma más amplia el objetivo que creemos, busca el legislador. Así, en su redacción original, dejaba sin valor y efectos a los convenios arbitrales durante la tramitación del concurso, y finalmente resulta en; *"La declaración de concurso, por sí sola, no afecta a los acuerdos sobre la mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado"*. Sin embargo, ésta no resulta la definitiva, pues se realiza una modificación con respecto a la palabra "acuerdo" que, a pesar de que lo explicaremos más adelante, será sustituida por la palabra "pacto" (dicho error fue impulsado por el Consejo General de Poder Judicial²²), propuesta por el Anteproyecto de la Ley de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, en concreto, la disposición quinta.

El segundo inciso del Art 52.1 de la Ley Concursal también fue reformado, y pasa a tener la siguiente redacción; *"Cuando el órgano jurisdiccional entendiera que dichos pactos o convenios pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso podrá acudir la suspensión de sus efectos, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales"*.

De esta forma, el Art 52.1 de la Ley Concursal hoy vigente, dispone, definitivamente, lo siguiente:

"La declaración de concurso, por sí sola, no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado. Cuando el órgano jurisdiccional entendiera que dichos pactos o convenios pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso podrá acordar la suspensión de sus efectos, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales".

²² Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley 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, de 19 de mayo de 2010.

3. EL CONVENIO ARBITRAL

En primer lugar y antes de analizar la declaración de concurso a través de un convenio arbitral (Art 52.1 LC) debemos aclarar el término de convenio arbitral y su alcance dentro de la propia institución arbitral que, nos permitirá, alcanzar una visión general y tener criterio respecto al Art 52 de la Ley Concursal.

3.1 Delimitación conceptual

El convenio arbitral es básico cuando se utiliza el arbitraje para la resolución de controversias pues le otorga, ciertamente, todo el contenido y funcionamiento que va a ser utilizado cuando se llegue a una resolución²³.

Como indica el Art 9 de la Ley 60/2003 de Arbitraje, el convenio arbitral es definido como un pacto entre las partes, en el que deciden someter a arbitraje todas o parte de las controversias que hayan surgido o puedan surgir en el futuro respecto de una determinada relación jurídica, contractual, o no contractual (en este caso el concurso). Este artículo que explica con detenimiento la forma y el contenido del convenio arbitral, tiene su precedente en la Ley 36/1998 de Arbitraje, ya derogada que también, imitaba el Art 7 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985^{24 25}.

En cuanto a la *Forma* del convenio arbitral, se podrá adoptar a través de una cláusula que forme parte del contrato o de un acuerdo separado, y siempre deberá constar por escrito. Además, deberá estar firmado por las partes, mediante intercambio de cartas, telefax, fax o cualquier otro medio siempre y cuando quede constancia de que hay acuerdo y sea posible volver a consultarlo cuando resulte oportuno.

²³ VERDERA SERVER, R.” Art 9; Forma y Contenido del convenio arbitral”, en BARONA VILAR S.(coord.)*Comentarios a la Ley de Arbitraje*(Ley 60/2003, de 23 de diciembre), Thomson Civitas, Madrid, 2017, pág-315-318.

²⁴ Art 9.1 LA: “El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”.

²⁵ Art 7 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985; ”Es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”.

Asimismo, la Ley de Arbitraje permite la llamada “cláusula arbitral por referencia”, siendo esta la que aparece en un documento aparte, es decir, no forma parte del contrato principal en sí, y es así como lo afirma en el Art 9.3 LA; “*se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se haya remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior*”. También el art 9.5 LA;” *se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte no negada por la otra*”.

Así, la voluntad de las partes sobre la existencia del convenio arbitral, resulta incluso más importante que los requisitos de forma, pues dependerá de ello su validez.

Por tanto, el convenio arbitral deberá contener por escrito y de forma nítida la voluntad de las partes de someterse a la decisiones del Tribunal arbitral, sin que la obligación de cumplir la decisión de los mismos sea algo que tenga que incluirse de forma expresa en el convenio (la decisión aparece de forma implícita en el propio concepto).

Respecto a la *eficacia* de los convenios arbitrales, la primera, la obligación de las partes a cumplir lo pactado²⁶, siendo la resolución del litigio, decisión arbitral. Y, por otro lado, la que “*impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria*”, Art 11 LA primer y segundo inciso, respectivamente.

Una vez llegados a este punto, procederemos a analizar la *naturaleza* del convenio arbitral que, si bien la doctrina se decanta por afirmar que estamos ante un contrato²⁷, existes diversas teorías al respecto. Sin embargo, dando por hecho que el convenio tenga, como decimos, naturaleza contractual, cabe apuntar lo dicho en Exposición de motivos III de la Ley de Arbitraje: “*El título II regula los requisitos y efectos del convenio arbitral, sin perjuicio de la aplicación de las normas generales sobre*

²⁶ VERDERA SERVER, R., “Art 11. Convenio Arbitral y demanda en cuanto al fondo ante un Tribunal” en BARONA VILAR (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Thomson Civitas, Madrid, 2017, págs. 448-449.

²⁷ LORCA NAVARRETE, A.M < Capítulo II > *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2004, pág. 69.

contratos en todo lo específicamente previsto en esta ley”²⁸.

Siguiendo la misma línea y con la finalidad de esclarecer todavía más el concepto, nos detenemos en la definición que ofrece el auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20º), de 8 de junio de 1999: “ *El convenio arbitral es un pacto de naturaleza contractual, bilateral, como regla general, y de contenido procesal, siendo su finalidad inmediata excluir de la jurisdicción ordinaria el conocimiento de una determinada controversia, y su finalidad mediata, obtener resolución de esa controversia, con los mismos efectos que una sentencia firme, esto es, cosa juzgada y ejecutoriedad*”.

Afirmamos pues que, la base del convenio y por ende, del arbitraje mercantil, es *el consentimiento*, pues no deja de ser un mero contrato pactado por las partes.

Este tipo de contratos poseen una especialidad que muchos autores denominan como “jurisdiccionales”²⁹. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, esto debe ser aclarado pues creemos que el uso de dicho adjetivo es equívoco; aunque el convenio pueda dar lugar a un procedimiento arbitral y éste finalmente acabe en un laudo arbitral (en virtud del Art 43 de la Ley de Arbitraje) produciéndose efecto de “*cosa juzgada*”, el árbitro no goza de potestad jurisdiccional ni ejerce esa función. Como veníamos diciendo en el apartado de “diferencias entre *el arbitraje y la jurisdicción ordinaria*”; son Jueces y Tribunales los únicos que pueden gozar de la misma.

La ley de arbitraje por tanto, exige el cumplimiento de los requisitos para la validez de un contrato (partiendo de la base que ostenta naturaleza contractual) que no son otros que; el consentimiento de las partes, un objeto cierto, y una causa. Dichos requisitos, en lenguaje “arbitral” podrían traducirse como; consentimiento de las partes a someterse a arbitraje, convenio arbitral con contenido válido, y por ultimo; la relación jurídica sobre la que versa el litigio, contractual o no contractual.

²⁸ La Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje se refiere al convenio arbitral como “ contrato de arbitraje”: “ Se produce, por tanto, una esuerte de integración del contenido del contrato de arbitraje o convenio arbitral, que, por mor de esta disposición, pasa a ser en tales casos un contrato normativo..”.

²⁹ CREMADES, B.M, “ El Arbitraje en la doctrina del Tribunal Constitucional” en CASA BAAMONDE, M.E., CRUZ VILLALÓN ,J y DURÁN LÓPEZ, F (coords), Las transformaciones del derechos de trabajo en el marco de la Constitución Español. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez- Piñero y Bravo- Ferrer, La Ley, Madrid 2017, págs 3-6. disponible en : www.laleydigital.net

3.2 Convenio Arbitral en sede concursal

Asentados la delimitación conceptual del convenio arbitral en general, procedemos a explicar su relevancia en particular; el convenio en la tramitación del concurso de acreedores.

En primer lugar, comentaremos– desde una perspectiva meramente legal y jurídica- el Art 5.2 de la Ley Concursal de 2013 que regula, específicamente, los efectos del convenio arbitral durante la tramitación de un concurso de acreedores (*vid Legislación aplicable al caso*). Pues bien, en su redacción original, esta es, la del 2003 ³⁰, el legislador optaba por escoger una perspectiva meramente procesalista pues eludía , nítidamente, la naturaleza contractual del convenio arbitral que veníamos comentado. Separaba, por completo, la regulación de los convenios arbitrales de la de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento ³¹ celebradas por el deudor, dándole una solución un poco más sustancial que la prevista para estos en el Art 61 de la Ley Concursal³².

Con el fin de explicar lo anterior, apuntamos que el Art 61.2 de la Ley Concursal dispone:

” La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como la otra parte”. Pues bien, a pesar de lo mencionado aquí, el Art 52.1 LC (una vez más, en su redacción originaria), por el contrario, sí dejaba sin valor y sin efectos al convenio arbitral durante la tramitación del concurso (Art 52.1 LC) , siendo esto, como vemos, una excepción a la regla general expuesta *supra*(61.2 LC) y por tanto, razón por la cual decimos que el legislador “separa” claramente ambas regulaciones.

Sin embargo, la redacción posterior de dicho artículo marca, sin lugar a dudas, un antes y un después. La reciente reforma de la Ley Concursal de 2003, llevada a cabo a lo

³⁰ PÉREZ BLANCO, G., *Efectos procesales de la declaración de concurso del consumo*, la vis atractiva concursal, Reus, Madrid, 2017, págs. 256 y 257.

³¹ NAVARRO MENDIZÁBAL, I.,A. “Derecho de obligaciones y contratos”, en *”los sujetos de la obligación, Obligaciones precarias, mancomunadas y solidarias..”* Thomson Civitas, Segunda Edición, Madrid, pág 53.

³² VERDERA Y TELLUELS, E., “ *Reflexiones preliminares sobre arbitraje en la Ley Concursal*”, en *Estudios de la Ley Concursal*, Vol 3, Marcial Pons, Madrid , 2005, pág. 3318.

largo de 2011 no reubica el Art 52.1 de la Ley Concursal pero sí modifica todo su contenido, aproximándolo, en cierta forma, a la regulación del Art 62.1 de la Ley Concursal que veníamos comentando. El mismo afirma “ *La declaración de concurso, por sí sola, no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado*³³”.

Como vemos, el nuevo legislador da un vuelco total al contenido del artículo, pues si bien antes de 2011 la declaración del concurso dejaba sin efectos cualquier convenio arbitral suscrito, después de la reforma, éste permanecería vigente.

Amén de lo anterior, y a pesar de que coincidan ambos artículos, debemos detenernos en el segundo inciso del Art 52.1 LC y en el segundo párrafo del Art 62.1 LC que, lejos de ser semejantes, establecen dos propósitos totalmente distintos;

“Cuando el órgano jurisdiccional entendiera que dichos pactos o convenios pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso podrá acordar la suspensión de sus efectos, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales” .

“La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso” .

Así, y tal y como apunta MARTÍN FLORA existe una falta de precisión del segundo párrafo del Art 52.1 LC. El mismo, deja en manos a los órganos no jurisdiccionales la decisión sobre si suspender o no los efectos del convenio arbitral, cuando entendiésemos que “*pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso*”, sin establecer y ni siquiera mencionar nada más sobre dicha facultad. De este modo, no sabemos si la facultad de oficio o por instancia de las partes, o si por el contrario, ambas pudieran ser admitidas.

³³ Mediación: A la hora de considerar el arbitraje como medio de resolución de conflictos alternativo, también debemos tener en cuenta que, a pesar de que en el presente trabajo apenas lo mencionemos, la mediación también queda disponible. La diferencia principal entre ambas instituciones radica en que, si bien en el arbitraje, como decíamos, sólo puede haber un resultado posible, un ganador (el árbitro se basa en los datos objetivos y en la norma para hallar una solución) en la mediación, en cambio, las partes se ponen en contacto a través de un tercero imparcial que les ayuda a definir el problema, es decir, intenta que las partes puedan llegar a un acuerdo que resulte recíprocamente satisfactorio.

Por el contrario, el Art 62.1 de la Ley Concursal resulta mucho más preciso, reconoce la legitimación para solicitar la resolución del contrato (si lo estimaran oportuno al interés del concurso) tanto a la administración concursal- en caso de suspensión- como al concursado-en caso de intervención- . En ambos casos, el Secretario Judicial mandará comparecer ante el juez al concursado, a la administración judicial, y a la otra parte del contrato, con el fin de explicar su posición que, en caso de que coincidiera con la resolución del contrato, podrá ser acordada por auto, mientras que si no fuera coincidente, la controversia deberá versar en concordancia con los trámites del incidente concursal.

Este cambio muestra, claramente, como el legislador concursal tiene en cuenta y considera la naturaleza contractual de los convenios arbitrales que veníamos comentando en el epígrafe anterior (*el convenio arbitral, delimitación conceptual*) , pues les otorga, de alguna forma, una regulación mas cercana a la que dotaba a los contratos en su redacción originaria (la del 2003).

3.3 Comienzo del procedimiento arbitral en sede concursal, Párrafo segundo Art. 52.1 LC,

Como veníamos comentando, el Art 52.1 LC en su primer párrafo, regula los efectos de la declaración del concurso sobre los convenios arbitrales, siendo el convenio arbitral, el punto álgido de la institución (sin el no existiría dicho procedimiento).

El mismo precepto, en su segundo párrafo, establece los efectos de la declaración del concurso no sólo sobre el convenio, sino también sobre el procedimiento arbitral. Centrándonos en este segundo párrafo y en el segundo supuesto, consideramos relevante esclarecer cuándo y cómo comienza dicho procedimiento.

Si bien la redacción del Art 22.1 de la Ley 36/1998, de 5 de diciembre, ya derogada, determinaba el comienzo del procedimiento arbitral en el momento en el que los árbitros hubiesen “ *notificado a las partes por escrito la aceptación del arbitraje*” ahora, con la reforma, el legislador opta por un cambio de criterio, y lo plasma en el Art 27 de la Ley de Arbitraje de 2003 (imitando el Art 21 de la Ley Modelo de la Comisión

de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil sobre arbitraje comercial internacional³⁴), por el cual, salvo que las partes acuerden otra cosa, se aseguraba como inicio del procedimiento *la fecha en que el demandado hubiese recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje*³⁵.

No obstante, el Art 27 de la Ley de Arbitraje en el que prima la autonomía de la voluntad de las partes, permite que éstas, tengan poder decisivo sobre el momento de inicio del arbitraje³⁶. Las partes podrán decidir sobre si aceptar el arbitraje institucional o, por el contrario, un reglamento arbitral³⁷.

Respecto al método que, una vez más, permite determinar de forma voluntaria la fecha de inicio del procedimiento del arbitraje, subrayamos la importancia que tiene la opinión de la Comisión de Naciones Unidas para el derecho Mercantil Internacional, pues piensa que la fecha en que se inicia el procedimiento es la solicitud de arbitraje se recibe por la institución arbitral, y es esta fecha la debería tenerse en cuenta³⁸. A título de ejemplo ilustrativo encontramos el Art 4.2 del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional³⁹, el Art 1.2 del Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres⁴⁰ o el Art 17 del

³⁴ Señalamos una diferencia: la rúbrica del Art 21 de la Ley Modelo de la CNUDMI alude a la “iniciación de las actuaciones arbitrales” mientras que nuestro Art 27 LA habla de “*inicio de arbitraje*”.

³⁵ Art 27 LA. Inicio del arbitraje “*Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje se considerará la de inicio del arbitraje*”.

³⁶ CORDON MORENO F., “Concurso y convenios arbitrales (a propósito de la pretendida reforma del Art 52.1 LC Armario de Derecho Concursal, núm 23,2011 págs.165 y 166.

³⁷ EPULGUES MORA,C. “Artículo 27..” cit., pág 968. También, CUCARELLA GALIANA,L.A “El procedimiento arbitral, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2004, pág. 153.

³⁸ UNICITRAL “*International Commercial Arbitration. Analytical Commentary on Draft Text on a Model Law of International Commercial Arbitration. Report of the Secretary-General “Doc. A/CN.9/264, de 25 de marzo de 1985” Commentary “pto.3 pág.49” As stated in the text, the parties may derogate from this provision and select a different point of time. To take an example which is not uncommon in institutional arbitration, they may agree, by reference to the institutional rules, that the relevant date is the one on which the request for arbitration is received by the arbitral institution*”.

³⁹ Art 4 de la Cámara de Comercio Internacional. *Demanda de Arbitraje*. “2. Para todos los efectos, la fecha de recepción de la demanda por la Secretaría será considerada como la fecha de inicio del proceso arbitral”. En inglés, mas adecuada y con más precisión :” *The date on which the request is received by the Secretariat shall, for all purposes, be deemed to be the date of the commencement of the arbitral proceedings*”.

⁴⁰ Art 1 *London Court of International Arbitration (LICIA) Arbitration Rules. The request for Arbitration.*”*Any party wishing to commence an arbitration under these rules, the claimant shall send to the Registrar of the LCIA Court, the registrar, a written request for arbitration, the Request, containing or accompanied by..*”

Reglamento de procedimiento de la Corte española de Arbitraje ⁴¹ .

En caso de que las partes no se pronuncian sobre el momento en que se entiende comenzado el procedimiento arbitral, la fecha relevante será en la que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje. Y es así como lo establece el Art 27.

Respecto a la recepción del requerimiento anterior, se considerará recibido el día en que haya sido entregado personalmente al destinatario o en que haya sido depositado en su domicilio /residencia habitual /establecimiento o dirección. También encontramos algunos modos alternativos mencionados en el Art 5 (LA); télex, fax, entre otros.

Sin embargo, el Art 27 LA no es preciso cuando habla de “el requerimiento de sometimiento a arbitraje” y la “demanda arbitral”, siendo ésta última de dudosa finalidad. Como apunta MARTÍN MORAL., dicha demanda correspondería al acto de postulación necesario para que el sujeto pasivo del procedimiento adquiriera la condición de “demandado”, a quien en el Art 27, actúa como receptor del requerimiento. Es muy importante tener en cuenta que “el requerimiento” sólo incorpora una declaración de voluntad (utilizar el arbitraje como resolución de conflicto) y no es vinculante realizar una determinada pretensión. En cambio, en la “demanda” sí sería vinculante, pues como indica el Art 29.1 de la LA, es necesario haya una pretensión o que de alguna forma, se expliquen con cierto detenimiento los hechos ocurridos en relación al conflicto que va a ser resuelto.

Una vez explicado y aclarado lo anterior, apuntamos que el Art 27 de la Ley de Arbitraje mezcla ambos conceptos, pues dispone que “el requerimiento se dirigirá al demandado” cuando en realidad, como bien indica MARTIN MORAL, M.F., el lugar de “ demandado” debería ser “ requerido”. Esta problemática también se muestra en la disposición transitoria única del la Ley de Arbitraje⁴² pues se expone creando dos momentos distintos, distinguiendo “requerimiento *de someter la controversia a*

⁴¹ Art 17.1 Reglamento de Procedimiento de la Corte Española de Arbitraje: El procedimiento arbitral se iniciará con la presentación por escrito ante la Corte de la solicitud de arbitraje, a la que se acompañará copia del justificante del ingreso de los derechos de admisión, debiendo la misma recoger, entre otras, las siguientes referencias...”.

⁴² Disposición transitoria única de la LA. *Régimen transitorio.*”1. en los casos en que con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley el demandado hubiere recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje o se hubiere iniciado el procedimiento arbitral, ésta regirá por lo dispuesto en la Ley 36/1998, de 5 de diciembre, de Arbitraje.

arbitraje” y al “*inicio del procedimiento arbitral*” cuando en realidad, claramente se refiere al mismo.

Todo esto nos hace pensar que si bien el inicio del procedimiento arbitral se basa en el requerimiento, deberíamos esperar a la presentación de la demanda para hablar de inicio real de procedimiento arbitral.

A modo de conclusión y en relación con el objeto que nos ocupa, la Ley de Arbitraje no resulta nada precisa en cuanto a la determinación del primer párrafo del Art 52 de la Ley Concursal- efectos de la declaración de concurso sobre los convenios arbitrales- y el segundo párrafo del mismo-sobre los efectos de la declaración de concurso sobre los procedimientos arbitrales-⁴³. Así, el hecho de que las partes sean libres para decidir sobre el inicio del procedimiento arbitral, más la regla supletoria, que permite, a falta de acuerdo entre las partes, iniciar el arbitraje el día de la *recepción del requerimiento por el demandado*, produce diversas desventajas en cuanto al arbitraje para la declaración de concurso;

1. Se producen más actuaciones que entorpecen el procedimiento concursal
2. Disminuye las decisiones de someter cuestiones concursales a favor del arbitraje
3. El juez tendría una dificultad tremenda a la hora de establecer los criterios legales para determinar el inicio del procedimiento en caso de que el deudor concursado hubiera pactado varios convenios arbitrales o se encontrara en distintos procedimientos arbitrales de forma simultánea.

4. INICIO DE LA TRAMITACIÓN DEL CONCURSO

4.1 El auto de declaración del concurso de acreedores

El auto de declaración de concurso da lugar al comienzo del concurso de acreedores, esto es, el conjunto de actuaciones que despliegan, automáticamente, todos

⁴³ GÓMEZ JENE,M. “Concurso y arbitraje internacional” Cuadernos de Derecho Transnacional, vol.2, 2010,págs. 4 y 7, disponible en www.uc3m.es/cdt.

sus efectos (art 21.1 de la Ley Concursal⁴⁴).

Sin embargo, no debemos olvidar que el *dies a quo* del procedimiento concursal comienza en la fecha en la que se admite la solicitud o demanda concursal (por parte de los acreedores)⁴⁵, así, como establece PÉREZ DEL BLANCO “ *El proceso concursal es tramitado a partir de la solicitud de declaración de concurso, que podríamos denominar como demanda de concurso o demanda concursal y que en la Ley Concursal se regula o prevé en los arts. 6 y 7 LC, distinguiendo dos tipos de solicitud o de demanda concursal: solicitud del deudor y solicitud de los acreedores y el resto de legitimados*” .

La Audiencia Provincial (Sección 28ª) con el Auto 230/2007, de 25 de octubre de 2007, manifiesta a tales efectos que no resulta relevante la fecha de la presentación de la solicitud del concurso, más bien la de *declaración* como , pues es la declaración y no la solicitud la que despliega efectos concursales, prueba de ello son los diversos artículos de la Ley Concursal que así lo establecen; Arts. 21.2, 49,51,53,55,56,58,59,60,61, entre otros.

En cambio, si hacemos un análisis paralelo a lo que se haría en caso de ir por la vía judicial, el Art 410 de LEC⁴⁶ - perspectiva más procesalista- dispone que la litispendencia se inicie desde la interposición de la demanda una vez admitida. El art 52.1 LC no menciona nada acerca de cuándo se inicia el concurso en sede arbitral, por lo que identificamos, una vez más, otra falta de precisión de la Ley que nos ocupa.

Respecto a lo anterior, pensamos que, sería más justo que el inicio del procedimiento concursal se hiciera efectivo cuando los interesados supieran y fueran conscientes de que existe y, efectivamente, ha haya producido tal auto. Sin embargo, podríamos decir que la única forma de asegurarnos de que tal conocimiento ha sido alcanzado, sería a través de la comunicación individualizada o publicidad registral;

⁴⁴ El Art 12.1 de la Ley Concursal señala que “ el auto producirá sus efectos de inmediato” de forma que su eficacia comienza el día en que se dicta, sin que haya argumento alguno para diferir sus efectos al día siguiente.

⁴⁵ GIMENO SENDRA, V., “Lección 28. Arbitraje”, en GIMENO SENDRA., V., *Derecho Procesal Civil. II Los Procesos Especiales*, 4º Edición, Colex, Madrid, 2012. Pág 698 y 699.

⁴⁶ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Una nueva propuesta de la Ley Concursal” en *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 237, 1996, pág 45. Elogia a ROJO, señalando que “ uno de los indudables méritos de su propuesta fue la de haber sabido conciliar los logros del texto prelegislativo de 1983 con los más modernos concepciones acerca de lo que sabe ser la legislación concursal”.

1. La administración concursal, comunicación a cada uno de los acreedores (Art 21.4 LC)
2. A través de la publicación de la declaración de concurso (Art 23 y 23 LC)

Sin embargo, MARTÍN MORAL, M.,⁴⁷ considera, en relación a este hipotético caso argumentativo (cuando los demás se den por “enterados” como fecha de inicio) que no es en ningún caso admisible, puesto que cuando el objeto del procedimiento concursal pretenda resolverse través del arbitraje -y éste se articule a través de un convenio-, no sería adecuado retrotraer la ineficacia o eficacia de los convenios arbitrales a una fecha que podría variar dependiendo del destinatario ; nos arriesgaríamos a que las comunicaciones se produjeran en días diferentes, por ejemplo. Más coherente sería fijar la fecha en virtud de la publicación.

Sin embargo, dejando un lado las posibles soluciones que podríamos pensar al respecto, la Ley determina, expresamente, que el inicio del procedimiento concursal se inicia con el auto de declaración de concurso, y será este – y no otro- el único requisito constitutivo dispensable. Y es así como lo subraya URÍA MENÉNDEZ; “*La declaración judicial de concurso tiene lugar en forma de auto. Se trata de una resolución de carácter constitutivo con eficacia erga omnes que produce apertura del procedimiento concursal, con los muy importante efectos sustantivos y procesales que esa declaración comporta*”

Tenemos claro pues, que es el auto de declaración el que da comienzo al procedimiento concursal, y nos atrevemos a decir también que será éste el que se tenga en cuenta cuando dicho procedimiento gire en torno al arbitraje, a pesar de que no lo dispone expresamente, como ya advertíamos anteriormente.

4.2 El final de la tramitación del concurso de acreedores

Una vez expuestos los requisitos constitutivos que dan lugar al inicio del

⁴⁷ MARTÍN MORAL, M. El Concurso de Acreedores y el Arbitraje, “ *El inicio de los Procedimientos Arbitrales*” en La Ley, Wolters Kluwer, 2004. Pág 46.

procedimiento concursal y haber especificado el mismo en sede arbitral, es preciso determinar- del mismo modo- qué requisitos resultan indispensables para poder poner fin al mismo. Así, el Art 176 de la Ley de Concurso, reformado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, dispone diversas causas que implican el fin del concurso.

Dichas causas pueden ser resumidas del siguiente modo;

1. Causas de terminación relacionadas con la inexistencia del presupuesto para la declaración del concurso
2. Causas normales de terminación

La primera que vemos enumerada *supra* puede producirse en cualquier punto o estado del procedimiento; se compruebe que ha sido realizado el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos, se haya producido la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio o no haya en el momento ninguna situación de insolvencia⁴⁸.

La conclusión del procedimiento se acordará por auto con previo informe de la administración concursal, que se pondrá de manifiesto por 15 días a todas las partes personadas, Art 176.2. LC⁴⁹.

La segunda, podría desglosarse en dos partes.

1. La *firmeza del auto que declare el cumplimiento del convenio* y, en su caso, caducadas o rechazadas por sentencia firme las acciones de declaración de incumplimiento (Art 176.1.2ºLC relacionado con el Art 140 LC.) En estas situaciones, el juez dictará auto de conclusión del concurso cuya publicidad radica en los Art 23 y 24 de la misma Ley.

⁴⁸ Art 140.1 LC: “Cualquier acreedor que estime incumplido el convenio en lo que afecte podrá solicitar al juez de declaración de incumplimiento. La acción podrá ejercitarse desde que se produzca el incumplimiento y caducará a los dos meses contados desde la publicación del auto de cumplimiento al que se refiera el artículo anterior”.

⁴⁹ SENNET MARTÍNEZ, S., “La reforma de la Ley...” *cit*: “La conclusión del concurso por finalización de la fase de liquidación, no se regulaba expresamente en la redacción originaria de la Ley Concursal. La conclusión por esta causa debía reconducirse en la prevista en el nº 3 del art 176, es decir, cuando como consecuencia de la liquidación se haya pagado a todos los acreedores”.

2. La firmeza del auto que declare finalizada la fase de liquidación, Art 176.1.2º LC. Cuando se termina ya la liquidación de los bienes y derechos y la tramitación de la sección de calificación, la administración concursal deberá presentar ante el juez del concurso un informe final que justifique las operaciones realizadas (rendición de cuentas⁵⁰ inclusive), Art 152. LC.

5. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO SOBRE LOS CONVENIOS ARBITRALES

5.1 Situaciones susceptibles Art 52.1 LC

A continuación llevaremos a cabo un análisis exhaustivo del Art 52.1 de la Ley Concursal en relación con la Ley 11/2011, de 20 de mayo, que reformaba la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de arbitraje. Sin embargo, consideramos relevante enumerar primero y de forma esquemática, las posibles situaciones en las que los interesados deberán -y podrán - aplicar el Art 52.1 LC.

Así, el Art 52.1 será susceptible de aplicación cuando;

1. Exista un convenio arbitral, esto es, que concurren los requisitos para la validez de los contratos del Art 1261 del Código Civil ⁵¹y también los requisitos del Art 9 de la Ley de Arbitraje.
2. Una vez realizado el apartado 1), es decir, una vez tenemos el convenio arbitral, será necesario que se declare el concurso de una de las partes. Siempre, por supuesto, teniendo en cuenta el *auto* de declaración de concurso como requisito constitutivo para el inicio de dicho procedimiento.
3. Que en la fecha de auto de declaración de concurso anterior no se haya iniciado el procedimiento arbitral, en los términos del Art 27 de la Ley de Arbitraje. Si recordamos, la fecha de inicio del procedimiento arbitral es muy relevante, pues nos facilita la información necesaria para poder de determinar si debemos

⁵⁰Rendición de cuentas: Informar, explicar y justificar sus actuaciones, y que la parte a la que se lo estén solicitando tenga el derecho y mecanismos necesarios para su toma de decisión.

⁵¹Art 1261 CC: "No hay contrato si no concurren los requisitos siguientes. 1. Consentimiento de los contratantes. 2. Objeto cierto que sea materia del contrato. 3. Causa de la obligación que se establezca".

aplicar el primer párrafo o segundo del Art 52 de la Ley Concursal. Una vez iniciado el procedimiento arbitral, el artículo 52 deberá continuar hasta que se dicte un *laudo*.

En cuanto al fin o terminación del concurso en sede arbitral, cualquier concurrencia de alguna de las causas del Artículo Art 176 de la Ley Concursal (requisitos que ponen fin al procedimiento) implicará, evidentemente, el fin de la aplicación del artículo 52.1.

Como indicábamos en el epígrafe anterior, será con el *auto* de terminación de concurso con el que pondremos fin al procedimiento concursal.

A este respecto, y una ve expuestos todos los requisitos indispensables para poder considerar una efectiva aplicación del Art 52.1 LC, consideramos conveniente aclarar un supuesto;

Como decíamos, es el *auto* de declaración del concurso el que produce todos los efectos sobre los convenios arbitrales que apunta el Art 52.1 de la Ley Concursal. Sin embargo, podría ocurrir que dicho *auto* de declaración de concurso fuese recurrido en *apelación* y que, la parte que recurre obtuviera una victoria y dicho recurso fuera admitido. En ese caso, el concurso habrá terminado cuando el auto que se ha recurrido fuera firme. En resultado de esto apuntamos la opinión de ROSENDE VILLAR que suscita que en este caso, el concurso de acreedores nunca habría existido, lo único sería los efectos producidos que deberán deshacerse⁵².

En esta línea, y a pesar de posicionarnos en la no existencia del concurso de acreedores cuando el auto revocado adquiere firmeza, sí deberíamos admitir que ha desplegado algunos efectos relevantes y que éstos deberán desaparecer ya que, durante el tiempo de resolución del recurso de apelación, los convenios arbitrales latentes podrían haberse chocado, o podrían estar afectados por la aplicación del Art 52.1 de la Ley Concursal. Cosa distinta sería, a título de ejemplo, que el juez del concurso acuerde el efecto suspensivo del recurso de apelación⁵³, que suspendería

⁵² ROSENDE VILLAR, C. “ Artículo 176. *Causas de conclusión del concurso*, CORDÓN MERINO, F.(dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, 2º ed, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) , 2010 , págs.672 y 673.

⁵³ El recurso de apelación no tendrá efectos suspensivos, salvo que el juez así los acuerde, Art 20.2 LC; “Contra el pronunciamiento del auto sobre la estimación o desestimación de la solicitud de concurso cabrá, en todo caso, recurso de apelación, que no tendrá efecto suspensivo salvo que, excepcionalmente,

los efectos y ejecución de la resolución y por tanto, de ninguna manera podrían haberse visto afectados por el artículo mencionado.

5.2 Los efectos de la declaración de concurso sobre los convenios arbitrales, situación posterior, la Ley 11/2011, de 20 de mayo, que reforma la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado

El principal objetivo que persigue el presente apartado es comprender la evolución de los diversos artículos reformados de la Ley Concursal, para ello explicaremos cada uno de ellos con detenimiento y la finalidad que persigue el legislador. Así, cubriremos como aquel pretende dotar una mayor seguridad jurídica, eficacia y uso a los procedimientos arbitrales en sede concursal.

Así, la citada Ley reforma de manera muy agresiva el Art 52.1 de la Ley Concursal que- cómo comentábamos con anterioridad- persigue lograr una mayor adaptación a las soluciones propuestas por la UE y eliminar las posibles incongruencias entre los diversos párrafos del mismo que se nos presentan.

Además, también realiza una reforma del Artículo 8.4 de la Ley Concursal que gravita entorno al concurso-arbitraje y que establece las medidas necesarias en tanto a la competencia del juez, implantando, por supuesto, la medida cautelares que afecten al patrimonio del concursado. Este artículo resultará muy relevante cuando analicemos la declaración de un procedimiento arbitral que ya se haya iniciado

Señalar también el Anteproyecto de la Ley de reforma de la la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la AGE, específicamente, la disposición quinta que desplegaba la siguiente redacción del Artículo 52.1 de la Ley Concursal: *“La declaración de concurso, por sí sola, no afecta a los acuerdos sobre la mediación⁵⁴ ni los convenios arbitrales suscritos por el*

el juez acuerde lo contrario; en tal caso habrá de pronunciarse sobre el mantenimiento, total o parcial, de las medidas cautelares que se hubiesen adoptado. Si se trata de recurrir únicamente alguno de los demás pronunciamientos contenidos en el auto de declaración del concurso, las partes podrán oponerse a las concretas medidas adoptadas mediante recurso de reposición..”

⁵⁴ SOLETO MUÑOZ, La mediación en el ámbito laboral, en Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente, Tecnos, 2007, pág 5.

concurado”. Deduciendo que, éste texto prelegislativo buscaba llevar a cabo dos objetivos principales:

1. Modificar el tratamiento de los efectos de la declaración del concurso sobre los convenios arbitrales: Pasamos de la regla general de ineficacia durante la tramitación del concurso que desplegaba la Ley antes de la reforma, a una situación totalmente contraria; la eficacia plena de los mismos.
2. Ampliar el ámbito de aplicación del artículo, englobando tanto los convenios arbitrales, como los “acuerdos de mediación “de los que habla el artículo y, obsequiándoles a ambos el mismo tratamiento.

Esta propuesta legislativa, sin embargo, atravesó por diversas discrepancias en cuanto a su redacción, en concreto, cuando alude al “acuerdo de mediación”. Pues bien, el problema suscita entorno a la palabra utilizada por el legislador en la última parte- “acuerdo”- que, en cierta medida, nos invita a pensar que se refiere al resultado de la mediación asimilable al *laudo*, y no a un convenio arbitral en sentido estricto, que es el que nos interesaría pues la pretensión del legislador no es otra que otorgar un mismo tratamiento a la mediación y al arbitraje.

Por ello, y sin pretender pecar de pretenciosos, creemos que la palabra adecuada en este caso sería “ pacto” y no “ acuerdo” y es así como, efectivamente, acaba por reformarse el artículo:

“La declaración de concurso, por sí sola, no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado”.

Volviendo al análisis anterior, y tras la diversa polémica que suscitó la redacción de estos artículos por parte de los distintos Grupos Parlamentarios , fue la enmienda número 65 que propone en su momento el Grupo Parlamentario Socialista ⁵⁵ la que finalmente se aprueba y sale a la luz, de forma que el Art 52.1 Ley Concursal ;

“La declaración de concurso, por sí sola, no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado. Cuando el órgano jurisdiccional

⁵⁵ A pesar de que se presentó enmienda al respecto, en el Diario de sesiones como el señor FERRER ROSELLÓ, del Grupo Parlamentario Popular, dice estar conforme con los ajustes realizados, “ la incidencia de los arbitrajes en todos los procesos concursales” Vid. Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso. 27 de febrero de 2011, núm 710.

entendiera que dichos pactos o convenios pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso podrá acordar la suspensión de sus efectos, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los Tratados internacionales”.

Si nos fijamos, contemplamos como dicha redacción reformada del Artículo 52.1 de la Ley Concursal se acerca al Art 61.2 que, como decíamos, regula los efectos del concurso sobre los contratos de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento – *vid* apartado sobre la naturaleza del convenio arbitral pág.

A pesar de la solución que nos da el legislador respecto a dicha figura civil, no es éste su objetivo puesto que asegura, una vez más, que la reforma se produce para asegurar la adaptación a las soluciones de la UE en este campo y la eliminación de la incongruencia existente entre los dos párrafos del Artículo 52 Ley Concursal.⁵⁶

En relación a uno de los dos objetivos pretendidos por el legislador, el de asegurar una adaptación a las soluciones de la UE, consideramos relevante exponer las posiciones que por el contrario, han adoptado nuestros países vecinos.

La *Ley portuguesa*, por ejemplo, sigue apostando por la ineficacia total de los convenios arbitrales durante la tramitación del concurso en su Art 87.1 CIRE. La *legislación inglesa* que regula este cambio, *Insolvency Act*, así como la *italiana*, Art 83 bis *Legge Fallimentare*, pretenden regular de forma exclusiva los efectos que tiene el inicio del concurso sobre las cláusulas arbitrales ya incorporadas a un contrato, entendiendo que éstas recibirán el mismo trato que el contrato, y será el juez el que decida sobre la eficacia.

Respecto al segundo de los objetivos, el de lograr la eliminación de incongruencia entre los dos párrafos del Art 52.1 Ley Concursal, nos referimos a los efectos que acaban plasmándose en el arbitraje dependiendo de un criterio temporal; el arbitraje iniciado antes o después de la declaración del concurso⁵⁷.

⁵⁶ Prólogo IV de 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 que señala: “ la nueva redacción se adapta a las soluciones comunitarias en la materia y elimina la incongruencia existente hasta la fecha entre los apartados del artículo 52”.

⁵⁷ HEREDIA CERVANTES, I. “ Tratamiento Concursal...”, *cit.* Pág 34. En el que afirma que “Es difícil entender el motivo de una diferencia de trato tan radical en atención al mero hecho de que el convenio arbitral haya o no dado origen a un procedimiento arbitral antes de la declaración de apertura”.

Así, nos centramos en la posible semejanza en el tratamiento de los procedimientos declarativos y los procedimientos arbitrales ya iniciados; el juez conocedor será el mismo que conocía dichos procedimientos: ” *Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia*”, primer párrafo Art 51.1 LC. Sin embargo, en caso de que el procedimiento surja una vez el concurso esté en tramitación, será el juez concursal el competente y en ningún caso el árbitro o tribunal arbitral, Artículo 50.1 LC.

Sin embargo, tras la reforma, el legislador rompe con la similitud de ambos procedimientos (les da el mismo tratamiento en cuando al juez conocedor) y opta por mantener lo que ocurría ya con los procedimientos declarativos pero modifica los arbitrales; en el caso de que durante la tramitación del concurso- y no antes- surjan procedimientos nuevos de índole arbitral, no será el juez concursal el competente, sino el árbitro o tribunal arbitral. Por ello, como decimos, el juez concursal no podrá conocer los futuros procedimientos arbitrales pero sí los futuros procedimientos judiciales. Teniendo en cuenta la posible excepción que surge con la aplicación del Artículo 52.1 Ley Concursal que tanto venimos comentando; el juez concursal sí tendrá control sobre una parte del procedimiento arbitral (que pudiera plantearse tras el auto de declaración del concurso)puesto que podrá suspender la eficacia de los convenios arbitrales cuando considerara que con existencia y eficacia de los mismos, la tramitación del concurso se ve afectada negativamente y que en definitiva, le es perjudicial.

Por último apuntar un aspecto relevante en cuanto a la retroactividad de los convenios con la reforma y es que, el Art 52.1 de la Ley Concursal que entra en vigor en junio de 2011, será aplicable a todos los procedimientos concursados declarados desde esta fecha, sin ser retroactivo. Es decir, esta norma no será susceptible de aplicación a los convenios arbitrales cuyos efectos ya se hayan producido a causa de la declaración un concurso de acreedores (anterior a la fecha de la reforma). A título de ejemplo: un convenio arbitral cuyo efecto se haya producido tras la declaración de un concurso que tuvo lugar en 2005; en ningún caso podrán recuperar su vigencia con la entrada en vigor de la reforma.

5.3 Eficacia del convenio arbitral durante la tramitación del concurso

Cuando explicábamos la regulación concursal ya derogada, la actual y las diversas excepciones previstas en el mismo artículo, no apuntábamos que se aplicaban a toda la institución arbitral, es decir, su ámbito de aplicación puede extenderse tanto al arbitraje general como a los diversos arbitrajes especiales (salvo que tuvieran una regulación determinada para el caso) a título de ejemplo de arbitraje especial tendríamos los convenios arbitrales de consumo, regulados en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Como decíamos, la regla general sobre la los convenios arbitrales en sede de declaración de concurso no afecta, por sí sola, “a los convenios arbitrales suscritos por el concursado”. Esto significa que, todos los convenios arbitrales que hayan sido anotados por el deudor concursado que estuvieren vigentes durante el concurso, serán eficaces durante la tramitación del concurso de acreedores. También permitirá la eficacia de procedimientos arbitrales posteriores.

En cuanto a las normas aplicables a éstos procedimientos arbitrales en curso una vez tramitado el concurso, coincidirán con las normas que se aplicaban al procedimiento arbitral antes de que la tramitación del concurso hubiera comenzado (aunque no haya una remisión en el Art 52.1 LC a los apartados 2 y 3 del Art 51), siempre diferenciando, por supuesto, lo *suspendido* y lo simplemente *intervenido*.

Si el deudor, como decíamos, se encuentra simplemente en situación de *intervención* podrá, sin perjuicio de que necesite los requisitos del art 51.3 LC ⁵⁸ (cuando se encuentre en una situación complicada cuyas consecuencias puedan dañar su patrimonio), actuar de forma independiente durante y mediante el procedimiento arbitral.

Por el contrario, si el deudor se encontrara en situación de *suspensión*, la Administración concursal y no otra, deberá dar el visto bueno a través de una simple autorización.

Dicho esto, pasamos a analizar *in extenso* la legitimación del deudor concursado para iniciar un procedimiento arbitral durante la tramitación de un concurso:

El Art 52.1 de Ley Concursal que tanto hemos analizado y considerado para poder llevar a cabo esta investigación, no se manifiesta, de ninguna forma, respecto a la legitimación del deudor concursado para iniciar un procedimiento arbitral. Por el contrario, sí contempla esta posibilidad en el Art 54 Ley Concursal, bajo el nombre de “*ejercicio de acciones del concursado*”.

No obstante, si observamos con detenimiento, dicho artículo no fue reformado tras la aceptación del inicio de los procedimientos arbitrales durante la tramitación del concurso que contempla el Art 52 Ley Concursal y, por tanto, tampoco lo fue la distinción a este respecto en caso de deudor suspendido o intervenido. Por ello;

1. Si el deudor se encontrara en situación de *suspensión* será la administración concursal la que ostente dicha legitimación⁵⁹ para ejercer acciones de naturaleza no personal (Art 54.1 LC) y citando a RIBELLES ARELLANO⁶⁰ “*La legitimación de la administración concursal es un supuesto de legitimación por sustitución, en la que el sustituto- la administración concursal- ejerce un derecho que no le pertenece. En todo caso, a diferencia de otros supuestos de legitimación por sustitución, como la acción subrogatoria del Art 111 del CC, la administración concursal no actúa en interés propio sino en defensa de la masa. Por ello debe descartarse rotundamente que la administración concursal comparezca en los procedimientos en representación del concursado*”.
2. Si el deudor se encontrara en situación de *intervención*, por su parte, podrá interponer una demanda. Más, en caso contrario, si el deudor se niega interponer dicha demanda pero sin embargo, resulta conveniente para los intereses del

⁵⁹ CORDÓN MOREN,F., “Artículo 54. Ejercicio de acciones del concursado en CORDÓN MORENO, F., *Comentarios a la Ley Concursal*, 2ªed., Aranzadi, Cizur Menor(Navarra), 2010, pág 627: “*la administración concursal no ostenta la cualidad de sustituto procesal en sentido estricto, sino que más bien asume la representación procesal de la masa de bienes de consumo, que es la que en realidad sustituye al deudor y tiene interés propio en el litigio. Y a diferencia de lo que ocurre en otros supuestos de sustitución procesal, un acción subrogatoria por ejemplo, se produce una verdadera subrogación en el derecho u obligación ejercitados, aunque el derecho continúa perteneciendo al deudor, lo efectos del acto de ejercicio no ingresan en su patrimonio a diferencia de lo que ocurre en la acción subrogatoria, sino en el de la masa.*”

⁶⁰ RIBELLES ARELLANO, J.M., “Art.54. *Ejercicio de acciones del concursado*”, en FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A(Coord), *Derecho concursal práctico*, Iurigum, Madrid, 2004, pág 292.

concurso, el juez del mismo podrá autorizar a la administración concursal para que lleve a cabo la demanda oportuna (Art 54.2 LC)⁶¹.

Consideramos, francamente, que carecería de sentido alguno dotar al deudor concursado la potestad de iniciar el procedimiento arbitral sin antes pasar por la supervisión de la administración concursal, pues lo mismo ocurre y así se hace con las demás acciones.

En comparación a lo anterior, la legislación pertinente francesa que regula materias de esta índole, esto es, el *Code de Commerce* así como su doctrina y jurisprudencia⁶² se decantan por asentir que la eficacia del convenio arbitral queda intacta durante la tramitación del concurso. Sin embargo, como en todo, encontramos algunas excepciones; los procedimientos arbitrales que se inicien tras la apertura del procedimiento concursal, serán suspendidos de inmediato cuando dicha demanda la haya interpuesto alguno de los acreedores cuyo crédito no esté mencionado en el punto primero del Art L.622-17; cuando el objetivo sea castigar al deudor al pago de una cantidad de dinero⁶³.

Respecto a la jurisprudencia, un ejemplo ilustrativo sería sin duda alguna, la Sentencia 874 de la *Cour de Cassation* de 2 de junio de 2004⁶⁴. Esta sentencia contempla, acogándose al principio de orden público de interrupción de la acciones individuales, la prohibición absoluta de comenzar un procedimiento arbitral a través del nombramiento de un árbitro por parte del acreedor (sí en caso de que su crédito fuera contraído antes del comienzo del procedimiento). Sin embargo, sí existe una vía para poder llevar a cabo de forma efectiva esta posibilidad; acudir al procedimiento de verificación de créditos.

Como vemos, a diferencia de nuestro Art 52.1 de la Ley Concursal que como comentábamos, remite al juez la decisión de determinación de eficacia (es decir,

⁶¹ Art 54.2 LC “ *En el caso de intervención, el deudor podrá conservar la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio. Si la administración concursal estimara conveniente a los intereses del concurso la interposición de una demanda y el deudor se negara a formularla, el juez del concurso podrá autorizar a aquélla para interponerla*”.

⁶³ Art L.622-17 *Code de Commerce*: “I.- Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période, sont payées à leur échéance”.

⁶⁴ Consúltese el Capítulo 3 del presente trabajo “ *Inicio de procedimiento arbitral en sede concursal*”.

nuestro juez puede elegir volver a la regla de ineficacia de 2003), la legislación francesa (exceptuando los casos concretos ya expuestos) se decanta por defender e implantar el arbitraje como vía extrajudicial de resolución de conflictos, incluyendo entre otros, el concurso de acreedores.

5.4 Suspensión de los efectos de los convenios arbitrales durante la tramitación de concurso, excepción a la regla general:

Al tenor de lo que dicta la ley; *“cuando el órgano jurisdiccional entendiera que dichos pactos o convenios pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso podrá acordar la suspensión de sus efectos, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los Tratados Internacionales”* y centrándonos en la última parte del párrafo, observamos cómo se abre una puerta, dando lugar a una situación que se reviste como excepción a la eficacia de los convenios durante la tramitación del concurso. Esta excepción no sería otra que la de dejar en manos del juez la capacidad decisoria; el juez podrá suspender los efectos del convenios durante la tramitación del concurso, aplicando lo que se hubiera hecho antes de la reforma; dejando al convenio sin efectos.

Sin embargo, dicho artículo no resulta preciso, no sólo en tanto al “perjuicio” que se pueda llegar a producir (que precisa también algunas aclaraciones) sino también los asuntos que dicha redacción deja sin resolver. Estos son;

1. Competencia para acordar la suspensión de los efectos de un convenios arbitral durante la tramitación de un concurso de acreedores

Partiendo de la base de que será el juez concursal el competente para decidir acerca de la validez del convenio arbitral durante la tramitación del concurso como así lo corrobora MARTÍNEZ-GUIJÓN MACHUCA, concretando, también, la incurrancia a la excepción de la regla general del Art 22.1 LA en la cual el árbitro, *“ tendrá competencia para decidir sobre su propia competencia, incluso a sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida en el fondo de la controversia..”*⁶⁵

⁶⁵ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA,P.” *Efectos de la declaración ...*”,cit.,pág 58: “En definitiva, la legitimación es exclusiva del Juez del concurso, que puede actuar de oficio o a instancia de la parte (a requerimiento de la propia administración concursal o de cualquiera de las partes del convenio arbitral”.

Si bien artículo 52.1 que tanto venimos comentando permite al juez decidir suspender los efectos del convenio, no menciona en absoluto el hecho de comunicar al mismo el posible daño o “perjuicio” que puede llegar este convenio arbitral. Tampoco observamos mención alguna sobre si dicha comunicación debía ser obligatoria o no a instancia de las partes; deudor, acreedor o, en su caso ,la administración concursal.

También carece de explicación en relación a la posible obligatoriedad de la puesta en conocimiento, es decir, si es vinculante o no poner en conocimiento al juez de que existe un posible daño, aunque dicho convenio beneficiara a las partes del concurso, aún existiendo dudas sobre su validez.

2. Grado de ineficacia que el juez puede llegar a otorgar a los convenios :

Convenios arbitrales ineficaces por su objeto	El juez del concurso (aunque no lo mencione expresamente el artículo 52.1 LC) solo podrá decidir suspender los efectos de los convenios arbitrales que graviten en torno a cuestiones en materia patrimonial perjudiciales, es decir, aquellas dirigidas en contra del concursado.
Alcance eficacia del convenio arbitral	El convenio arbitral, en palabras de DÍEZ-PICAZO ⁶⁶ “ <i>se encuentra pendiente del eventual y posible ejercicio del poder de actuar la ineficacia</i> ” que básicamente nos viene a decir que el juez decidirá si un convenio arbitral resulta ineficaz o no, y será éste también quien decida si el convenio afecta o no, y de que manera, la tramitación del concurso.
Ineficacia sobrevenida	El convenio arbitral que queda sin efectos será ineficaz a partir del auto que así lo establezca, ello no obsta que antes de que se haya dictado el mismo, se haya podido iniciar un procedimiento arbitral que, en ningún caso, será anulado a causa de la ineficacia- posterior- del

⁶⁶ DÍEZ-PICAZO, L.,” Capítulo XIX...”cit.,. pág 566: “Se encuentra pendiente del eventual y posible ejercicio del poder de actuar la ineficacia”.

	convenio arbitral.
Ineficacia relativa	El convenio arbitral que quede sin efectos, sólo será relevante para las partes del concurso, esto es, el deudor y el acreedor, el resto de sujetos que participaran en el convenio seguirán vinculados al mismo.
Ineficacia temporal	A pesar de que con la antigua redacción, la ineficacia de los convenios venía siendo la regla general, con la reforma posterior de 2011, la ineficacia se convierte en excepción. Ésta resulta en excepción. En caso de concurrir dicha excepción y el juez decida dejar el convenio sin efectos, éste será ineficaz desde el momento en que se dicte el auto ⁶⁷ hasta que la declaración del concurso finalice (Art 176 LC) ⁶⁸

3. Daños sufridos por parte del convenio arbitral en la tramitación del concurso de acreedores.

Como veníamos comentando, lo primero que nos invita a pensar la redacción del Art 52.1 de la Ley Concursal es la determinación del perjuicio patrimonial causado por el

⁶⁷ El juez del concurso acordará a través de un auto de suspensión del convenio arbitral. Éste deberá estar siempre motivado como indica el Art 208.2 LEC, explicando las razones de suspensión. Admite recurso de reposición, Art 45.2 y 452.1 LEC, sin tener efectos suspensivos en relación a resolución recurrida, Art 451.3 LEC.

⁶⁸ Art 176 LC “Desde la declaración del concurso procederá la conclusión por insuficiencia de la masa activa cuando, no siendo previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros ni la calificación del concurso como culpable, el patrimonio del concursado no sea presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa, salvo que el juez considere que estas cantidades estén garantizadas por un tercero de manera suficiente.

“No podrá dictarse auto de conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa mientras se esté tramitando la sección de calificación o estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de responsabilidad de terceros, salvo que las correspondientes acciones hubiesen sido objeto de cesión o fuese manifiesto que lo que se obtuviera de ellas no sería suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa”.

convenio, es decir, determinar cuándo nos encontramos ante un caso de “perjuicio para la tramitación de un concurso” y cuáles son las situaciones en las que un convenio arbitral pueden - en cierta medida- perjudicar o dañar el curso de una tramitación de un concurso.

A este respecto cabe destacar una precisión que si bien resulta obvia, es importante tener en cuenta a la hora de entender tal perjuicio; el daño se produce a la tramitación del proceso y no al objeto del proceso en sí, es decir, no daña a la masa del concurso en concepto de pérdidas económicas, daña al procedimiento que está en curso.

La doctrina, tras un largo análisis y detenimiento, ha optado por entender “cuestiones perjudiciales” en todas las acciones relacionadas al concurso de acreedores que tenga una relación inmediata pero que el legislador prefiere que se solucionen a través de la institución arbitral (aunque se encuentren todavía pendiente de concurso). Estas cuestiones no pueden ser otras que las relacionadas al crédito; validez, cuantía, las que están destinadas a cobrarse a favor del deudor, las acciones reivindicatorias de propiedad sobre bienes que pertenecen a una tercera persona que se encuentran en posesión del deudor concursal, y los planes de reorganización realizados por el deudor y sus acreedores (con anterioridad de la declaración de apertura). Sin olvidarnos, de la importancia que ostenta la administración concursal.

Y de esta manera citamos a MARTÍNEZ-GUIJÓN MACHUCA ⁶⁹ “*No es tarea sencilla concretar supuestos en los que los efectos de un convenio arbitral pueden perjudicar la tramitación de un procedimiento concursal. Primero, el supuesto más común, hay que pensar que se planteará un conflicto sobre un crédito, que, como tal, y tras el inicio del arbitraje, será comunicado a la administración concursal, y en el que la resolución del conflicto, sobre una persona cualificada para ello, que tramitará un procedimiento con todas las garantías procesales para las partes litigantes.*”

Y, GÓMEZ JENE⁷⁰, respecto al rol del juez que otorga el Art 52.1, “*En consecuencia la posible intervención del juez debe limitarse especialmente; es decir, sólo debe darse en supuestos en los que quede indubitadamente acreditada la relación inmediata del supuesto controvertido con la tramitación del concurso. La función del juez del concurso en este punto pasa, en definitiva, para calificar el conflicto, de tal forma que*

⁶⁹ MARTÍNEZ- GUIJÓN MACHUCA, P. “Efectos de la declaración ..” cit., págs. 59 y 60.

⁷⁰ GÓMEZ JENE, M., “ El nuevo artículo 52.1...” cit., pág 60.

sólo si la controversia que pretende someterse al arbitraje tiene su fundamento jurídico en la legislación concursal y guarda relación inmediata con el concurso, debe declarar la suspensión de los efectos del convenio arbitral. Lo cual, al menos en principio, no tiene por qué significar automáticamente una inarbitrabilidad.”

5.5 Consecuencias derivadas sobre la decisión de suspender los efectos del convenio arbitral

La suspensión de los efectos del convenio arbitral en curso, y con él la eficacia del mismo, supondrá que dichas controversias, en lugar de resolverse vía institución arbitral como se haría en caso de que fuera válido, será resultado a través del incidente concursal que dispone el Art 192.1 LC; *“Todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta Ley otra tramitación se ventilarán por el cauce del incidente concursal”*.

5.6 Tratamiento procesal aplicable cuando el convenio arbitral resulta ineficaz

Dicho tratamiento tiene cabida en el caso de que una vez declarado el auto de suspensión del convenio arbitral, el procedimiento arbitral se iniciara. Aunque este caso resulta poco probable y por tanto, se da muy poco en la práctica, el juez podrá-y debe- paralizar el procedimiento arbitral pues, efectivamente, éste habría iniciado de forma indebida. El juez deberá anularlo.

En el caso de que el juez siguiera en desconocimiento y el procedimiento arbitral desencadenara en una resolución final, esto es, un laudo que diera fin al proceso, el juez podrá ejercitar una acción de anulación en virtud del Art 41.1 a) LA que dejará sin efectos e inválido el laudo.

Por otro lado, también sería posible realizar una revisión, Art 43 LEC o la acción que prevé el Art 53.2 de la Ley Concursal. En estos últimos casos, será necesario probarlo.

CONCLUSIÓN FINAL

El arbitraje como medio de resolución de conflictos alcanza cada vez más, un uso y popularidad considerable. Tras la profunda crisis económica que ha venido atravesando nuestro país durante los últimos años, las situaciones de insolvencia y por tanto, la declaración de concursos también se han visto incrementados en número.

Por ello, el legislador se ha visto forzado a realizar algunas modificaciones. Si bien antes de que entrara en vigor la última Ley Concursal no se contemplaba el encuentro entre estas dos instituciones, ahora, sí regula la interacción entre el arbitraje y el concurso. Consideramos acertada la decisión del legislador que opta por cambiar la situación y establecer normas que cubran éstas nuevas necesidades.

En consecuencia, pensamos que la reforma del Art 52.1 de La Ley Concursal que establece los efectos de la declaración de un concurso sobre el convenio arbitral así como la reforma de la Ley 11/2011 suponen un punto de inflexión en cuanto a la eficacia de dichos convenios, dado que pasan de ser ineficaces sin posibilidad de que surja ningún efecto, a ser operativas desde un punto de vista funcional.

Sin embargo y, en relación con lo anterior, concluimos que dicha posibilidad puede verse afectada por un excepción; cuando los convenios resulten perjudiciales para la tramitación del concurso el juez podrá suspender todos sus efectos.

De otro lado, la Ley Concursal permite la posibilidad de iniciar nuevos procedimientos arbitrales durante la tramitación del concurso. si embargo, consideramos imprescindible que se disponga, de forma clara, la legitimación del deudor concursado para el inicio de éstos nuevos procedimientos arbitrales en tanto que la ley no se refiera a esta cuestión en particular.

Así, sin perjuicio de considerar plausible la iniciativa tomada por el legislador en aras de regular el concurso en sede arbitral, consideramos que la excepción referida carece de precisión y puede aludir a confusión al presentarse el concepto de *perjuicio* como jurídicamente indeterminado. Por último y en relación con la anterior, pensamos que el defecto aludido puede devenir precisamente en una restitución de la situación anterior a la reforma, vaciando de sentido el contenido de la misma ante una evidente carencia de utilidad práctica.

* * *

BIBLIOGRAFÍA

Artículos

Alternative Dispute Resolution en el Comercio Internacional, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2013) Vol 5, Nº 2, ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt

Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley 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, de 19 de mayo de 2010.

UNICITRAL “ *International Commercial Arbitration. Analytical Commentary on Draft Text on a Model Law of International Commercial Arbitration*. Report of the Secretary-General “ Doc. A/CN.9/264, de 25 de marzo de 1985” Commentary “*pto.3 pág.49*” *As stated in the text, the parties may derogate from this provision and select a different point of time. To take an example which is not uncommon is institutional arbitration, they may agree, by reference to the institutional rules, that the relevant date is the one on which the request for arbitration is received by the arbitral institution*”.

London Court of International Arbitration (LCIA) Arbitration Rules. The request for Arbitration.” *Any party wishing to commence an arbitration under these rules, the claimant, shall send to the Registrar of the LCIA Court, the registrar, a written request for arbitration, the Request, containing or accompanied by..”*.

Normativa y Jurisprudencia

Protocolo de Ginebra sobre Cláusulas Arbitrales de 1923.

Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958.

Constitución Española de 1978

Indian Organic Chemical LTD vs. Subsidiary I (EE.UU), Subsidiary 2(EE.UU) and Chemtex Fibres inc.(Parent Company) (EEUU)(1979).

Ley 36/1998, de 5 de diciembre, de Arbitraje.

Ley 60/2003, de 9 de julio, Concursal

Ley 11/2011, de 20 de mayo, de Arbitraje

Reglamento de procedimiento de la Corte Española de Arbitraje, 2015.

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (Aprobada el 21 de junio de 1985 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), que aclara que esta Ley se aplica al “arbitraje comercial internacional”.

Código de Comercio Francés

Obras Doctrinales

ACINE, J-B., “*Réflexions sur l’autonomie de l’arbitrage commercial international*”, *Revue de l’arbitrage*, 2005.

ALONSO ROYANO, F. “Algunas consideraciones sobre el anteproyecto de ley concursal”, en *Diario La Ley*, tomo 4, 1984, disponible en: www.laleydigital.net

BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Una nueva propuesta de la ley Concursal” en *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 237, 1996.

C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, Arbitration and mediation in international business, 2ª ed.,pág 13. Virgós Soriano, “*Procedimientos alternativos de resolución de controversias y comercio internacional*” en I. Heredia Cervantes (ed.), *Medios alternativos de solución de controversias*, Madrid, 2008.

CORDÓN MOREN, F., “Artículo 54. Ejercicio de acciones del concursado en
CORDÓN MORENO, F., *Comentarios a la Ley Concursal*, 2ªed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.

CORDON MORENO F., “Concurso y convenios arbitrales (a propósito de la pretendida reforma del Art 52.1 LC Armario de Derecho Concursal, núm. 23,2011.

CREMADES, B.M, “El Arbitraje en la doctrina del Tribunal Constitucional” en CASA BAAMONDE, M.E., CRUZ VILLALÓN, J y DURÁN LÓPEZ, F (coords.), Las transformaciones del derechos de trabajo en el marco de la Constitución Español. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez- Piñero y Bravo- Ferrer, La Ley, Madrid 2017, disponible en: www.laleydigital.net

EPULGUES MORA, C. “Artículo 27.” También, CUCARELLA GALIANA, L.A “El procedimiento arbitral, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2004.

FERRER ROSELLÓ “La incidencia de los arbitrajes en todos los procesos concursales” Vid. Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso. 27 de febrero de 2011, núm. 710.

GÓMEZ COLOMER, J.L.,” Medios de solución de conflictos jurídicos”, en A.A.V.V., *Derecho jurisdiccional, Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

GÓMEZ JENE, M. “ Concurso y arbitraje internacional” Cuadernos de Derecho Transnacional, vol.2,2010, disponible en www.uc3m.es/cdt.

GUASP, J. “El Arbitraje en el derecho español”, Bosch, Barcelona, 1956.

HOLDER FRAU, H.A.,El convenio en la quiebra y en la Ley Concursal, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

LORCA NAVARRETE, A.M < Capítulo II> Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2004.

LATHAM WATKINS, “ La práctica del Arbitraje Internacional de Latham & Watkins”,en Guía del Arbitraje Internacional, pág 8-12, Acceso en 03/02/2017 en

<https://www.lw.com/thoughtLeadership/2013-guide-to-international-arbitration-spanish-edition>.

MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P. “*Efectos de la declaración de concurso sobre los convenios, los procedimientos y los laudos arbitrales*”, Anuario de Derecho Concursal, núm 27, Madrid, 2012.

MARTÍN MORAL, M “*El Concurso de acreedores y el arbitraje*”, Thomson Aranzadi, 1º Edición, Madrid, 2014.

NAVARRO MENDIZÁBAL, I., “*Derecho de Obligaciones y Contratos*” Thomson Reuters, 2º Edición, Madrid, 2003.

PÉREZ BLANCO, G. “*Efectos procesales de la declaración de concurso del consumo*”, la vis atractiva concursal, Reus, Madrid, 2017.

REDFERN, A. – HUNTER, M., “*Teoría y Práctica del arbitraje comercial internacional*” en A.A. V.V., Thomson Aranzadi, 4a Edición, Navarra (2006).

RIBELLES ARELLANO, J.M., “*Art.54. Ejercicio de acciones del concursado*”, en FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A (Coord.), *Derecho concursal práctico*, Iurigum, Madrid, 2004.

VERDERA SERVER, R., “*Art 11. Convenio Arbitral y demanda en cuanto al fondo ante un Tribunal*” en BARONA VILAR (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Thomson Civitas, Madrid, 2017.

VERDERA Y TELLUELS, E., “*Reflexiones preliminares sobre arbitraje en la Ley Concursal*”, en *Estudios de la Ley Concursal*, Vol. 3, Marcial Pons, Madrid 2005.