

## EL ARBITRAJE EN SEDE CONCURSAL: PROBLEMAS QUE DERIVAN DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE CONCURSO. UNA PROPUESTA DE MEJORA

**Geraldine Bethencourt Rodríguez**

*Personal investigador del área de Derecho Mercantil. Universidad CEU San Pablo  
Miembro del Chartered Institute of Arbitrators*

**Diego Agulló Agulló**

*Colaborador del área de Derecho Privado. Universidad Antonio de Nebrija  
Miembro del Chartered Institute of Arbitrators*

Este trabajo ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2014** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Javier CARVAJAL GARCÍA-VALDECASAS, don David GARCÍA-OCHOA MAYOR, don Alberto MANZANARES SECADES, don Juan José MARÍN LÓPEZ y don Antonio ZÁRATE CONDE.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

---

### EXTRACTO

El Derecho concursal es el encargado de instrumentalizar un procedimiento especial y excepcional de ejecución colectiva a favor de todos los acreedores de un deudor común. El carácter universal del concurso provoca que, al entrar en contacto con mecanismos de resolución de controversias que se sitúan al margen de la jurisdicción ordinaria como es el arbitraje, se originen problemas de carácter práctico derivados de situaciones jurídicas que la legislación vigente bien no contempla, bien no regula de la manera más eficiente. Factores como la globalización económica y la necesidad de conseguir rapidez en el ejercicio de la actividad empresarial han propiciado que, cada vez más, el arbitraje se considere como un instrumento válido y eficaz para la resolución de disputas derivadas del tráfico mercantil. Se observa que las relaciones entre concurso y arbitraje no resultan para nada pacíficas en tanto que no existe un marco regulatorio que facilite una colaboración entre ambas instituciones ni tampoco un mecanismo que permita asegurar que el arbitraje en sede de concurso no suponga un obstáculo para el desarrollo del procedimiento de insolvencia, cuyas consecuencias se materializarían con un posible quebranto de los principios inspiradores del concurso. El objetivo de este trabajo es analizar la conexión entre ambas instituciones, examinar los problemas que derivan de esta relación y que tienen una proyección práctica en la actividad diaria de los distintos operadores jurídicos y presentar una propuesta que ayude a minimizar estos inconvenientes y a potenciar los beneficios que estas dos instituciones son capaces de generar si se coordinan de manera adecuada.

**Palabras claves:** concurso de acreedores, administración concursal, ineficacia, arbitraje, convenio arbitral, procedimiento arbitral y laudo arbitral.

---

*Fecha de entrada: 30-04-2014 / Fecha de aceptación: 10-07-2014*

## ARBITRATION IN A BANKRUPTCY SCENARIO: ISSUES ARISING FROM THE JUDICIAL DECLARATION OF BANKRUPTCY. A PROPOSAL FOR IMPROVEMENT

Geraldine Bethencourt Rodríguez

Diego Agulló Agulló

---

### ABSTRACT

Bankruptcy law is in charge of carrying out a special and exceptional bankruptcy proceeding on behalf of all creditors of a common debtor. The universal nature of bankruptcy means that when it is in contact with dispute resolution mechanisms that are outside of the ordinary jurisdiction as commercial arbitration, practical problems arise from legal situations that current legislation might not consider or might not regulate in the most efficient way. Factors such as economic globalization and the need of getting rapidity within business relationships have positioned arbitration as a valid and effective instrument for the resolution of commercial disputes. The relationship between bankruptcy and arbitration is not peaceful at all since there is no regulatory framework in order to facilitate collaboration between the two institutions nor a mechanism to ensure that arbitration does not constitute a constraint for the development of insolvency proceedings. The problems that could take place in this scenario would materialize in a possible breach of the principles underlying bankruptcy. The aim of this work is to analyse the connection between the two institutions, examine the problems that arise from this relationship and have a practical projection in the daily activity of the different legal operators and, finally, present a proposal that could minimize these problems and enhance the benefits that these two institutions are able to generate if they are coordinated properly.

**Keywords:** bankruptcy, insolvency administrators, inefficiency, arbitration, arbitration agreement, arbitration proceeding and arbitration award.

---

---

## Sumario

- I. Introducción
- II. Antecedentes histórico-legislativos
- III. El arbitraje en sede de concurso: configuración y principios concursales que condicionan su tratamiento
  1. La configuración del arbitraje en sede de concurso
  2. Principios inspiradores del concurso que influyen en el tratamiento de la institución del arbitraje
  3. Conclusiones parciales
- IV. Régimen jurídico: los artículos 52 y 53 de la Ley Concursal antes y después de la reforma operada por la Ley 11/2011
  1. Régimen jurídico antes de la reforma
  2. Régimen jurídico vigente
- V. Efectos de la declaración judicial de concurso sobre la institución del arbitraje
  1. Efectos sobre los convenios arbitrales suscritos por el concursado
  2. Efectos de la declaración de concurso sobre los procedimientos arbitrales en tramitación y sobre los que se han tramitado después de la misma
  3. Efectos sobre los laudos
- VI. La validez extraterritorial de las decisiones judiciales en materia concursal como condicionante a la eficacia del arbitraje en sede de concurso
  1. Cuestiones preliminares
  2. La validez extraterritorial de las resoluciones judiciales en materia concursal según lo establecido por el Reglamento Europeo de Insolvencia
  3. La validez extraterritorial de las resoluciones judiciales en materia concursal al margen del Reglamento Europeo de Insolvencia
- VII. Conclusión y propuesta *de lege ferenda*

Bibliografía

Jurisprudencia

## I. INTRODUCCIÓN

En el contexto económico de los últimos años, las situaciones de insolvencia empresarial se han presentado con mayor frecuencia en el panorama jurídico español, en la medida en que numerosas sociedades mercantiles no han podido hacer frente a las obligaciones derivadas de las relaciones contractuales en las que eran parte en el ejercicio de su actividad económica. En un escenario en el que una única sociedad deudora posee una pluralidad de acreedores, el Derecho Concursal es el encargado de instrumentalizar un procedimiento especial y excepcional de ejecución colectiva a favor de todos ellos, que son quienes deben cobrar y soportar en común el quebranto patrimonial de su deudor de la manera más equitativa y eficiente posible con arreglo a la regla de igualdad de trato y a través de la solución convenida o liquidatoria.

En el ámbito especial del Derecho concursal, la concurrencia de un mecanismo alternativo de resolución de controversias como es el arbitraje plantea en la práctica numerosos inconvenientes, en tanto que el carácter universal del procedimiento concursal y la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso colisionan con el normal funcionamiento del procedimiento arbitral<sup>1</sup>. En este sentido, el artículo 52.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, Ley Concursal) establece que cuando el deudor concursado es parte en un convenio arbitral, la declaración judicial de concurso puede suponer la ineficacia del convenio si el órgano jurisdiccional determina que los efectos del citado acuerdo suponen un «perjuicio» para la tramitación del procedimiento concursal. El legislador, en su labor normativizadora, no ha dejado claro qué debe entenderse por perjuicio, lo cual atribuye al órgano jurisdiccional una gran discrecionalidad que puede generar incertidumbre a los operadores jurídicos que han pactado el convenio arbitral.

Por otra parte, el artículo 52.2 de la Ley Concursal regula que los procedimientos arbitrales «en tramitación» con anterioridad a la declaración judicial de concurso continuarán hasta la firmeza del laudo. A este respecto, resulta trascendental delimitar cuándo un procedimiento arbitral se encuentra «en tramitación» para determinar si es de aplicación la norma recogida en el artículo 52.1 o la establecida en el artículo 52.2 de la Ley Concursal.

Sin embargo, los problemas no se limitan únicamente a estos supuestos ya que si bien el concurso incide en el arbitraje, este mecanismo alternativo de resolución de controversias puede también generar un perjuicio al procedimiento concursal cuando, una vez se haya dictado reso-

---

<sup>1</sup> Vid. a este respecto a PERALES VISCASILLAS, P.: «Arbitraje y concurso», *Estudios sobre la Ley Concursal (Libro Homenaje a Manuel Olivencia)*, tomo II, Madrid-Barcelona, 2005, págs. 3.063-3.068.

lución arbitral firme, la misma se ejecute en un tercer Estado al margen del concurso y al amparo de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (en adelante, Convención de Nueva York). La posibilidad de ejecutar el laudo en el extranjero puede implicar una lesión del principio de la *par condicio creditorum*. De esta manera, los titulares de derechos de crédito frente al deudor que han sido reconocidos por medio de laudo arbitral tendrán una posición más ventajosa que el resto de acreedores, ya que podrán evadir la calificación de su crédito en sede de concurso y ver satisfecho su derecho. Lo anterior supondría una imposibilidad de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 53 de la Ley Concursal, en tanto que el juez que conoce del procedimiento vería limitada su competencia para otorgar a la citada resolución el tratamiento concursal correspondiente.

El objetivo de este trabajo de investigación es analizar, en conexión, el arbitraje y el concurso con la finalidad de determinar el impacto de la declaración de apertura del procedimiento concursal sobre los convenios, los procedimientos y los laudos arbitrales. De tal forma que se pueda extraer la problemática existente en torno a dos instituciones claramente diferenciadas pero que se ven obligadas a coexistir en la práctica. Ante esta realidad, resulta necesario elaborar una propuesta que facilite las relaciones arbitraje-concurso en un escenario de insolvencia empresarial.

Por todo ello, en las páginas siguientes se hará una breve referencia a los antecedentes legislativos de los artículos 52 y 53 de la Ley Concursal a fin de entender la evolución normativa del tratamiento del arbitraje en el marco de un procedimiento concursal. A continuación, se abordará la configuración del arbitraje y los principios informadores del concurso con el objetivo de generar las bases que nos permitan entender los motivos que originan la compleja relación entre ambas instituciones. Antes de entrar a analizar en profundidad los efectos de la apertura del concurso sobre las distintas fases del arbitraje y de poner de relieve los problemas que suscitan, se hace necesario hacer un somero repaso al régimen jurídico antes y después de la reforma operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado. Finalmente, para cumplir con nuestro objetivo, propondremos una respuesta que pueda contribuir a solucionar los problemas de coordinación entre el procedimiento arbitral y el concursal que se tramitan de manera simultánea, y de las facultades de los responsables de velar por la tramitación de cada uno de los procedimientos, es decir, el juez del concurso y los árbitros.

## II. ANTEDECENTES HISTÓRICO-LEGISLATIVOS

El arbitraje y el régimen jurídico de la insolvencia constituyen dos instituciones que han convivido con mayor o menor fortuna en el marco del Ordenamiento jurídico español a largo del siglo XX, si bien hasta la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal este método de resolución alternativa de controversias no había sido tratado de manera directa por la legislación concursal española. Con anterioridad, en el Derecho de la insolvencia proyectado, el Ante-

proyecto de Ley Concursal de 27 de junio de 1983<sup>2</sup> regulaba el tratamiento que se debía otorgar a los convenios arbitrales en sede de procedimiento de insolvencia y dejaba sin eficacia el convenio arbitral una vez admitida a trámite la solicitud de concurso (art. 169 Anteproyecto 1983). Posteriormente, la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 12 de diciembre de 1995 aunque reconocía la necesidad de coordinar concurso y arbitraje dentro de los conflictos en los que fuese parte el concursado, incluía la imposibilidad de iniciar nuevos procedimientos arbitrales por parte de los acreedores una vez existiese declaración de concurso siempre que los títulos de crédito objeto del litigio hubieran nacido con anterioridad a la citada declaración. También se establecía la nulidad de pleno derecho de toda actuación arbitral que se llevase a cabo después de la declaración de concurso<sup>3</sup> y la continuación de los procedimientos arbitrales iniciados antes de tal declaración hasta que se emitiese laudo firme. Cabe destacar asimismo que la Propuesta preveía la vinculación del juez del concurso por los laudos arbitrales emitidos antes y después de la apertura del procedimiento, de modo que el juez encargado del concurso debía darles el tratamiento concursal correspondiente (arts. 61 a 63 Propuesta 1995)<sup>4</sup>.

Por otro lado, es necesario subrayar que la doctrina concursalista no había abordado las relaciones entre el arbitraje y el concurso debido, probablemente, a que en la regulación sustantiva sobre quiebra y suspensión de pagos incluida en los Códigos de Comercio de 1829 y 1885 así como en la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de junio de 1922 nada se recogía en relación con el arbitraje<sup>5</sup>.

En cuanto a la normativa arbitral, ha de subrayarse la importancia de la Ley 36/1988 de Arbitraje no solo porque durante la vigencia de la misma se producen las modificaciones legislativas del régimen jurídico concursal citadas con anterioridad, sino porque acomete una reforma de profundo calado. La norma recogía en su Exposición de Motivos que el anterior régimen jurídico arbitral, esto es, el regulado por la Ley de 22 de diciembre de 1953, estaba concebido para procedimientos arbitrales cuyo objeto eran conflictos de Derecho civil en sentido estricto, en tanto que la regulación de 1988 se proponía instrumentalizar un arbitraje apto para resolver controversias surgidas del tráfico mercantil nacional e internacional.

Como se ha reseñado, es la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal la que entra a regular de manera directa, en sus artículos 52 y 53, aspectos relativos al arbitraje en sede de concurso, más concretamente en lo referente al tratamiento otorgado a los convenios, procedimientos y resoluciones arbitrales en el marco de un procedimiento de insolvencia. Contemporánea a la menciona-

<sup>2</sup> Publicada en el BOE n.º 358, de 24 de diciembre de 1953, págs. 7.587-7.591.

<sup>3</sup> Se exceptuaban las demandas fundadas en relaciones de familia.

<sup>4</sup> MARTÍNEZ-GUJÓN MACHUCA, P.: «Efectos de la declaración de concurso sobre los convenios, los procedimientos y los laudos arbitrales» en AA. VV., *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 27, 2012, págs. 48-50.

<sup>5</sup> PERALES VISCASILLAS, P.: «Los efectos del concurso sobre los convenios arbitrales en la ley concursal 22/2003 (I)», *Diario La Ley*, n.º 6035, 2004, pág. 2. *Vid.* a este respecto a VERDERA TUELLS, E.: «Reflexiones preliminares sobre el arbitraje en la Ley Concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal (Libro Homenaje a Manuel Olivencia)*, tomo II, Madrid-Barcelona, 2005, págs. 3.305-3.307.

da norma es la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, Ley de Arbitraje) que viene a sustituir a la Ley de 1988, regulación que había quedado obsoleta, sobre todo en lo relativo a los procedimientos de arbitraje comercial internacional. La nueva ley recoge en su Exposición de Motivos la intención de llevar a cabo un salto cualitativo con base en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985, recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985.

El artículo 52.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, relativo al tratamiento otorgado a los convenios arbitrales, fue modificado por la Ley 11/2011 de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado (en adelante, Ley 11/2011), disposición aplicable en la actualidad.

### III. EL ARBITRAJE EN SEDE DE CONCURSO: CONFIGURACIÓN Y PRINCIPIOS CONCURSALES QUE CONDICIONAN SU TRATAMIENTO

#### 1. LA CONFIGURACIÓN DEL ARBITRAJE EN SEDE DE CONCURSO

Para abordar el razonamiento material del tratamiento ofrecido a los convenios, procedimientos y resoluciones arbitrales por parte de la legislación concursal, se exige analizar cómo se configura el arbitraje. En este sentido, tres son las cuestiones que debemos estudiar para entender el desarrollo del arbitraje en sede de concurso: determinar cuándo un procedimiento arbitral se encuentra «en tramitación», acotar a qué tipos de arbitrajes les es de aplicación la Ley Concursal y examinar «la firmeza» de las resoluciones arbitrales.

##### 1.1. La tramitación del arbitraje

Si bien el procedimiento de insolvencia se inicia con la declaración judicial de concurso, resulta necesario determinar a qué se refiere la norma con un procedimiento arbitral «en tramitación». Algunos autores entienden que la norma se refiere al inicio del arbitraje y que, en consecuencia, se otorga el mismo tratamiento al concepto de «tramitación» que al de «inicio». Así, a no ser que las partes hayan acordado otra cosa, se considerará que el arbitraje está iniciado, esto es, tramitado, cuando el demandado reciba el requerimiento de someter la controversia a este mecanismo de resolución alternativa de controversias (art. 27 LA)<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> BELLIDO, R.: «Artículo 52. Procedimientos arbitrales» en Rojo, A. y Beltrán, E. (coords.), *Comentario de la Ley Concursal*, vol. I, Civitas, Madrid, 2004, pág. 1.015. *Vid.* a este respecto a VILLELLAS BERNAL, E.: «Comentario al artículo 21» en Arias Lozano, D. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Navarra, 2005, pág. 228; VIDAL FERNÁNDEZ, B.: «Comentario al artículo 27» en Guilarte Gutiérrez, V. (dir.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Valladolid, 2004, págs. 488-491.

En contraposición a lo anterior, algún autor defiende que la norma se refiere de manera expresa y consciente a un procedimiento arbitral «tramitado» y, en ningún caso, «iniciado». Esto es, la ley requiere que se haya llevado a cabo el primer trámite necesario para que el arbitraje se inicie pero con total independencia de los efectos procesales que la iniciación de este procedimiento arbitral produzca con base en lo establecido por la normativa arbitral<sup>7</sup>.

La doctrina jurisprudencial ha entendido, en alguna ocasión, que el procedimiento se encuentra tramitado cuando se ha llevado a cabo la primera diligencia posible para iniciarlo, es decir, cuando se haya presentado la demanda de arbitraje, con independencia de si ha sido admitida a trámite o no<sup>8</sup>.

Nosotros entendemos que, en primer lugar, se deberá acudir a la norma de arbitraje que haya sido pactada por las partes para determinar cuándo se entiende que el procedimiento ha sido tramitado. En caso de que las partes no hayan pactado norma aplicable al procedimiento arbitral, deberá atenderse, por defecto, a lo establecido por la *lex loci arbitri*, en este caso, por la Ley de Arbitraje española. En esta última situación jurídica, el procedimiento arbitral se entenderá iniciado cuando el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a este mecanismo de resolución de disputas (art. 27 LA) y no cuando se haya presentado la demanda de arbitraje<sup>9</sup>.

## 1.2. Tipos de arbitraje a los que les es de aplicación la Ley Concursal

La norma concursal no determina de manera expresa qué tipos de arbitraje se pueden ver afectados por la declaración judicial de concurso. En consecuencia, la doctrina se ha planteado a qué procedimientos les resulta de aplicación el artículo 52 de la Ley Concursal<sup>10</sup>. En este sentido, algunos autores han reseñado que este precepto es de aplicación a todo tipo de arbitrajes<sup>11</sup> en los que exista la posibilidad de que una de las partes sea declarada en concurso de acuerdo

---

Es preciso señalar que como muy bien añade algún autor, resulta conveniente determinar si el procedimiento arbitral se inició durante la vigencia de la Ley 36/1988 o después de la entrada en vigor de la Ley de Arbitraje de 2003. En este sentido, si el arbitraje se inició en un momento anterior al 26 de marzo de 2004, el procedimiento arbitral se entiende iniciado cuando los árbitros han notificado a las partes en forma escrita la aceptación del arbitraje (art. 22 LA). De todos modos, es necesario añadir que resulta improbable que un arbitraje iniciado con anterioridad a la fecha señalada continúe hasta nuestros días. *Vid.* a este respecto a MARÍN LÓPEZ, M. J.: «Artículo 52. Procedimientos arbitrales» en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, Tecnos, 2004, pág. 522.

<sup>7</sup> Por ejemplo, un procedimiento arbitral podrá estar tramitado pero no surtir efectos porque haya prescrito el plazo de solicitud del arbitraje.

<sup>8</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de febrero de 2009 (EDJ 2009/36573).

<sup>9</sup> GÓMEZ JENÉ, M.: «Concurso y Arbitraje Internacional», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n.º 2, pág. 96.

<sup>10</sup> CORDÓN MORENO, F.: «Artículo 52. Procedimientos arbitrales», *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid, Aranzadi, 2009, pág. 428.

<sup>11</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J.: «Artículo 52. Procedimientos arbitrales...», *op. cit.*, pág. 522.

con lo establecido por la Ley Concursal. Cabe destacar, entre otros, los arbitrajes comerciales y de consumo así como también los arbitrajes laborales a pesar de no estar sometidos a la Ley de Arbitraje (art. 1.4 LA)<sup>12</sup>.

Un sector de la doctrina entiende que la norma es aplicable tanto si el arbitraje es iniciado a instancia del deudor, o contra el mismo<sup>13</sup>. Sin embargo, algún otro autor ha defendido que únicamente tiene sentido que el juez deje sin eficacia procesal al convenio arbitral cuando, amparándose en él, se pretenda iniciar un procedimiento arbitral contra el deudor concursado, y no cuando sea él mismo, la administración concursal o los acreedores con carácter subsidiario quienes ejerciten una acción frente a un tercero en sede arbitral<sup>14</sup>. En nuestra opinión, tiene mayor sentido que únicamente devenga ineficaz el convenio arbitral cuando el procedimiento suponga un «perjuicio para la tramitación del concurso» (art. 52.1) y además se dirija contra el deudor concursado, ya que si este último es el acreedor de la relación jurídica que ha dado lugar al procedimiento arbitral, él mismo, salvo fraude, reclamará por su propio interés que se le satisfagan aquellos derechos de crédito de los que es titular.

En cuanto a si la Ley Concursal es aplicable a los arbitrajes domésticos y a los internacionales, la jurisprudencia, en alguna ocasión, ha puesto de manifiesto que la remisión a los tratados internacionales del artículo 52.1 supone expresamente una restricción a la eficacia del convenio arbitral en el supuesto de un arbitraje internacional. Sin embargo, la doctrina ha entendido acertadamente que esta interpretación no es correcta con base en dos razones: por un lado, porque los efectos de una declaración de concurso sobre un convenio en el marco del arbitraje internacional es una cuestión que debe tratarse desde la óptica del Derecho concursal y no desde la perspectiva arbitral. Por otro lado, porque el mencionado precepto no excluye de manera expresa a los arbitrajes internacionales<sup>15</sup>.

### 1.3. La firmeza del laudo arbitral

El laudo no deviene firme si contra el mismo se ha ejercitado acción de anulación (art. 40 LA) en el plazo de los dos meses siguientes a su notificación o en el supuesto de que se haya solicitado aclaración, corrección o complemento, en el plazo de los dos meses desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud, o desde la expiración del plazo para adoptarla (art. 41.4 LA). Mientras se haya emitido el laudo y este no haya adquirido firmeza, estaremos ante una resolu-

<sup>12</sup> *Ibidem*, pág. 518.

<sup>13</sup> BELLIDO, R.: «Artículo 52. Procedimientos arbitrales...», *op. cit.*, pág. 1.014.

<sup>14</sup> CORDÓN MORENO, F.: «Concurso y convenios arbitrales (a propósito de la pretendida reforma del art. 52.1 LC)», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 23, 2011, págs. 166-167.

<sup>15</sup> CORDÓN MORENO, F.: «Concurso y convenios arbitrales (a propósito de la pretendida reforma del art. 52.1 LC)...», *op. cit.*, pág. 168.

ción arbitral «definitiva». En este sentido, la norma arbitral supedita la firmeza del laudo, bien a la terminación de un proceso autónomo en el marco del cual se ejercita la acción de anulación<sup>16</sup> o bien al no ejercicio de tal acción dentro del plazo de dos meses. Cabe subrayar que el laudo tiene efecto de cosa juzgada por lo que ante el mismo no cabe recurso alguno. Así, como se ha comentado, contra el laudo únicamente es posible interponer una acción de anulación si se aprecia alguno de los motivos previstos por la Ley de Arbitraje (art. 41 LA).

El laudo arbitral podrá ejecutarse aunque se haya ejercitado acción de anulación (art. 45.1 LA). No obstante, el ejecutado podrá solicitar que se suspenda la ejecución siempre que ofrezca una caución equivalente al valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieran derivarse por la no ejecución de la resolución arbitral<sup>17</sup>.

## 2. PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL CONCURSO QUE INFLUYEN EN EL TRATAMIENTO DE LA INSTITUCIÓN DEL ARBITRAJE

Una de las notas características de la Ley Concursal es, en palabras de su Exposición de Motivos, la unidad, desde una triple perspectiva<sup>18</sup>. Unidad legal, porque una sola ley regula tanto los aspectos sustantivos como procesales del concurso. Unidad de disciplina o procedimiento, porque el concurso de acreedores es un procedimiento unitario, aplicable a cualquier clase de deudores, con independencia de la actividad que desarrollen. Y unidad de sistema, porque se atribuye al juez del concurso la competencia para conocer de las materias relacionados con el procedimiento concursal. En las relaciones entre el concurso y el arbitraje, interesa la unidad de sistema, ya que su manifestación a través del principio de universalidad, el principio de la *vis attractiva*, el principio de competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso y el principio de la *par*

<sup>16</sup> Cabe destacar que de la acción de anulación conoce la Audiencia Provincial del lugar en el que se haya dictado el laudo, y no la Audiencia Provincial sobre la que recae la competencia para conocer de los recursos de apelación contra las resoluciones emitidas por el juez del concurso (art. 8.3. LA). Con todo ello, es necesario tener en cuenta que contra la resolución dictada por la Audiencia Provincial en virtud de la cual se resuelve la acción de anulación no cabe recurso alguno (art. 42.2 LA). *Vid.* a este respecto a BELLIDO, R.: «Artículo 52. Procedimientos arbitrales...», *op. cit.*, pág. 1.015.

<sup>17</sup> La suspensión se alzarán cuando el tribunal tenga conocimiento de la desestimación de la acción de anulación. Con ello, el ejecutado tendrá derecho a solicitar en su caso la indemnización de los daños y perjuicios que hayan podido derivar de tal suspensión (arts. 712 y ss. LECiv.). En caso de estimación de la acción de anulación, se producirá un alzamiento de la suspensión (art. 45 LA). *Vid.* a este respecto a CORDÓN MORENO, F.: «Las relaciones entre concurso y arbitraje», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 15, 2008 págs. 25-27.

<sup>18</sup> CAMPUZANO, A. B.: «Los aspectos generales de la normativa concursal» en AA. VV., *Derecho Concursal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pág. 31. *Vid. in extenso* a PULGAR EZQUERRA, J.: «Declaración del concurso de acreedores», *Diario La Ley*, Madrid, 2005, págs. 136 y ss., MENÉNDEZ, A.: «Hacia un nuevo Derecho Concursal: su necesaria unidad» en AA. VV., *Estudios sobre la ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, vol. I, Madrid, Marcial Pons, 2005. OTERO LASTRES, J. M.: «Reflexiones sobre el principio de "unidad" en la nueva Ley Concursal» en AA. VV., *Aspectos de la nueva Ley Concursal –concursos, créditos, administradores, jueces–*, Madrid, Reus, 2004, págs. 11 y ss.

*condicio creditorum* hace que la coexistencia en la práctica de dos estructuras antagónicas en su naturaleza y objetivos plantee serias dificultades en el marco de una relación en absoluto pacífica<sup>19</sup>.

Con la declaración de concurso se inicia el desarrollo de un proceso universal encaminado a proporcionar una tutela jurisdiccional a todos los acreedores de un mismo deudor. En este contexto, la responsabilidad patrimonial universal del deudor actúa bajo un principio de comunidad de pérdidas<sup>20</sup>.

Los efectos que se pueden derivar como consecuencia de la apertura del concurso sobre un procedimiento arbitral en el que pudiera llegar a participar o en el que ya estuviera participando el deudor, son de muy diferente naturaleza, debido a que los principios inspiradores del concurso influyen en el tratamiento que debe darse a todas aquellas vicisitudes, también las relacionadas con el arbitraje, que se susciten y tengan que resolverse en sede de concurso<sup>21</sup>.

A continuación, se analizan los principios que interfieren en el tratamiento de los convenios, los procedimientos y los laudos arbitrales cuando una de las partes en el arbitraje se encuentra inmersa en un procedimiento concursal. Conviene señalar que en este análisis se pondrán de manifiesto aquellas cuestiones controvertidas que surgen como consecuencia de la contraposición de arbitraje y concurso en virtud de los principios que informan a este último.

## 2.1. La universalidad del concurso y la atracción competencial

El carácter universal del concurso supone un obstáculo a la tendencia del arbitraje de restringir cada vez en mayor grado las facultades de interferencia de los tribunales estatales. Ello a fin de reconocer la fuerza vinculante de los convenios arbitrales, siempre que no se pretenda resolver a través de esta vía controversias que incluyan materias indisponibles y cuyo tratamiento corresponde exclusivamente a la jurisdicción ordinaria<sup>22</sup>. Sin embargo, aunque la atracción competencial del concurso plantea importantes problemas en la práctica que no siempre son de fácil solución, no debe olvidarse que la unidad procedimental o de sistema no conlleva ni mucho menos un «unitarismo rígido» o una «uniformidad a ultranza», sino que se combina con una importante dosis de flexibilidad y simplicidad y, por tanto, es posible adaptar el procedimiento a muy diversas situaciones, pero siempre dentro de unos límites<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> HEREDIA CERVANTES, I.: *Arbitraje y concurso internacional*, Navarra, Cizur Menor-Aranzadi, 2008, págs. 13 y ss.

<sup>20</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, J.: «El proceso concursal como proceso universal», *El Proceso Concursal*, Cizur Menor-Aranzadi, Navarra, 2012, pág. 239.

<sup>21</sup> HEREDIA CERVANTES, I.: «Tratamiento concursal del convenio arbitral: la modificación del artículo 52.1 de la Ley Concursal (I)», *Diario La Ley*, n.º 7.576, 2011, pág. 1.

<sup>22</sup> *Vid.* a este respecto a PÉREZ ÁGUEDA, R.: «A 55 años de la aprobación de la Convención de Nueva York: El control judicial de los laudos arbitrales», *Diario La Ley*, n.º 8.266, Madrid, 2014, págs. 3-4.

<sup>23</sup> OLIVENCIA RUIZ, M.: «Facultades del juez y voluntad de las partes en el procedimiento de declaración de concurso», *Revista del Poder Judicial*, núm. especial monográfico sobre la Ley Concursal, n.º XVIII, 2004, pág. 30.

No obstante, a pesar de que la unidad de sistema pueda admitir excepciones, el legislador parece atribuirle al juez del concurso una extrema discrecionalidad y flexibilidad en su ejercicio como órgano rector del procedimiento<sup>24</sup>, que si bien está justificada por el hecho de que este es quien mejor conoce la situación patrimonial del concursado y, por ello, es el más indicado para velar por la satisfacción de los acreedores del deudor común y evitar que se agrave aún más la situación, no es menos cierto que tal discrecionalidad puede ir en detrimento del funcionamiento de la institución del arbitraje.

### 2.1.1. *El proceso concursal como proceso universal: el principio de universalidad*

El principio de universalidad informa y sustenta el concurso de acreedores<sup>25</sup>, tanto en relación con la masa activa (art. 76.1 LC), como con la masa pasiva (art. 49 LC). En este sentido, la universalidad del procedimiento se manifiesta en la extensión de los efectos del concurso a todos los acreedores y a prácticamente todo el patrimonio del deudor<sup>26</sup>. Esto significa que el carácter universal del concurso permite al órgano jurisdiccional conocer de la mayor parte de las pretensiones de tutela jurisdiccional de índole patrimonial que pudieran ejercitarse contra el deudor. Sin embargo, esta pretendida universalidad no es absoluta ya que debe ajustarse, entre otras limitaciones, al principio de territorialidad que rige la competencia judicial internacional y a la posibilidad de que tras la declaración de concurso, se continúen al margen de este procedimientos, también arbitrales, iniciados ante otras jurisdicciones (v. gr. arts. 51.1 y 52 LC). También cabe la posibilidad de ejecución de acciones frente a otros órganos jurisdiccionales distintos del juez del concurso (v. gr. art. 50.4 LC).

En tanto que, en virtud del carácter universal del concurso, donde todos los acreedores deben integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal, inevitablemente la institución arbitral podrá colisionar con el concurso en la medida en que, a través de este «equivalente jurisdiccional», un acreedor intente dar solución a la controversia que le une al deudor, al margen del procedimiento concursal, y que pueda tener algún tipo de incidencia en la masa pasiva del concursado.

### 2.1.2. *La vis atractiva del concurso*

El carácter universal del concurso, antes expuesto, ha llevado al legislador a disponer que ciertos asuntos con trascendencia patrimonial sobre el patrimonio del deudor, atribuidos a otros juzgados y tribunales, se sustraigan del conocimiento de estos y pasen a corresponder al juez del

<sup>24</sup> PULGAR EZQUERRA, J.: «La declaración del concurso de acreedores», *Diario La Ley*, Madrid, 2005, pág. 137.

<sup>25</sup> CAMPUZANO, A. B.: «Los aspectos generales de la normativa concursal...», *op. cit.*, pág. 43.

<sup>26</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, J.: «El proceso concursal como proceso universal...», *op. cit.*, pág. 239.

concurso<sup>27</sup>. Por tanto, podría afirmarse que el efecto de la *vis attractiva* de la declaración de concurso resulta como consecuencia del principio de universalidad e igualdad<sup>28</sup>.

En este sentido, el argumento que sustenta la *vis attractiva* es que el proceso concursal debe servir de cauce para albergar las distintas pretensiones de tutela que incidan o puedan incidir en el patrimonio del deudor, ya tengan naturaleza declarativa, ejecutiva o cautelar. De esta forma, se podría garantizar la finalidad de la integración de todos los acreedores en la masa pasiva (art. 49 LC)<sup>29</sup>. Se entiende que este es el mejor modo de respetar los principios que informan el concurso, las garantías de los litigantes y el orden procesal, en definitiva, los instrumentos necesarios para proceder con seguridad y alcanzar la mayor eficacia<sup>30</sup>.

Sin embargo, el problema se plantea cuando el principio de *vis attractiva* adquiere una proyección mucho más amplia y no se limita exclusivamente a la integración de los acreedores en la masa pasiva. Así, esa *vis attractiva* implica también la integración en el ámbito competencial del juez del concurso de la función jurisdiccional ejercida de modo efectivo por otros órganos jurisdiccionales y que puede afectar a otras instituciones procesales. Dentro de estas instituciones, se encuentran el convenio y los procedimientos arbitrales en los que el concursado sea parte.

En el apartado anterior se ponía de manifiesto que el arbitraje se ve afectado por el carácter universal del concurso cuando se pretende dar solución a una disputa, entre concursado y acreedor, al margen del procedimiento concursal y que afecte al patrimonio del concursado. De esta forma, debido a que la *vis attractiva* supone la materialización del principio de universalidad, resulta lógico que también este principio de atracción competencial afecte a la institución arbitral.

Los principios de universalidad y *vis attractiva* producen un efecto generalizado de integración en el concurso de todas las relaciones jurídico-procesales que tengan como elemento subjetivo el deudor-concursado e impliquen una transcendencia patrimonial<sup>31</sup>. Sobre esta circunstancia pivota la eficacia del arbitraje en sede concursal, en la medida en que el Ordenamiento jurídico

<sup>27</sup> SUÁREZ LLANOS GÓMEZ, L.: «El presupuesto objetivo del concurso: el estado de insolvencia» en AA. VV., *Las Claves de la Ley Concursal*, Navarra, Cizur Menor-Aranzadi, 2005, págs. 175-176.

<sup>28</sup> El legislador lo evidencia en la Exposición de Motivos: «Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas».

<sup>29</sup> Se trata como bien indica ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., de «uno de los preceptos más relevantes del nuevo procedimiento concursal español al enunciar el pilar básico sobre el que se asienta el proceso concursal: la integración en el concurso de todos los acreedores del deudor o *vis attractiva* del concurso», *Nueva Ley Concursal*, Barcelona, Bosch, 2004, pág. 274.

<sup>30</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, J.: «El proceso concursal como proceso universal», *El Proceso Concursal*, Navarra, Cizur Menor-Aranzadi, 2012, pág. 253.

<sup>31</sup> PÉREZ DEL BLANCO, G.: *Efectos procesales de la declaración del concurso: la vis attractiva concursal*, Madrid, Reus, 2007, págs. 41 y ss.

español otorga un tratamiento preferencial al concurso sobre cualquier mecanismo de resolución de controversias ya sea jurisdiccional o extrajurisdiccional. A este respecto cabe plantearse en qué medida la *vis attractiva* afecta a la tramitación de un procedimiento arbitral que pueda tener impacto en el patrimonio del concursado en el seno del concurso.

### 2.1.3. *La competencia atraída: alcance del carácter exclusivo y excluyente de la jurisdicción del juez del concurso*

Los efectos que derivan de los principios de universalidad y de la *vis attractiva* constituyen la configuración, en el Derecho concursal, del carácter exclusivo y excluyente de la jurisdicción mercantil. En consecuencia, el juez que ha conocido de la solicitud de declaración de concurso, va a ver ampliada su competencia objetiva y también su jurisdicción por razón del objeto. En este sentido, la Ley Concursal habla de «juez del concurso» para identificar al tribunal que declaró el inicio del procedimiento concursal y que asumió esa ampliada jurisdicción y competencia. Por tanto, a partir de la declaración de concurso, en razón de su carácter universal, le corresponde al juez el conocimiento de la mayor parte de las acciones cuya estimación pudiera repercutir, de forma directa o indirecta, en el patrimonio del concursado<sup>32</sup>.

En el apartado anterior se reseñaba que el sistema normativo, en tanto que nos encontramos en un ámbito especial, otorga un tratamiento preferencial al concurso sobre cualquier otro tipo de procedimiento y se hacía referencia a cómo opera la *vis attractiva* en sede concursal con respecto al arbitraje. En este punto cabe preguntarse cuál es el límite a la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso a la hora de resolver una cuestión que las partes habían decidido someter a arbitraje.

## 2.2. El principio de la *par conditio creditorum*

El principio de la *par conditio creditorum* establece la igualdad de los acreedores durante el procedimiento<sup>33</sup> y sustituye al principio *prior in tempore potior in iure* característico de las ejecuciones individuales, y que es el fundamento de la tutela del crédito<sup>34</sup>. La razón de la supremacía de la *par conditio creditorum* se encuentra en la propia esencia del concurso, que no es otra que la satisfacción de los intereses crediticios de los acreedores del concursado. En este sentido, la justificación de la necesidad de velar por la integración de los acreedores a la masa pasiva y la satisfacción de los intereses de estos mediante el concurso radica en que solo así se puede garantizar que todos reciban el mismo trato en atención a las circunstancias especiales que tienen lugar en sede de

<sup>32</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, J.: «El proceso concursal como proceso universal...», *op. cit.*, pág. 245.

<sup>33</sup> PERALES VISCASILLAS, P.: «Los efectos del concurso sobre los convenios arbitrales en la ley concursal 22/2003 (I)...», *op. cit.*, pág. 7.

<sup>34</sup> PÉREZ DEL BLANCO, G.: *Efectos procesales de la declaración del concurso: la vis attractiva concursal...*, *op. cit.*, págs. 41 y ss.

concurso, es decir, la insuficiencia de la masa activa para hacer frente a la masa pasiva. Se constituye así la *par conditio creditorum* como la organización en sentido figurado de una comunidad de pérdidas entre los acreedores, que debe regirse conforme a una regla de igualdad proporcional<sup>35</sup>.

En definitiva, el principio de la *par conditio creditorum* justifica la acumulación de todos los procesos de ejecución en los que se pretenda hacer valer un derecho de crédito. En consecuencia, en tanto que la ejecución colectiva se antepone a la ejecución individual, resulta lógico que la institución del arbitraje en sede de concurso se vea afectada por un procedimiento concursal que está llamado a satisfacer el interés colectivo.

### 3. CONCLUSIONES PARCIALES

Todo lo hasta aquí expuesto nos permite afirmar que los principios informadores del concurso condicionan a la institución del arbitraje en el seno del procedimiento concursal en la medida en que el principio de universalidad pretende que todos los acreedores se integren en la masa pasiva. En este sentido, el principio de la *vis attractiva* permite que el proceso concursal sirva de cauce para albergar las distintas pretensiones de tutela que incidan o puedan incidir en el patrimonio del deudor. De esta forma, se configura un procedimiento en el que el juez del concurso posee una competencia exclusiva y excluyente en connivencia con el principio de la *par conditio creditorum*, que justifica la acumulación de todos los procesos de ejecución contra el patrimonio del deudor en un único procedimiento con el objetivo de garantizar una igualdad entre los acreedores.

Una aplicación aislada y sistemática de estos principios podría producir, como se ha expuesto, una colisión del concurso con la institución arbitral si alguno de estos acreedores pretendiera resolver una controversia surgida con el concursado a través de este mecanismo de resolución de disputas alternativo a la jurisdicción ordinaria al margen del concurso y siempre y cuando pudiera tener trascendencia patrimonial.

Con el objetivo de evitar, en la medida de lo posible, la colisión entre arbitraje y concurso, resulta necesario responder a las cuestiones que se han planteado hasta este momento. Algo que se llevará a cabo en los siguientes apartados. A saber: hasta qué punto el carácter universal del concurso restringe la posibilidad de conocer mediante arbitraje cuestiones con trascendencia patrimonial, cuál es la magnitud de la atracción competencial del concurso con respecto a la institución arbitral y hasta qué extremo opera la competencia exclusiva y excluyente del órgano que conoce del procedimiento concursal en relación con un procedimiento arbitral.

Si bien es cierto que desde el momento en que el juez de lo mercantil declara un concurso, excluye, en relación con el patrimonio del concursado, aquel ámbito competencial en el que concurre con otros tribunales, en relación con el arbitraje esta exclusión no es absoluta. En este senti-

<sup>35</sup> PULGAR EZQUERRA, J.: «Declaración del concurso de acreedores...», *op. cit.*, pág. 137.

do, son los artículos 52 y 53 los que están llamados a regular sobre estos extremos. Sin embargo lo que *a priori* debería consistir en una aplicación de la norma sin mayores inconvenientes, lo cierto es que en la práctica, el contenido de estos preceptos ha sido cambiante y discutido por la doctrina.

#### IV. RÉGIMEN JURÍDICO: LOS ARTÍCULOS 52 Y 53 DE LA LEY CONCURSAL ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA OPERADA POR LA LEY 11/2011

##### 1. RÉGIMEN JURÍDICO ANTES DE LA REFORMA

###### 1.1. El contenido normativo

Antes de la reforma operada por la Ley 11/2011, los convenios arbitrales en los que el deudor concursado fuera una de las partes quedaban sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso (art. 52.1 LC). La ineficacia que la regulación concursal atribuía a los convenios arbitrales en los que fuera parte el deudor era relativa y temporal. Se trataba de una ineficacia relativa porque no afectaba al resto de partes vinculadas por el convenio arbitral. El convenio continuaba desplegando los efectos que le eran propios sobre el resto de las personas vinculadas por el mismo<sup>36</sup>. En cuanto a la temporalidad, el precepto establecía que los convenios quedaban sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso (art. 52.1 LC). Así, cabía interpretar que el pacto arbitral devenía ineficaz desde la declaración judicial del concurso de acreedores, incluso si el auto de declaración no hubiera sido objeto de publicidad o no se hubiera notificado, hasta la fecha del auto de conclusión del procedimiento concursal<sup>37</sup>.

Los convenios arbitrales solo perdían su eficacia durante el procedimiento de insolvencia si la materia que era objeto del procedimiento arbitral era competencia del juez del concurso. En este sentido, no se trataba de una ineficacia general, sino de una pérdida de eficacia específica en relación con las materias atribuidas al conocimiento del órgano jurisdiccional<sup>38</sup>. Además del juez, el árbitro o tribunal arbitral podía apreciar de oficio su falta de competencia para conocer del asunto en cuestión con base en el carácter imperativo del artículo 52, que, además, habilitaba a los acreedores a denunciar en cualquier momento la existencia del concurso para poder hacer valer la ineficacia del convenio arbitral<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Vid. a este respecto a MARÍN LÓPEZ, M. J.: «Artículo 52. Procedimientos arbitrales...», *op. cit.*, pág. 520; GARCÍA-QUÍLEZ GÓMEZ, J. M.: «Arbitraje y deudor concursal. Panorama anterior y posterior a la Ley concursal 22/2003», *Estudios sobre la Ley Concursal (Libro Homenaje a Manuel Olivencia)*, tomo II, Madrid-Barcelona, 2005, pág. 2.783.

<sup>37</sup> BELLIDO, R.: «Artículo 52. Procedimientos arbitrales...», *op. cit.*, pág. 1.004.

<sup>38</sup> *Ibidem*, pág. 1.014. Vid. a este respecto a CORDÓN MORENO, F.: «Artículo 52. Procedimientos arbitrales...», *op. cit.*, págs. 427 y ss.

<sup>39</sup> RIBELLES, J. M.: «Artículo 52. Procedimientos arbitrales» en Fernández-Ballesteros, M. A., (dir./coord.), *Derecho concursal práctico: Comentarios a la Nueva Ley Concursal*, Madrid, Iurgium, 2004, págs. 288-289.

## 1.2. La problemática y las incoherencias planteadas

El artículo 52 de la Ley Concursal presentaba, en su anterior redacción, una serie de incoherencias con otros preceptos de la norma y también en relación con lo establecido por la Ley de Arbitraje en lo relativo al convenio arbitral y la demanda en cuanto al fondo ante un tribunal.

La norma otorgaba un tratamiento distinto a los convenios arbitrales en sede de procedimiento de insolvencia con respecto a los procedimientos tramitados antes de la declaración judicial de concurso. Como se ha comentado, mientras que a los primeros se les aplicaba una ineficacia temporal, los segundos continuaban hasta la emisión de laudo. Otra descoordinación era la derivada del artículo 52 en relación con el artículo 61 de la Ley Concursal. Así, por un lado, los convenios arbitrales quedaban sin eficacia temporal por la mera declaración judicial de concurso (art. 52 LC) y, por otro lado, los contratos bilaterales pendientes de ejecución seguían operando con total validez (art. 61 LC). Se observaba por tanto un régimen jurídico poco favorable al arbitraje en sede de concurso<sup>40</sup>.

Asimismo, existía una descoordinación jurídica entre la normativa concursal y la arbitral. Por un lado, la Ley Concursal suspendía la eficacia del convenio arbitral e implícitamente otorgaba al juez del concurso la competencia para conocer de la controversia que había sido sometida a arbitraje en virtud del convenio (art. 52.1 LC) y, por otro lado, la Ley de Arbitraje disponía la obligación de las partes a someterse a lo estipulado en el convenio arbitral e impedía a los órganos jurisdiccionales entrar a conocer sobre la controversia en cuestión (art. 11 LA). Esa falta de congruencia normativa se ponía especialmente de manifiesto en la diferencia existente en el tratamiento otorgado a los convenios arbitrales en sede de arbitraje doméstico y el ofrecido a los convenios en sede de arbitraje internacional. Mientras que en el primer escenario, se establecía como regla general el principio de *vis attractiva* del juez del concurso, en el segundo regía el principio de *non vis attractiva concursus*.

Por último, también se apreciaba falta de coherencia al comparar el tratamiento que se ofrecía a los nuevos juicios declarativos y el que se otorgaba a los nuevos procedimientos arbitrales. Así, mientras que cabía la posibilidad de iniciar nuevos juicios declarativos después de la declaración judicial de concurso (art. 50.1 LC), no era posible la tramitación de nuevas demandas de arbitraje<sup>41</sup>.

## 2. RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE

### 2.1. El contenido normativo

Con la reforma operada por la Ley 11/2011, la declaración de apertura de concurso de acreedores por sí sola, y como regla general, no afecta la eficacia de los convenios arbitrales (art. 52.1

<sup>40</sup> MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P.: «Efectos de la declaración de concurso sobre los convenios, los procedimientos y los laudos arbitrales...», *op. cit.*, págs. 54-55.

<sup>41</sup> *Ibidem*, págs. 54-55.

LC). No obstante, como excepción, se establece que si el juez concursal entiende que el convenio puede suponer un perjuicio para el procedimiento de insolvencia, podrá acordar la ineficacia de dicho convenio (art. 52.1 LC). Por otro lado, se mantiene que todo lo dispuesto se efectuará salvo que se haya establecido cosa distinta en los tratados internacionales (art. 52.1 LC) a pesar de las críticas doctrinales vertidas sobre este extremo del precepto durante los últimos años<sup>42</sup>.

En este nuevo escenario, los convenios arbitrales despliegan también su eficacia después de la declaración judicial de concurso por lo que el juez encargado del procedimiento de insolvencia no podrá conocer de las controversias sometidas a arbitraje siempre que una de las partes interponga la oportuna declinatoria (arts. 11 LA, 52 LC y 63 LECiv.). Cabe destacar asimismo que, en esta nueva situación jurídica, se produce una separación competencial del árbitro y del juez del concurso, quien no podrá declarar ineficaz el convenio por el simple hecho de que una de las partes en el mismo se encuentre inmersa en un procedimiento de insolvencia como deudor concursado. En este sentido, solo en determinados supuestos, el juez acordará la ineficacia temporal del convenio arbitral. Cabe destacar, finalmente, que esta reforma no puede aplicarse retroactivamente (art. 2.3 Código Civil) por lo que la nueva redacción del precepto solo podrá aplicarse a aquellos procedimientos de insolvencia iniciados a partir del 10 de junio de 2011, fecha de la entrada en vigor de la reforma en cuestión<sup>43</sup>.

## 2.2. La problemática y las incoherencias planteadas

Si bien se han superado los problemas planteados por la anterior redacción del artículo 52, con la reforma de 2011 han surgido otros inconvenientes. Así, en relación con el convenio arbitral, la nueva regulación ha acabado con las diferencias entre los efectos surgidos antes y después de la declaración judicial de concurso pero otorga una amplia discrecionalidad al juez concursal al ser este último el encargado de determinar si existe un perjuicio para la tramitación del concurso en virtud del cual deba ordenar la suspensión temporal de los efectos que despliega el convenio (art. 52.1 LC). En este sentido, no parece fácil determinar el alcance del concepto «perjuicio» para la tramitación del concurso, por lo que deviene complicado delimitar cuándo el juez encargado del procedimiento concursal acordará la suspensión temporal de los efectos del convenio arbitral.

En un supuesto de arbitraje comercial internacional en el que la sede del arbitraje sea un país diferente a España, habrá que determinar si se aplica el Reglamento Europeo de Insolvencia<sup>44</sup>. En caso afirmativo, se puede producir un debilitamiento de la *vis attractiva concursus* en

<sup>42</sup> *Vid. infra*, epígrafe 1.3.2., apartado V.

<sup>43</sup> MARTÍNEZ-GUÓN MACHUCA, P.: «Efectos de la declaración de concurso sobre los convenios, los procedimientos y los laudos arbitrales...», *op. cit.*, pág. 56.

<sup>44</sup> El Reglamento Europeo de Insolvencia es de aplicación en el supuesto de que exista un convenio arbitral en el que son parte un concursado español con residencia habitual en España y un acreedor con residencia habitual en otro Estado miembro de la Unión Europea. Por un lado, a favor de esta interpretación debe reseñarse que en caso de que se pretendiera excluir la aplicación de la citada norma bastaría con que el deudor o el acreedor trasladase al juez competen-

tanto que, si bien las resoluciones judiciales españolas son fácilmente ejecutables en otros Estados miembros de la Unión Europea, habrá que estar a lo dispuesto por el Reglamento Europeo de Insolvencia así como a lo establecido por las regulaciones nacionales de la insolvencia para determinar el tratamiento que se otorgará a los efectos de esa resolución judicial en el marco de las relaciones existentes entre el Ordenamiento jurídico concursal y el arbitral del país en cuestión. En caso de que el reglamento no se aplique, la *vis attractiva concursus* se puede ver todavía más debilitada porque la resolución judicial que determine la suspensión de los efectos del convenio tendría que ser reconocida por el Estado sede del arbitraje; una vez reconocida, habría que estar a lo dispuesto por la normativa concursal de ese Estado para determinar el tratamiento que se otorgará a tal resolución. Esta circunstancia nos lleva a pensar que, en función del Estado en el que se desarrolle el arbitraje, la resolución judicial tendrá más o menos fuerza vinculante. Todos estos extremos quedarán reflejados y explicados en el apartado siguiente, relativo a los efectos de la declaración de concurso sobre la institución del arbitraje.

## V. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE CONCURSO SOBRE LA INSTITUCIÓN DEL ARBITRAJE

### 1. EFECTOS SOBRE LOS CONVENIOS ARBITRALES SUSCRITOS POR EL CONCURSADO

La nueva redacción del artículo 52.1 de la Ley Concursal ha supuesto un cambio radical en el criterio mantenido por el legislador en relación con los efectos de la declaración judicial de concurso sobre los convenios arbitrales. En este sentido, se pasa de la suspensión temporal de la eficacia de los convenios en sede de concurso, a que la declaración de apertura «por sí sola» no afecte a los convenios suscritos por el concursado.

No obstante, el nuevo tratamiento de los convenios no presenta un criterio único, ya que establece una regla general y una regla excepcional. De esta forma, se limita la *vis attractiva* del órgano jurisdiccional en relación con la institución del arbitraje y, en principio, hace más coherente, al menos desde el punto de vista de la técnica legislativa, la regulación del concurso y del arbitraje en sus respectivas legislaciones, en tanto en cuanto se superan las incongruencias hasta entonces existentes y se establece un marco normativo más idóneo para la coexistencia de ambas instituciones<sup>45</sup>.

---

te la existencia de un convenio arbitral en el marco del procedimiento arbitral, situación que cercenaría el espíritu de la norma. Por otro lado, si se lleva a cabo una interpretación más sistemática, se puede concluir que en caso de existir conexión comunitaria y residencia habitual del acreedor en otro país, el Reglamento Europeo de Insolvencia es, en principio, la norma aplicable. El concepto de «conexión comunitaria» se refiere a que el Reglamento únicamente es aplicable a los procedimientos concursales que se inicien en un Estado miembro sobre deudores comunitarios. *Vid.* a este respecto a GÓMEZ JENÉ, M.: «Concurso y Arbitraje Internacional...», *op. cit.*, pág. 98.

<sup>45</sup> MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P.: «Efectos de la declaración de concurso sobre los convenios, los procedimientos y los laudos arbitrales...», *op. cit.*, págs. 53-54.

Sin embargo, a pesar del tratamiento más favorable que la Ley Concursal ofrece a los convenios arbitrales después de la reforma operada por la Ley 11/2011, la institución del arbitraje no está exenta de problemas en sede de concurso, ya que las posibles interpretaciones que se pueden dar al nuevo enfoque, con los efectos prácticos que ello implica, impiden que no resulte tarea sencilla armonizar los principios y normas concursales con aquellos que rigen en el arbitraje. Es por ello que deviene necesario examinar la configuración jurídica del tratamiento concursal de los pactos arbitrales así como estudiar la regla general aplicable, con sus respectivas interpretaciones, y analizar la doble regla excepcional.

### 1.1. Configuración jurídica del tratamiento concursal de los convenios arbitrales

El nuevo tratamiento que la Ley Concursal da a los convenios arbitrales implica que la declaración de concurso no supondrá la suspensión automática de los efectos de los mismos (art. 52.1 LC). En este sentido, el tenor literal de la norma pone de manifiesto que la declaración de concurso no afecta «por sí sola» al convenio arbitral y, por tanto, deja en evidencia que es necesario algún requisito adicional a la declaración de apertura para que el órgano jurisdiccional pueda acordar la suspensión de los efectos de un convenio arbitral celebrado por el deudor concursado<sup>46</sup>. En este sentido, resulta conveniente señalar que la Exposición de Motivos de la Ley 11/2011, que aborda la reforma del artículo 52.1 de la Ley Concursal, explica que con la nueva redacción lo que se pretende es «mantener la vigencia del convenio arbitral siempre que se proyecte sobre meras acciones civiles que, pese a que pudieran llegar a tener trascendencia patrimonial sobre el deudor concursal, podrían haberse planteado con independencia de la declaración de concurso».

Así, la nueva configuración jurídica del tratamiento concursal de los convenios arbitrales, tal y como se había adelantado, contempla una regla general y una regla excepcional. A nuestro modo de entender, la regla general admite tres posibles interpretaciones, en función de si atendemos exclusivamente al precepto que regula los convenios, o por el contrario, se tiene en cuenta también la finalidad del legislador o la legislación concursal en su conjunto. Sin embargo, la regla excepcional no admite matices y todas las posibles interpretaciones conducen a la misma conclusión.

A continuación, se estudiará el funcionamiento de la regla general, cuándo opera la regla excepcional y en qué medida los principios que inspiran el concurso influyen en ambas reglas. Posteriormente, se pondrán de manifiesto los problemas derivados de la aplicación práctica del precepto.

<sup>46</sup> HEREDIA CERVANTES, I.: «Tratamiento concursal del convenio arbitral: la modificación del artículo 52.1 de la Ley Concursal (I)...», *op. cit.*, pág. 7.

## 1.2. Regla general: la vigencia de los convenios arbitrales

### 1.2.1. Las interpretaciones del artículo 52 de la Ley Concursal

Las diferentes interpretaciones parten de la regla de la vigencia lo que implica que el convenio subsiste y no deja de ser eficaz porque sobrevenga el concurso, es decir, el concurso no es causa de suspensión y, por tanto, no puede alegarse como motivo para dejar sin efecto los convenios arbitrales. Cuestión diferente es que el concurso haga indisponible una determinada materia. Sin embargo, esta vigencia inicial puede verse afectada si opera un requisito adicional.

Los que se limitan a **interpretar el tenor literal** del precepto en cuestión defienden que el deudor concursado puede resolver sus conflictos mediante un procedimiento arbitral, siempre que lo haga dentro de los límites de la autonomía de la voluntad, y solo en casos excepcionales opera la *vis attractiva* del juez del concurso frente a lo dispuesto en los convenios arbitrales<sup>47</sup>. Así pues, tras la declaración judicial de concurso, los convenios arbitrales mantienen toda su eficacia y, en consecuencia, el órgano jurisdiccional no podrá conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interesa invoque esta sumisión mediante la oportuna declinatoria (arts. 11 LA, 52 LC y 63 LEC).

Por otro lado, una **interpretación sistemática** permite poner en relación el artículo 52.1 con el artículo 8 de la Ley Concursal, lo que supone tener en cuenta los criterios de atribución de la competencia objetiva y la regla general que mantiene la vigencia de los efectos de los convenios. Así, la declaración judicial de concurso no afecta por sí sola a los convenios arbitrales, pero con base en las normas concursales especiales de atribución de la competencia objetiva al juez del concurso sí pueden verse afectados. De esta forma, si la legislación concursal determina que la cuestión que se pretende someter a arbitraje guarda relación inmediata con el concurso y, conforme a la Ley Concursal, es competencia exclusiva y excluyente del juez (art. 8.1.º LC), la resolución del conflicto corresponderá al órgano jurisdiccional que conoce del procedimiento concursal. En consecuencia, aunque la declaración judicial de concurso no suspenda la validez de los convenios arbitrales, la eficacia de los mismos estará limitada no porque así lo prevea expresamente la norma, sino porque así lo establecen las normas de atribución de la competencia<sup>48</sup>.

Por último, una **interpretación teleológica** requiere tener presente el espíritu de la ley, es decir, la intención del legislador. Por tanto, si se tiene en cuenta lo recogido por la Exposición de Motivos de la Ley 11/2011, la vigencia de los convenios debe garantizarse incluso aunque se proyecte sobre acciones civiles que podrían tener alguna transcendencia sobre el patrimonio del deudor, que si bien en principio es una materia que debería ser de competencia exclusiva y

<sup>47</sup> MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P.: «Efectos de la declaración de concurso sobre los convenios, los procedimientos y los laudos arbitrales...», *op. cit.*, pág. 53.

<sup>48</sup> CORDÓN MORENO, F.: «Concurso y convenios arbitrales (a propósito de la pretendida reforma del art. 52.1 LC)...», *op. cit.*, pág. 175.

excluyente del juez del concurso (art. 8 LC), lo que resulta determinante es que hubiera podido suscitarse con independencia de que se hubiera iniciado el procedimiento concursal<sup>49</sup>. Así, además de la importancia que reviste el hecho de que se fundamente en la legislación concursal, lo concluyente es la posibilidad de que haya podido plantearse con independencia del concurso. En este sentido, la Exposición de Motivos señala algunos ejemplos: «las acciones relativas a la existencia, validez o cuantía de un crédito, las destinadas al cobro de deudas a favor del deudor, las acciones reivindicatorias de propiedad sobre bienes de un tercero en posesión del deudor concursal y los litigios relativos a planes de reorganización concluidos entre el deudor y sus acreedores antes de la declaración de apertura».

Se establece así un tratamiento a los convenios arbitrales en similares términos a los establecidos para el alcance de la competencia del juez del concurso en el marco de un concurso internacional (art. 11 LC). Algún autor señala acertadamente que el artículo 11 de la Ley Concursal representa un referente hermenéutico de primer orden a la hora de interpretar el ámbito de aplicación del vigente artículo 52.1 de la Ley Concursal<sup>50</sup>.

En este punto, se hace necesario determinar qué interpretación del precepto es la más conveniente para asegurar un correcto funcionamiento conjunto del concurso y de la institución arbitral. Así, tanto la interpretación literal como la sistemática no se presentan como las más apropiadas a la hora de abordar las relaciones entre arbitraje y concurso. La primera de ellas, porque implica una completa separación entre la competencia del juez del concurso y la del árbitro que conoce de un conflicto en que sea parte un deudor concursado<sup>51</sup> y obvia el carácter especial del procedimiento concursal. Por su parte, la segunda, olvida la intención del legislador y limita el margen de eficacia de los convenios arbitrales en sede de concurso, además, implicaría fijar límites a la institución del arbitraje similares a los existentes antes de la reforma operada por la Ley 11/2011, porque como muy bien señala la doctrina, antes de la reforma, la declaración de concurso implicaba la suspensión de cualquier convenio arbitral celebrado por el deudor concursal siempre que versara sobre alguna de las materias reservadas a la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso (art. 8 LC)<sup>52</sup>.

Finalmente, la interpretación que mejor responde a la necesidad de conciliar el arbitraje y el concurso es la *teleológica*. Ello se debe a que la misma tiene en cuenta el precepto que regula los

<sup>49</sup> HEREDIA CERVANTES, I.: «Tratamiento concursal del convenio arbitral: la modificación del artículo 52.1 de la Ley Concursal (I)...», *op. cit.*, pág. 7-9.

<sup>50</sup> *Ibidem*, pág. 7.

<sup>51</sup> MARTÍNEZ-GUÓN MACHUCA, P.: «Efectos de la declaración de concurso sobre los convenios, los procedimientos y los laudos arbitrales...», *op. cit.*, págs. 52-56.

<sup>52</sup> *Vid.* a este respecto a PERALES VISCASILLAS, P.: «Los efectos del concurso sobre los convenios arbitrales en la ley concursal 22/2003 (II)», *Diario La Ley*, n.º 6.036, 2004, pág. 6; VERDERA TUELLS, E.: «Reflexiones preliminares sobre el arbitraje en la Ley Concursal», *op. cit.*, pág. 3.320; PÉREZ DEL BLANCO, G.: *Efectos procesales de la declaración del concurso: la vis atractiva concursal...*, *op. cit.*, págs. 262-264.

convenios arbitrales y la legislación concursal, pero sin obviar la intención del legislador; en consecuencia, se hace una interpretación más extensiva sin olvidar que se trata de un procedimiento especial y que es el juez del concurso quien mejor conoce la situación del concursado. Sin embargo, reconoce las virtudes del arbitraje como un medio alternativo de resolución de conflictos que ha adquirido cada vez mayor relevancia en nuestro Ordenamiento jurídico, hasta el punto de que nuestros tribunales lo catalogan como un «equivalente jurisdiccional», y, en consecuencia, igualmente válido y eficaz como lo es la jurisdicción ordinaria<sup>53</sup>.

### 1.2.2. *Los convenios arbitrales a la luz de la interpretación teleológica del artículo 52 de la Ley Concursal*

En este punto, nos proponemos desglosar el contenido del artículo 52 para determinar cómo los convenios arbitrales se ven afectados por la regla general recogida en el citado precepto.

- A) En principio, la declaración de concurso no afecta por sí sola a los convenios arbitrales, que deberán mantener su vigencia siempre que, con independencia de que la disputa sometida a arbitraje se fundamente en la legislación concursal, hubiera podido tener lugar aunque el procedimiento concursal no se hubiese iniciado. Por tanto, el órgano jurisdiccional no podrá conocer de las controversias que se susciten entre el deudor concursado y un acreedor si estos han pactado resolver sus conflictos a través del arbitraje. Es irrelevante que el conflicto versara sobre una materia que tenga trascendencia patrimonial y, en consecuencia, entrara dentro del ámbito competencial del juez del concurso.
- B) Se restringe la *vis attractiva* en similares términos en que la Ley Concursal regula el alcance de la competencia del juez del concurso en el marco de un concurso internacional, esto es, el órgano jurisdiccional encargado del procedimiento concursal únicamente podrá conocer de las acciones que tengan su fundamentación jurídica en la legislación concursal y que guarden una relación inmediata con el concurso (*cf.* art. 11 LC).
- C) La nueva redacción del artículo 52 de La ley Concursal hace posible que en sede de concurso se puedan pactar nuevos convenios arbitrales. Esta posibilidad, surge como consecuencia de que la eficacia de los convenios no quede afectada por la declaración de concurso<sup>54</sup>. Es evidente que los nuevos convenios arbitrales podrán

<sup>53</sup> La equiparación del arbitraje como «equivalente jurisdiccional» ha sido reconocida en las Sentencias del Tribunal Constitucional 43/1988 de 16 de marzo (Sala 2.ª) y 62/1991 de 22 de marzo (Pleno).

<sup>54</sup> Una parte de la doctrina defendía esta posibilidad incluso antes de la reforma del artículo 52.1 de la Ley Concursal por la Ley 11/2011, *vid.* a este respecto a CORDÓN MORENO, F.: «Las relaciones entre el concurso y el arbitraje...», *op. cit.*, pág. 15; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. y HERNANDO MENDÍVIL, J.: «Comentario al artículo 52» en Prendes Carril, P. (dir.),

ser pactados por el propio concursado o por la administración concursal (*cf.* arts. 50.2 y 50.3 LC), en función de la capacidad procesal del deudor tras la apertura del concurso (arts. 40 y 21.2 LC). En todo caso, no es necesario concretar cuándo se han suscrito los nuevos convenios arbitrales, ya que tanto los pactados antes de la declaración judicial como los suscritos en sede de concurso, mantendrán su eficacia y recibirán el mismo tratamiento concursal.

### 1.2.3. Problemas que plantea la regla general

Como se ha explicado, la norma recoge que la declaración de concurso no suspende «por sí sola» la eficacia del convenio arbitral, por lo que resulta necesario la concurrencia de un requisito adicional para que el órgano jurisdiccional pueda acordar la suspensión de los efectos del convenio arbitral. En este sentido, el requisito adicional no ha sido delimitado claramente por el legislador en tanto que únicamente establece que si bien la cuestión que se pretende resolver a través de arbitraje puede tener su fundamento en la legislación concursal, lo relevante es si hubiera podido tener lugar aunque el procedimiento concursal no se hubiese iniciado. Así, la dificultad radica en que, en sede de concurso, resulta complicado, en muchas ocasiones, determinar si una acción se podría haber ejercitado si el concurso no hubiera tenido lugar.

La Exposición de Motivos de la norma se ha limitado a ejemplificar algunos supuestos de hecho en que a pesar de tener trascendencia patrimonial, se admite la posibilidad de que se resuelvan a través de arbitraje. Sin embargo, no ha delimitado los criterios que permiten concretar cuáles son los supuestos de hecho que representan el requisito adicional que legitimaría al juez del concurso para suspender los efectos del convenio arbitral.

En tanto que resulta complejo determinar si una acción se podría haber ejercitado si el concurso no hubiera tenido lugar, y que el legislador no ha proporcionado los criterios necesarios para esclarecer cuándo nos encontramos ante un supuesto de hecho que se instituya como requisito adicional que conlleve la ineficacia temporal del convenio, la *vis attractiva* del juez del concurso puede ampliarse hasta tal extremo que incurra en una excesiva discrecionalidad.

## 1.3. Regla excepcional: la suspensión acordada por el órgano jurisdiccional y la remisión a los tratados internacionales

Las excepciones a la regla general, es decir, a que los convenios arbitrales suscritos por el concursado mantengan su vigencia con independencia de la declaración del concurso, son dos: por una parte, la suspensión acordada por el órgano jurisdiccional y, por otra, la suspensión establecida por los tratados internacionales. Se trata de dos excepciones de muy distinta naturaleza y, por tanto, resulta conveniente abordarlas de forma separada.

---

*Tratado Practico Concursal*, tomo II, Navarra, 2009, pág. 325; MARÍN LÓPEZ, M. J.: «Comentario a los artículos 49 a 55» en Bercovitz Rodríguez-Cano, R (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, Madrid, 2004, pág. 516.

### 1.3.1. La suspensión acordada por el órgano jurisdiccional

#### A) Cuestiones generales

El nuevo tratamiento de los convenios arbitrales en sede concursal establece que el juez del concurso puede suspender los efectos de los convenios arbitrales por entender que suponen un «perjuicio» para la tramitación del procedimiento de insolvencia (art. 52.1 LC), por tanto, no se trata de una ineficacia del convenio por la atracción competencial que ejerce la jurisdicción mercantil, sino por el perjuicio que puede suponer para el procedimiento concursal el permitir la continuidad de la eficacia en sede de concurso de un convenio o procedimiento arbitral. Así pues, establecer lo que debe entenderse por perjuicio, teniendo en cuenta que se trata de un concepto jurídico indeterminado, resulta de gran trascendencia y de una enorme complejidad, algo que será analizado en el apartado siguiente.

El órgano jurisdiccional que, en sede de procedimiento concursal, es el único que tiene facultades para acordar la suspensión de los efectos de los convenios arbitrales es el juez del concurso, ya que es quien conoce de todas las circunstancias relativas al procedimiento y, en consecuencia, dispone de la información necesaria para determinar si el mantener la vigencia de un convenio puede perjudicar la tramitación del concurso. Así, la legitimación para suspender los efectos del convenio únicamente la ostenta el órgano jurisdiccional encargado del procedimiento concursal, que puede ser acordada de oficio o a instancia bien de la administración concursal, bien de cualquiera de las partes del convenio arbitral<sup>55</sup>. Sin embargo, resulta necesario plantearse la conveniencia de que un acreedor del concurso, aunque no sea parte del convenio arbitral, pueda requerir la suspensión de los efectos del convenio por tener motivos fundados de que la vigencia del mismo supone un perjuicio para la tramitación del concurso. Se entiende que si la Ley Concursal no realiza ninguna precisión sobre esta cuestión, nada impediría que un acreedor de estas características pudiera tener legitimación suficiente para realizar tal requerimiento (art. 52.1 LC). A nuestro modo de entender, podría resultar positivo que normativamente el legislador determinara los motivos tasados por los cuales un tercero puede solicitar tal suspensión, y evitar de esta manera requerimientos que no estén fundados.

En todo caso, la efectividad de la facultad del juez del concurso de suspender los efectos de los convenios arbitrales depende necesariamente de las posibilidades que tenga el mismo de conocer de la existencia de tales acuerdos, ya que atendiendo a la regla general, la declaración del concurso no provoca automáticamente la suspensión de los efectos. Por tanto, el mantener su eficacia e incluso la posibilidad existente de activar los convenios sin autorización judicial puede limitar de una manera muy significativa esa facultad del juez de dejar sin eficacia el convenio arbitral. Sin embargo, resulta difícil imaginarse un escenario en el que la administración concursal pueda desconocer la existencia de convenios arbitrales firmados por el deudor concursado y, en consecuencia, no pueda poner al tanto de ello al juez. Se hace necesario recordar que la administración concursal tiene legitimación para requerir que se suspendan los efectos cuando, de acuerdo con la información de la que dispone, así lo crea conveniente.

<sup>55</sup> MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P.: «Efectos de la declaración de concurso sobre los convenios, los procedimientos y los laudos arbitrales...», *op. cit.*, pág. 58.

La facultad del juez del concurso de suspender la vigencia de los convenios arbitrales, además de una excepción a la regla general en cuanto al tratamiento que la Ley Concursal otorga a los convenios arbitrales (art. 52.1 LC), es también una excepción al principio *kompetenz-kompetenz* que rige la institución del arbitraje (art. 22.1 LA), que establece la competencia del árbitro para decidir sobre su propio competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación le impida entrar en el fondo de la controversia.

En este punto, conviene destacar que el juez del concurso podrá acordar la ineficacia del convenio arbitral en cualquier momento durante la tramitación del procedimiento concursal pero siempre que no hubiese comenzado el arbitraje. Con ello, el órgano jurisdiccional encargado del procedimiento concursal estará legitimado para acordar la suspensión del convenio arbitral en cualquiera de las fases del concurso pero con el límite temporal que marca el comienzo de la tramitación del procedimiento arbitral<sup>56</sup>.

En definitiva, la potestad del juez del concurso en esta materia es un ejemplo de las amplias facultades que tiene el mismo como órgano rector del procedimiento concursal, y la discrecionalidad con que puede ejercitarlas. Sin embargo, esta no puede ser entendida como una libertad absoluta para decidir sobre cualquier extremo<sup>57</sup>.

B) La necesidad de que concurra un perjuicio para la tramitación del procedimiento a la hora de suspender los efectos del convenio arbitral

Como se ha adelantado en el apartado anterior, el principal obstáculo y, probablemente, el de mayor enjundia a la hora de analizar el nuevo tratamiento de los convenios arbitrales en sede de concurso, lo encontramos en la dificultad que entraña determinar qué debemos entender por «perjuicio para la tramitación de un concurso».

En primer lugar, cabe señalar que la Ley Concursal hace referencia a un perjuicio procesal, en tanto que se refiere de manera expresa a la «tramitación» del procedimiento y no al concurso en general. Sin embargo, debido a la naturaleza mixta del concurso, un perjuicio procesal puede tener su proyección a nivel sustantivo.

En segundo lugar, la dificultad en la interpretación de lo que debe entenderse por «perjuicio» aumenta como consecuencia de que el juez del concurso debe detectar su existencia únicamente con base en lo establecido en el convenio arbitral. Así pues, la dificultad radica en que el órgano jurisdiccional encargado del procedimiento concursal deberá *a priori* reconocer el perjuicio antes de que el procedimiento arbitral se inicie, que es al fin y al cabo el que materializaría tal perjuicio.

<sup>56</sup> Ibidem, págs. 59-60. Vid. a este respecto a GÓMEZ JENÉ, M.: «Concurso y Arbitraje Internacional...», *op. cit.*, pág. 3.

<sup>57</sup> MARTÍNEZ-GUJÓN MACHUCA, P.: «Efectos de la declaración de concurso sobre los convenios, los procedimientos y los laudos arbitrales...», *op. cit.*, pág. 62.

En tercer y último lugar, la fórmula elegida por el legislador para admitir una posible suspensión de los efectos de los convenios arbitrales es tan amplia que si se aplica de forma descomedida, poco se habría avanzado con la reforma debida a la Ley 11/2011<sup>58</sup>.

En todo caso, si el juez decidiese suspender los efectos de los convenios arbitrales, todas las controversias que pudiesen surgir en torno a la relación jurídica contemplada por el convenio arbitral serán ventiladas en el seno del concurso, por la vía del incidente concursal (art. 192.1 LC)<sup>59</sup>.

### 1.3.2. La remisión a los tratados internacionales

Otra excepción a la regla general se instituye cuando la Ley Concursal, en su artículo 52.2, recoge que lo dispuesto en este precepto se producirá «sin perjuicio de lo dispuesto en los Tratados Internacionales». Esta referencia ha sido controvertida y criticada desde el punto de vista doctrinal. Y es que la misma puede considerarse innecesaria en tanto que la supremacía de los tratados internacionales sobre las normas nacionales en el Ordenamiento jurídico español ya viene recogida constitucionalmente (art. 96 CE). Con todo ello, en los convenios internacionales relevantes suscritos por España en materia de arbitraje nada se establece en relación con el tratamiento de los convenios arbitrales en sede concursal<sup>60</sup>. De ahí que algún autor haya defendido que no tendría ningún sentido que una norma arbitral internacional entrase a regular el tratamiento que debe otorgarse al convenio arbitral en sede de procedimiento de insolvencia en tanto en cuanto es la propia norma concursal la que debe encargarse de ello. En este sentido, si bien el arbitraje puede tener una lógica propia y un gran nivel de autonomía dentro del Ordenamiento jurídico, lo que no puede, bajo ninguna circunstancia, es posicionarse al margen de este último. Así, una cosa es la validez del convenio arbitral acordado por las partes y otra muy distinta las consecuencias que para ese convenio arbitral válido y eficaz, antes de la declaración de apertura de concurso de acreedores, supondría la circunstancia de que se abriera un procedimiento de insolvencia contra alguna de las partes. Es por ello que la validez y efectos del convenio en la esfera extraconcursal deben ser reguladas por las normas extraconcursoales, pero la validez y efectos del convenio en sede concursal deben analizarse a la luz de las normas concursoales<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> ESCALER BASCOMPTE, R.: «La injustificada reforma de la ley de arbitraje por los escasos cambios sustanciales que aporta: un mensaje contraproducente para el fomento del arbitraje», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, n.º 1, 2012, pág. 423.

<sup>59</sup> En caso de que se pretenda dejar sin eficacia un convenio arbitral de carácter internacional que es susceptible de ser activado en un tercer Estado, la resolución arbitral que ordene la ineficacia de ese convenio deberá ser ejecutada y reconocida en el tercer Estado en cuestión. *Vid. infra*, apartado VI.

<sup>60</sup> PERALES VISCASILLAS, P.: «Los efectos del concurso sobre los convenios arbitrales en la ley concursal 22/2003 (y II)», *op. cit.*, pág. 9.

<sup>61</sup> Desde la doctrina se ha pedido, con poco éxito, la supresión de esta referencia a los tratados internacionales con el fin de acabar con interpretaciones que pueden provocar confusión. *Vid.* a este respecto a HEREDIA CERVANTES, I.: «Tratamiento concursal del convenio arbitral: la modificación del artículo 52.1 de la Ley Concursal (I)...», *op. cit.*, págs. 4-6.

## 2. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS ARBITRALES EN TRAMITACIÓN Y SOBRE LOS QUE SE HAN TRAMITADO DESPUÉS DE LA MISMA

El carácter universal del concurso que justifica la concentración en un solo órgano judicial de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor no es absoluto<sup>62</sup>, ya que se admite la posibilidad de que se continúen, al margen del concurso, procedimientos iniciados ante otras jurisdicciones, así como que se ejerciten acciones frente a otros órganos jurisdiccionales distintos del juez concursal e incluso ante instituciones no jurisdiccionales como lo es el arbitraje. Sin embargo, el legislador ha previsto un tratamiento diferente para los efectos de la declaración judicial de concurso sobre los procedimientos pendientes, según se estén tramitando en sede judicial o en vía arbitral, y que a efectos prácticos se materializa en la posibilidad de que el juez del concurso pueda intervenir o no en dichos procedimientos.

### 2.1. Procedimientos en tramitación antes de la declaración de concurso

#### 2.1.1. Tratamiento de los procedimientos arbitrales antes de la declaración de concurso

Los procedimientos arbitrales que se encuentran en tramitación en el momento en que se produce la declaración judicial de concurso continuarán hasta la firmeza del laudo (art. 52.2 LC). Esto significa que, con independencia del momento en el que se encuentre el procedimiento arbitral, es decir, si se están iniciando las actuaciones o, por el contrario, las mismas están muy avanzadas, la declaración de concurso de una de las partes que ha pactado el convenio arbitral no afectará a la continuidad del procedimiento y seguirá tramitándose conforme a las normas que rigen ese arbitraje<sup>63</sup>, hasta que este concluya a través de alguno de los mecanismos previsto por la legislación arbitral<sup>64</sup>.

La Ley Concursal no contempla la posibilidad de intervención del juez del concurso en el procedimiento arbitral que se encuentra en tramitación y, en consecuencia, aunque sobrevenga el concurso, el procedimiento arbitral tendrá que seguir sustanciándose ante el árbitro o la institución arbitral que administre el arbitraje hasta que la resolución arbitral adquiera firmeza, momento en

<sup>62</sup> En este sentido, CORDÓN MORENO, F. J., señala que «a la vista del contenido del artículo 8 de la Ley Concursal y del progresivo vaciamiento del mismo durante su tramitación parlamentaria, no se puede afirmar que la Ley recoja el principio de la jurisdicción exclusiva y excluyente del Juez sobre las cuestiones litigiosas que puedan afectar a la totalidad del patrimonio del concursado, que había sido formulado por la doctrina e incluido en alguno de los anteriores anteproyectos de reformar de la legislación concursal (art. 15 del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983)», en «Concurso y convenios arbitrales (a propósito de la pretendida reforma del art. 52.1 LC)...», *op. cit.*, pág. 169.

<sup>63</sup> Las partes tienen autonomía para pactar el Derecho aplicable, por tanto, el procedimiento arbitral se regirá por las normas acordadas y por el Reglamento de la institución arbitral en la que se esté celebrando el arbitraje.

<sup>64</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J.: «Artículo 52. Procedimientos arbitrales...», *op. cit.*, pág. 523.

el cual el procedimiento arbitral llega a su fin<sup>65</sup> y, por tanto, habrá que estar a lo establecido por la Ley Concursal sobre los efectos de la declaración de concurso sobre el laudo<sup>66</sup>.

### 2.1.2. *Necesaria referencia al tratamiento de los procedimientos jurisdiccionales en tramitación antes de la declaración de concurso*

Es preciso señalar que, en el ámbito de la tutela estrictamente declarativa, tras la declaración de concurso, los juicios declarativos pendientes en el momento de dictarse el auto de declaración de concurso continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia (art. 51.1 LC). Sin embargo, excepcionalmente, algunos juicios se acumularán al procedimiento y continuarán su tramitación ante el juez del concurso, mientras otros se suspenderán en su tramitación (art. 51 bis LC).

### 2.1.3. *Las diferencias entre la jurisdicción ordinaria y el arbitraje con respecto al tratamiento de los efectos de la declaración judicial de concurso sobre las acciones individuales*

El procedimiento arbitral continuará tramitándose por las reglas que rigen el arbitraje y solo se prevé la intervención del juez del concurso de manera excepcional, por ejemplo para la adopción de medidas cautelares. Sin embargo, en el supuesto de los procedimientos judiciales en curso, la solución es diferente ya que si bien la regla general es que continuarán tramitándose de forma independiente, la legislación concursal contempla la posibilidad de que ese proceso se acumule al juicio universal de concurso (art. 51. LC).

## 2.2. Procedimientos arbitrales tramitados después de la declaración de concurso

### 2.2.1. *Tratamiento de los procedimientos arbitrales iniciados tras la declaración de concurso*

La posibilidad de que los convenios arbitrales suscritos por el concursado no se vean afectados por la declaración de concurso y, por tanto, puedan desplegar sus efectos con independencia de que exista un procedimiento concursal, tiene como consecuencia que puedan iniciarse nuevos procedimientos arbitrales en sede de concurso. En todo caso, la participación del deudor concursado en estos procedimientos estará determinada por la capacidad procesal que este tenga y que depende de los efectos del concurso sobre sus facultades.

<sup>65</sup> MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P.: «Efectos de la declaración de concurso sobre los convenios, los procedimientos y los laudos arbitrales...», *op. cit.*, pág. 54.

<sup>66</sup> *Vid. infra.*, apartado V 3.

Así, el tratamiento de los nuevos procedimientos arbitrales que se han iniciado con posterioridad a la declaración de concurso constituye una excepción a la regla general establecida en la legislación concursal para los nuevos juicios declarativos en los que opera la *vis attractiva* del concurso (art. 50 LC).

En los procedimientos que tienen lugar después de declaración de concurso, un aspecto de gran trascendencia es la provisión de fondos por parte del concursado para atender a los honorarios, gastos de los árbitros y aquellos estipendios que pudieran producirse en la administración del arbitraje. Las instituciones que se dedican a la administración de los procedimientos arbitrales suelen incluir en sus reglamentos determinadas cláusulas que les facultan para poner fin a las actuaciones arbitrales si no se ha cumplido con la provisión de fondos exigida, sin que ello suponga un incumplimiento del deber de los árbitros. Sin embargo, se admite la posibilidad de que la otra parte del procedimiento arbitral supla la falta de fondos del concursado y, por tanto, el arbitraje pueda continuar (art. 21.2 LA)<sup>67</sup>.

A este respecto, si se tiene en cuenta la equiparación entre procedimiento judicial y procedimiento arbitral como medios para resolver controversias, ambos igual de válidos y eficaces, parece lógico que la administración concursal tenga que velar por el cumplimiento de lo establecido en el artículo 52.1 de la Ley Concursal y, en consecuencia, no podrá negarse a provisionar los fondos exigidos por el árbitro en los casos de sustitución del concursado en su capacidad procesal en tanto en cuanto lo que estaría haciendo es ejercer el cargo con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal (art. 35.1 LC).

La naturaleza del importe destinado a la provisión de fondos tendrá carácter de crédito contra la masa y, en consecuencia, el pago del mismo deberá estar sujeto a las reglas establecidas por la legislación concursal para estos créditos (art. 84.3 LC).

Es preciso señalar que una vez iniciado el procedimiento arbitral, su tramitación habrá de continuar hasta la firmeza del laudo y, por tanto, será de aplicación lo establecido para los procedimientos arbitrales en tramitación antes de la declaración de concurso (art. 52.2 LC)<sup>68</sup>.

### 2.2.2. *Necesaria referencia al tratamiento de los procedimientos jurisdiccionales en tramitación después de la declaración de concurso*

Es preciso señalar que, en sede de juicio declarativo, los tribunales pertenecientes a los órdenes jurisdiccionales civil y social ante los que se interponga una demanda que trate sobre una materia que corresponde al juez del concurso en virtud de su competencia exclusiva y ex-

<sup>67</sup> ARIAS LOZANO, D.: «Comentario al artículo 21» en Arias Lozano, D. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Navarra, 2005, pág. 228.

<sup>68</sup> MARTÍNEZ-GUJÓN MACHUCA, P.: «Efectos de la declaración de concurso sobre los convenios, los procedimientos y los laudos arbitrales...», *op. cit.*, pág. 70.

cluyente deberán abstenerse de conocer de la misma y deberán prevenir a las partes para que ejerciten su derecho frente al órgano jurisdiccional encargado del procedimiento concursal. Por otro lado, en el orden mercantil, los tribunales no admitirán a trámite demandas en las que se ejerciten acciones contra los administradores de la sociedad concursada. Se contempla la posibilidad de nulidad de actuaciones si los jueces del orden civil, social o mercantil ante quienes se interponga una demanda, la admiten a trámite a pesar de que la competencia corresponda al juez del concurso (art. 53 LC).

Sin embargo, en los procesos con trascendencia patrimonial en los que no opera la *vis atractiva* (sociales, administrativos y penales), el legislador trata de garantizar el fundamento del principio de universalidad disponiendo que los jueces correspondientes a esos órdenes jurisdiccionales deberán emplazar a la administración concursal, y si se personase la tendrán como parte en defensa de la masa (art. 50.4). Además, atribuye únicamente al juez del concurso la competencia exclusiva para la ejecución (*cf.* artículo 8.3.º LC). Asimismo, la legislación concursal faculta al juez encargado del procedimiento de insolvencia para que pueda ordenar la acumulación de esos procedimientos al juicio universal del concurso (art. 51 LC), cuando estime que la resolución de los mismos puede tener trascendencia sustancial para la masa activa o para la masa pasiva y siempre que concurren los requisitos exigidos para ello y pueda ventilarse por el cauce del incidente concursal (art. 192.1.II LC)<sup>69</sup>.

### 2.2.3. *Las diferencias entre la jurisdicción ordinaria y el arbitraje con respecto al tratamiento de los efectos de la declaración judicial de concurso sobre las acciones individuales*

La Ley Concursal establece que, una vez se ha declarado abierto el concurso, el juez encargado del procedimiento que se encuentre en tramitación deberá emplazar al procedimiento en cuestión a la administración concursal como parte defensora de la masa pasiva. Sin embargo, cuando el procedimiento en tramitación es arbitral, ni la norma reguladora del concurso ni la legislación que rige el arbitraje establecen la necesidad de emplazar al administrador concursal para que se persone en el procedimiento de arbitraje.

Estas diferencias entre los procedimientos judiciales y los procedimientos arbitrales encuentran su fundamento en los controles del artículo 50.4 de la Ley Concursal. Así, por un lado, en los procedimientos judiciales se aplica la norma general que establece que el juez debe abstenerse en los casos de falta de jurisdicción por razón de la materia y de competencia objetiva (*cf.* artículos 37 y 48 LEC). De esta forma, en caso de que no se dé cumplimiento a esta circunstancia la ley prevé la sanción de nulidad de actuaciones para el caso de contravención (arts. 225.1.º LEC y 238. 1.º LOPJ). En cambio, el arbitraje se rige por normas diferentes en tanto que se trata de un mecanismo de resolución de controversias alternativo a la jurisdicción ordinaria.

<sup>69</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J.: «Artículo 52. Procedimientos arbitrales...», *op. cit.*, págs. 524-525; BELLIDO, R.: «Artículo 52. Procedimientos arbitrales...», *op. cit.*, pág. 1.015.

### 3. EFECTOS SOBRE LOS LAUDOS

Hasta ahora, se han analizado los efectos que la declaración judicial de concurso produce sobre el convenio y el procedimiento arbitral. Este último puede finalizar con la emisión de un laudo<sup>70</sup> por parte del árbitro o tribunal arbitral que está llamado a resolver la controversia sometida a arbitraje en virtud de acuerdo entre las partes. En este epígrafe nos proponemos analizar los efectos que ejerce la declaración de apertura del procedimiento concursal sobre este tipo de resoluciones. A este respecto, la Ley Concursal establece que los laudos vinculan al juez del concurso, que deberá otorgarles el tratamiento concursal que corresponda (art. 53.1 LC).

#### 3.1. El tratamiento de los laudos arbitrales en sede de concurso

Como se ha indicado, el juez del concurso queda vinculado por los laudos firmes que hayan sido dictados tanto con anterioridad como con posterioridad a la declaración judicial de concurso (art. 53.1 LC), con independencia del contenido material al que se refieran. La ley otorga al juez del concurso una competencia exclusiva y excluyente para la ejecución del laudo arbitral (art. 8.3.º LC)<sup>71</sup>. De ahí que el juez concursal deberá reconocer el laudo arbitral firme y otorgarle el tratamiento concursal que corresponda (art. 53.1 LC). En este sentido, si en virtud de la sentencia arbitral se reconoce un derecho de crédito a favor de un acreedor distinto del concursado, ese crédito deberá incluirse de manera necesaria en la lista de acreedores.

En este escenario, algún autor ha defendido que el reconocimiento de un crédito por medio de un laudo arbitral adquiere un «carácter incontrovertido e indiscutible en el concurso»<sup>72</sup>. Esto es así en tanto que si el deudor concursado posee todos sus bienes en España, el juez del concurso podrá satisfacer los derechos de crédito existentes contra el concursado sin que ello presente inconveniente alguno. Sin embargo, si alguno de los bienes del deudor concursado se encuentra fuera de España, se pueden llegar a producir situaciones controvertidas que pueden ser difíciles de resolver desde el punto de vista de la técnica jurídica. Así, el acreedor podría intentar ejecutar el laudo arbitral en terceros Estados yendo en contra de lo dispuesto por el artículo 8 de la Ley Concursal, que otorga esta competencia exclusivamente al juez del concurso.

Nos encontraríamos ante un contexto en el que se podrían desarrollar dos actuaciones muy diferenciadas y, al mismo tiempo, contradictorias. Por un lado, el juez del concurso, en función de si en el procedimiento concursal se ha optado por la solución convenida o la solución liquidatoria y en virtud de su competencia exclusiva y excluyente, dará al laudo arbitral el tratamiento concursal que corresponda. Por otro lado, el acreedor podrá intentar la ejecución en un tercer Estado en virtud

<sup>70</sup> Vid. a este respecto a MOSES, M. L.: *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Nueva York, Cambridge University Press, 2012, págs. 189 y ss.

<sup>71</sup> BELLIDO, R.: «Artículo 52. Procedimientos arbitrales...», *op. cit.*, pág. 1.018.

<sup>72</sup> *Ibidem*, pág. 1.018.

de lo dispuesto por la Convención de Nueva York, que regula que la misma se aplicará al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales que hayan sido dictadas en territorio de un Estado distinto de aquel en el que se pretende el reconocimiento y la ejecución de dichas resoluciones, y que tengan su origen en diferencias entre personas físicas o jurídicas (art. 1 Convención de Nueva York).

Si la resolución dictada por el juez del concurso se reconoce en virtud de lo dispuesto por el Reglamento Europeo de Insolvencia en un Estado miembro de la Unión Europea, no existiría problema alguno ya que la decisión judicial se validaría y el bien en cuestión quedaría sometido a lo dispuesto por la decisión del órgano jurisdiccional. Sin embargo, los inconvenientes se presentan cuando los bienes están radicados bien en un Estado que no es miembro de la Unión Europea, bien en un Estado miembro pero en unas circunstancias que no permiten la aplicación del Reglamento Europeo de Insolvencia. En este último caso, se debería acudir al principio de reciprocidad para reconocer y ejecutar la decisión judicial en materia concursal en ese tercer Estado.

La resolución judicial podría no ser reconocida o podrían presentarse fuertes dificultades para su reconocimiento debido a la lentitud de los órganos jurisdiccionales en el Estado requerido, a la posible falta de reciprocidad entre Estados o a problemas de índole socio-político. Mientras esto se produce, el acreedor a favor del cual se reconoce un crédito por medio de la resolución arbitral puede intentar la ejecución de la citada resolución en ese tercer Estado basándose, como se ha comentado, en lo dispuesto por la Convención de Nueva York<sup>73</sup>. Más de 140 Estados han firmado y ratificado esta Convención, constituyéndose como un instrumento útil y eficaz que permite el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros de manera rápida y sencilla<sup>74</sup>. De ahí que pueda resultar más compleja la validación de una resolución judicial española en un tercer Estado que el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral emitido en España en ese mismo Estado. En este contexto, si el acreedor es capaz de ejecutar el laudo arbitral y saldar la deuda que el concursado tenía para con él en detrimento de la competencia exclusiva que posee el juez del concurso para ejecutar los laudos arbitrales que le vinculan, se produciría una ruptura del principio de la *par conditio creditorum* del procedimiento de insolvencia en tanto que un acreedor habría visto su derecho de crédito satisfecho fuera del cauce procesal previsto por el concurso. Ello podría causar un perjuicio al resto de acreedores.

### 3.2. El tratamiento en sede de concurso de los laudos arbitrales anulados

La Ley Concursal establece que si bien los laudos arbitrales firmes vinculan al juez y este deberá otorgarles el tratamiento concursal que corresponda (art. 53.1 LC), ello se entiende sin perjuicio de la acción que puede iniciar el administrador concursal para impugnar los convenios y los procedimientos arbitrales en caso de fraude (art. 53.2 LC). Además, en caso de que el concursado haya sido suspendido en el ejercicio de sus facultades patrimoniales, el administrador

<sup>73</sup> HARTLEY, C. T.: *International Commercial Litigation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pág. 180.

<sup>74</sup> *Ibidem*, pág. 416.

concurstal está legitimado para ejercitar la acción de anulación contra los convenios arbitrales así como solicitar la revisión de un laudo firme (art. 54.1 LC). Si el concursado se encuentra en régimen de intervención, la legitimación directa y primera la ostentará el propio concursado; no obstante, la administración concursal podrá ejercitar las acción de anulación o solicitar la revisión del laudo arbitral firme si el concursado se negara a ejercitar estas acciones (art. 54.2 LC).

Como se ha analizado, el laudo arbitral podrá ser anulado a instancia del administrador concursal bien por alguno de los motivos que se recogen en el artículo 54 de la Ley de Arbitraje, bien por motivo de fraude. Podría concluirse que el administrador concursal ejerce una facultad de control del arbitraje que le permite evitar que se valide un laudo que pueda contravenir lo dispuesto por la ley, preservando así la tramitación del concurso de acreedores. Si bien esto es cierto, se ha de tener en cuenta que el acreedor podrá ejecutar en un tercer Estado un laudo arbitral anulado por los órganos jurisdiccionales del Estado sede del arbitraje. Existen ordenamientos jurídicos que permiten el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales anulados ya que se ha considerado en estos sistemas jurídicos que el arbitraje forma parte del Derecho supranacional en tanto que no debe estar vinculado a ninguna jurisdicción de orden estatal. Se otorga al arbitraje una naturaleza autónoma porque se entiende que los operadores jurídicos optan por someter sus controversias a este mecanismo de resolución de disputas para evitar precisamente la injerencia de la jurisdicción ordinaria. El espíritu de este tratamiento del arbitraje se basa en evitar la intervención de las Administraciones públicas en procedimientos mercantiles complejos en los que se requiere una mayor imparcialidad en tanto que entran en juego intereses de diversa índole que pueden afectar a empresas e instituciones de diferentes jurisdicciones y de distinta naturaleza<sup>75</sup>.

En Derecho comparado, los órganos jurisdiccionales franceses<sup>76</sup> suelen reconocer las sentencias arbitrales anuladas al entender este carácter supranacional del arbitraje<sup>77</sup>. Es por ello bastante compleja la ejecución de una sentencia judicial de anulación de un laudo arbitral. Se otorga prioridad a la decisión arbitral sobre la resolución judicial de anulación. Por el contrario, en Alemania, en la mayoría de las ocasiones, no podrá ejercitarse un laudo arbitral anulado ya que el sistema jurídico alemán se ha caracterizado por respetar las decisiones de anulación de las resoluciones arbitrales en tanto que no considera que puede contradecir lo dispuesto por los órganos jurisdiccionales de otros Estados sobre decisiones arbitrales dictadas en el ámbito de su jurisdicción ya que ello podría vulnerar el libre ejercicio de la soberanía del Estado sede del arbitraje.

Si bien la administración concursal posee una facultad de control del arbitraje, el acreedor puede ser capaz de ejecutar el laudo arbitral anulado y saldar la deuda que el concursado tenía

<sup>75</sup> Vid. a este respecto a MOSES, M. L.: *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration...*, op. cit., págs. 5 y ss.

<sup>76</sup> Sentencia de la Corte de Casación Civil francesa dictada el 9 de octubre de 1984 (*Société Pabalk Ticaret v. Société Norsolor*).

<sup>77</sup> HARTLEY, C. T.: *Internacional Commercial Litigation...*, op. cit., pág. 336.

para con él, de nuevo en detrimento de la competencia exclusiva que posee el juez del concurso para ejecutar los laudos arbitrales que le vinculan. Estaríamos también ante una ruptura del principio de la *par conditio creditorum* del procedimiento de insolvencia en tanto que un acreedor habría visto su derecho de crédito satisfecho fuera del cauce procesal previsto por el concurso.

En conclusión, en un escenario en el que se desarrolla un procedimiento concursal en España con un concursado que es parte en un convenio o procedimiento arbitral con sede del arbitraje en España, podría parecer que el correcto funcionamiento del concurso y del arbitraje como dos instituciones que se ven obligadas a convivir y a interrelacionarse en el marco del Ordenamiento jurídico español está asegurado. No obstante, en un mundo cada vez más globalizado en el que las empresas, las instituciones y los distintos operadores jurídicos ejercen su actividad en distintas jurisdicciones y poseen bienes en múltiples Estados, el funcionamiento conjunto de arbitraje y concurso puede verse afectado produciéndose una grave alteración de la *par conditio creditorum*.

## VI. LA VALIDEZ EXTRATERRITORIAL DE LAS DECISIONES JUDICIALES EN MATERIA CONCURSAL COMO CONDICIONANTE A LA EFICACIA DEL ARBITRAJE EN SEDE DE CONCURSO

### 1. CUESTIONES PRELIMINARES

Cuando el juez del concurso español considere que el convenio arbitral en el que es parte el deudor concursado debe quedar sin validez porque supone un perjuicio para la tramitación del procedimiento de insolvencia, emitirá una resolución judicial en la que ordena la ineficacia temporal de dicho convenio. Si el objeto de la decisión judicial es la de dejar sin eficacia un convenio arbitral internacional en el que la sede del arbitraje se encuentre en un tercer país distinto de España, se debe analizar la validez extraterritorial de la mencionada resolución en ese Estado sede del arbitraje. Son dos los escenarios que pueden tener lugar en función de si se aplica o no el Reglamento 1346/2000 de Insolvencia<sup>78</sup>.

Por un lado, si el juez del concurso se ha declarado competente para iniciar el procedimiento concursal con base en lo dispuesto por el Reglamento Europeo de Insolvencia, la resolución judicial que ordena la ineficacia del convenio arbitral deberá analizarse en virtud de lo dispuesto por este Reglamento, si el Estado sede del arbitraje es miembro de la Unión Europea. Por el contrario, en caso de que el juez del concurso se haya declarado competente para conocer del procedimiento de insolvencia con base en una norma distinta al Reglamento, no podrá utilizarse el mismo para analizar la validez extraterritorial de la resolución judicial en el Estado miembro sede del arbitraje. Asimismo, si el Estado sede del arbitraje no perteneciese a la Unión Europea, el Reglamento de Insolvencia tampoco sería de aplicación.

<sup>78</sup> CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Concursal Internacional*, Madrid, Colex, 2004, pág. 237.

## 2. LA VALIDEZ EXTRATERRITORIAL DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA CONCURSAL SEGÚN LO ESTABLECIDO POR EL REGLAMENTO EUROPEO DE INSOLVENCIA

### 2.1. El reconocimiento de las resoluciones judiciales

El Reglamento Europeo de Insolvencia regula la validez extraterritorial de la resolución judicial sin necesidad de procedimiento específico, lo cual no quiere decir que nos encontremos ante un reconocimiento de plano, esto es, sin ningún tipo de control<sup>79</sup>. En este sentido, existen límites al reconocimiento de resoluciones judiciales que serán analizados más adelante.

La norma establece que las resoluciones relativas a la apertura del procedimiento concursal que hayan sido dictadas por un tribunal competente de un Estado miembro serán reconocidas en el resto de Estados miembros desde el momento en el que la citada decisión judicial haya surtido efectos en el Estado de apertura (art. 16.1 Reglamento). El Reglamento regula también que las decisiones judiciales relativas al desarrollo y conclusión del procedimiento concursal que hayan sido dictadas por el órgano jurisdiccional cuya resolución de apertura deba reconocerse según lo establecido en el artículo 16 y de acuerdo con el convenio aprobado por el órgano jurisdiccional, se reconocerán sin otros procedimientos (art. 25.1 Reglamento). Se observa que, una vez se haya dictado auto de apertura del concurso de acreedores y este haya surtido efectos, la resolución que deje sin eficacia al convenio arbitral será reconocida en otro Estado miembro sin necesidad de iniciar otro tipo de procedimiento.

Con el Reglamento se potencia el reconocimiento de las resoluciones judiciales en materia concursal en todos los Estados miembros pero, como ya se ha adelantado, no establece un régimen de plano, esto es, un reconocimiento directo e inmediato, pues existe un control que debe llevarse a cabo por parte de las autoridades correspondientes del Estado miembro ante el que se solicita el reconocimiento de la decisión en materia de insolvencia. Los motivos de no reconocimiento se reducen a que la resolución judicial produzca efectos contrarios al orden público. Así, únicamente cuando se ponga en peligro el orden público del Estado en el que se pretende el reconocimiento se podrá denegar el mismo.

Una resolución producirá efectos contrarios al orden público cuando vulnere los principios básicos del Estado requerido. En este sentido, cada Estado miembro determinará cuáles son esos principios esenciales que fundamentan su sistema jurídico. Sin embargo, para evitar un abuso de la utilización del motivo de la vulneración del orden público para el no reconocimiento de las resoluciones judiciales en materia de insolvencia, el Reglamento restringe el concepto de orden público al que se sustrae de los principios, derechos y libertades fundamentales que quedan garantizados por la Constitución o por las normas superiores de un Estado (art. 26 Reglamento)<sup>80</sup>;

<sup>79</sup> Ibidem, pág. 144.

<sup>80</sup> Vid. a este respecto a REMÓN PEÑALVER, J.: «La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público», *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español del Arbitraje*, n.º 1, 2008, págs. 115-132.

se trata pues de un concepto que debe analizarse a la luz del Derecho constitucional. Cabe destacar asimismo que la norma europea de insolvencia se refiere tanto las resoluciones que vulneran el orden público real, esto es, que producen efectos contrarios al orden público, como a un orden público potencial, es decir, cuando el reconocimiento de la resolución judicial puede producir tales efectos pero los mismos todavía no han tenido lugar. Además, el orden público podrá ser sustantivo, esto es, el referente al contenido material de los principios que fundamentan el sistema jurídico del Estado, y procesal, cuando lo que se vulneran son elementos relativos a su ámbito procedimental.

## 2.2. La ejecución de las resoluciones judiciales

Una vez la resolución judicial ha sido reconocida, es necesario llevar a cabo un procedimiento de exequátur para que la misma pueda surtir efectos. El Reglamento Europeo de Insolvencia establece que pueden obtener exequátur en los Estados miembros las decisiones judiciales relativas al desarrollo del procedimiento de insolvencia (art. 25 Reglamento). Sin embargo, en lo relativo al procedimiento para obtener el exequátur, el Reglamento, en un ejercicio de economicidad jurídica, se remite expresamente al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 indicando que se estará a lo dispuesto en este tratado internacional (art. 25 Reglamento). Se trata de una remisión lógica ya que no tendría sentido crear un nuevo procedimiento de exequátur para las resoluciones en materia de insolvencia cuando ya existe una regulación que se encarga de ello y cuyos resultados han sido satisfactorios.

El Reglamento 44/2001 vino a sustituir el Convenio de Bruselas de 1968 en las relaciones entre todos los Estados miembros de la Unión Europea a excepción de Dinamarca. En este contexto, se ha planteado un problema en tanto que el Reglamento Europeo de Insolvencia sigue haciendo referencia directa al Convenio de Bruselas. Algunos autores han defendido que aunque la remisión siga siendo al Convenio de Bruselas, se debe estar a lo dispuesto por el Reglamento 44/2001. Ello con base en que el Convenio ha sido sustituido y no derogado por el citado Reglamento. Si bien el procedimiento de exequátur regulado en el Convenio de Bruselas no difiere, en sus aspectos básicos, del regulado por el Reglamento 44/2001, existen ciertos matices procesales que deberán tenerse en cuenta en tanto que el Reglamento constituye un sistema con menor carga documental y que por tanto goza de una mayor agilidad.

Cabe destacar que mientras que el Convenio de Bruselas establece motivos tasados en virtud de los cuales se puede denegar el otorgamiento del exequátur a la resolución judicial extranjera, el Reglamento 44/2001 prevé un reconocimiento de plano. Este punto contradictorio entre ambas normas no supone problema alguno en tanto que la remisión a una u otra norma se refiere en todo caso a aspectos del proceso y no a los motivos de denegación del exequátur de la resolución judicial. Las condiciones para obtener el exequátur se regulan exclusivamente por el Reglamento 1346/2000. En este sentido, la norma establece como único límite al otorgamiento del exequátur el orden público, concepto que debe ser analizado en los mismos términos que se estudian en sede de reconocimiento de la resolución judicial.

### 3. LA VALIDEZ EXTRATERRITORIAL DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA CONCURSAL AL MARGEN DEL REGLAMENTO EUROPEO DE INSOLVENCIA

Si existe un convenio arbitral de carácter internacional que puede ser susceptible de ser activado por un tribunal arbitral en un país distinto de España en el que interviene el deudor concursado, y el juez del concurso entiende que la vigencia de ese convenio supone un perjuicio para la tramitación del procedimiento de insolvencia, podrá emitir una resolución que ordene la suspensión temporal de los efectos del convenio arbitral. Esa resolución deberá ser validada por las autoridades competentes del Estado sede del arbitraje para que surta efectos en su territorio, esto es, deberá ser reconocida y ejecutada en ese tercer Estado para poder conseguir la paralización del procedimiento arbitral que constituye un perjuicio para la tramitación del concurso en España. Al margen del Reglamento Europeo de Insolvencia, se atenderá a la posible reciprocidad existente entre el tercer Estado sede del arbitraje y España en materia de reconocimiento de resoluciones judiciales para determinar si la decisión del juez concursal español será validada o no en ese tercer Estado<sup>81</sup>. También deberá estarse a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico interno de este último Estado.

Caben dos interpretaciones del concepto de reciprocidad: la reciprocidad general y la reciprocidad especial. En cuanto a la primera de ellas, reciprocidad significa que se otorgará validez en un Estado a las resoluciones judiciales procedentes de otro Estado en materia concursal si en el Estado de procedencia de la decisión judicial se da cumplimiento a las resoluciones del primer Estado en materia de insolvencia. En cuanto a la segunda interpretación, el término reciprocidad se refiere a que se otorgará validez a una resolución de un Estado en otro Estado siempre que la misma cumpla con las condiciones que en el primer Estado se exigen a las sentencias del segundo Estado para que se produzcan efectos en este último.

En España, la Ley Concursal establece que cuando no exista reciprocidad o se produzca una falta sistemática de cooperación por parte de un tercer Estado, no se aplicará respecto de los procedimientos que se sigan en ese Estado los Capítulos III y IV del Título IX de la mencionada norma (art. 199 LC). Se observa pues que en la normativa concursal española se establece la reciprocidad como un elemento necesario para el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras en materia de insolvencia. La Ley Concursal entra a regular el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras en materia de concurso de acreedores, pero cuando un juez español emite una resolución en virtud de la cual se pretende dejar sin eficacia a un convenio arbitral en un Estado sede del arbitraje distinto de España, se deberá estar, como se ha comentado, a la existencia de reciprocidad entre ambos países y al ordenamiento jurídico interno de ese Estado. Se trata por tanto de una cuestión compleja en la que deben ser analizados tanto en las relaciones existentes entre ambos Estados como en el ordenamiento interno del Estado sede del arbitraje.

<sup>81</sup> CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Concursal Internacional...*, *op. cit.*, págs. 246 y ss.

No se ha de confundir el procedimiento de validación de una resolución que deja sin eficacia un convenio arbitral en un tercer Estado distinto de España y el tratamiento que el ordenamiento jurídico de ese Estado otorgue a esa decisión judicial ya validada. En este sentido, podría darse el caso de que la resolución judicial no se reconociese ni ejecutase por lo que no se podría producir la invalidación del convenio arbitral, que el juez español entiende como perjudicial para el procedimiento de insolvencia en España. Pero también podría tener lugar una situación en la que la resolución se reconociese y ejecutase pero el convenio arbitral siguiese activo, porque el tratamiento que se otorga a ese tipo de resoluciones en el marco del ordenamiento jurídico del Estado sede del arbitraje no conlleva la paralización de ese tipo de procedimientos en virtud de decisiones judiciales con esas características.

## VII. CONCLUSIÓN Y PROPUESTA DE LEGE FERENDA

El principio de la *par conditio creditorum* rige en todas las fases del procedimiento concursal. En este sentido, el juez encargado del concurso deberá asegurar que todos los acreedores del deudor concursado se encuentran en una situación de igualdad. Para ello, el Ordenamiento jurídico español dota a este procedimiento de un carácter especial en el que el juez concursal, en virtud del principio de la *vis attractiva*, posee una competencia exclusiva y excluyente.

Esta facultad atribuida al juez del concurso es una manifestación del sistema de control que la legislación concursal prevé sobre la institución arbitral. Entendemos que los mecanismos de control jurisdiccionales sobre un instrumento alternativo de resolución de disputas como es el arbitraje son necesarios, sin embargo, la regulación actual se presenta en este extremo algo imprecisa y poco adaptada a la internacionalización de las relaciones jurídicas.

La imprecisión radica en que el artículo 52.1 de la Ley Concursal establece, como regla general, que, por sí sola, la declaración de concurso no afectará a la validez de los convenios arbitrales. Así, una interpretación teleológica del precepto en relación con la Exposición de Motivos de la Ley 11/2011, nos lleva a concluir que es necesario un requisito adicional para que se produzca la invalidez del pacto arbitral. Sin embargo, la norma no ha proporcionado los criterios necesarios para esclarecer cuándo nos encontramos ante un supuesto de hecho que se instituya como ese requisito adicional.

El mismo precepto, como regla excepcional, regula que si el juez del concurso entendiera que mantener la validez del convenio supondría un perjuicio para la tramitación del concurso, podrá acordar la ineficacia temporal del mismo. En este extremo, cabe destacar que el término «perjuicio» constituye un concepto jurídico indeterminado que el legislador tampoco se ha ocupado en delimitar.

En el marco de la internacionalización de los negocios, el arbitraje se ha instituido como un instrumento rápido, válido y eficaz para la resolución de controversias lo que le ha permitido un gran nivel de autonomía con respecto a los tribunales de la jurisdicción ordinaria. En este contexto, los operadores jurídicos internacionales han habilitado instrumentos como la Convención de Nueva York, que

permite el reconocimiento y ejecución de laudos en los Estados signatarios de la misma. El problema surge cuando en virtud de lo dispuesto por la mencionada Convención, un acreedor ejecuta un laudo arbitral en un tercer Estado, fuera del cauce establecido por el concurso de acreedores. Esta circunstancia provocaría que un acreedor, en un escenario de liquidación, pudiera ver satisfecho su crédito al margen de la calificación que le correspondiera al mismo en sede concursal, lo que provocaría una ruptura del principio de la *par conditio creditorum* que podría desembocar en un perjuicio para los acreedores que intervienen en el procedimiento de insolvencia. La *par conditio creditorum* también podría verse alterada incluso si la resolución arbitral hubiera sido anulada por los órganos jurisdiccionales españoles pues otras jurisdicciones podrían reconocer y ejecutar la mencionada decisión.

Ello, unido a que, en un contexto de fuertes dificultades económicas, un incremento de las insolvencias empresariales genera un aumento de los procedimientos concursales, nos proporciona un panorama jurídico en el que concurso y arbitraje nacional e internacional están obligados a entenderse. En este sentido, si bien la norma ha procurado con la última reforma operada por la Ley 11/2011 agilizar las relaciones entre concurso y arbitraje, el legislador se ha centrado en tratar los supuestos de hecho relacionados con el convenio arbitral y no ha abordado con la suficiente profundidad el desarrollo de los procedimientos y el tratamiento de los laudos arbitrales en sede concursal. A este respecto, conviene indicar que la falta de precisión del legislador no se refiere tanto a la convivencia del arbitraje y concurso en el Ordenamiento jurídico español, sino a la proyección que esta regulación pueda tener a nivel internacional.

Todo lo anterior nos lleva a determinar que en las relaciones entre arbitraje y concurso se plantean las siguientes áreas de mejora:

- Determinar los criterios que permiten concretar el requisito adicional que acompaña a la declaración judicial de concurso para que esta suspenda la eficacia de los convenios arbitrales.
- Concretar a qué se refiere el legislador con el término «perjuicio» de tal manera que se pueda prever *a priori*, cuándo un juez concursal entenderá que debe ordenar la suspensión de los efectos del convenio arbitral.
- Implementar un marco regulatorio que facilite una colaboración entre concurso y arbitraje en el marco del desarrollo del procedimiento arbitral.
- Proveer un mecanismo que permita que las resoluciones arbitrales no puedan suponer un obstáculo para el desarrollo del concurso.
- Asegurar la igualdad de trato de los acreedores en un ejercicio de preservación de la esencia del concurso.

A fin de minimizar las tensiones que derivan de las relaciones entre arbitraje y concurso, así como de contribuir a la mejora de las áreas conflictivas antes expuestas, a nuestro modo de ver existe una vía para hacer fuerte lo que hasta ahora era débil. Se trata de implementar una solución ya contemplada en la legislación concursal para los juicios declarativos de carácter jurisdiccional

en el orden social, contencioso-administrativo y penal (art. 50.4 LC): el emplazamiento de la administración concursal por parte del juez encargado del procedimiento en cuestión en el ámbito de los procesos con trascendencia patrimonial en los que no opera la *vis attractiva*.

Proponemos por tanto que en la tramitación del procedimiento arbitral en sede de concurso, en virtud de precepto recogido por la norma concursal, se emplace al administrador concursal como parte en el arbitraje. En este sentido, este desempeñaría la función de informar al árbitro o colegio arbitral de todos los extremos referentes a la situación patrimonial del concursado. Así, el administrador concursal podría facilitar y explicar la información recogida en el informe que ha elaborado en cumplimiento de sus obligaciones legales, y resolver todas aquellas cuestiones que el tribunal arbitral le pueda plantear en relación con la situación patrimonial del concursado que es parte en el procedimiento arbitral.

Con esta propuesta, se lograría lo siguiente:

- Se implementaría un marco regulatorio que contribuiría a mejorar las relaciones entre arbitraje y concurso en tanto que se sentarían las bases que permitirían una mejor convivencia de ambas instituciones.
- Se evitaría que el juez del concurso en virtud de la discrecionalidad de la que goza acudiera de forma recurrente a la suspensión de los efectos de los convenios arbitrales con el objetivo de evitar que se resuelva mediante procedimiento arbitral una controversia de la que tiene indicios de perjudicialidad.
- Se contribuiría a que los árbitros resuelvan teniendo en cuenta el ámbito especial en el que tiene lugar el procedimiento concursal y, en consecuencia, evitar que las resoluciones puedan suponer en su reconocimiento y ejecución una ruptura de la *par conditio creditorum*.

La justificación del emplazamiento del administrador concursal en el procedimiento arbitral se fundamenta además de porque contribuiría a las mejoras antes expuestas, porque se dotaría al arbitraje de un tratamiento similar al que se otorga a los procedimientos judiciales con trascendencia patrimonial, pues no hay que olvidar que la reforma operada por la Ley 11/2011 amplió los supuestos de los que podía conocer el arbitraje sin que constituyeran causa de suspensión aquellas acciones con trascendencia patrimonial.

En definitiva, *de lege ferenda* sería deseable la incorporación en la Ley Concursal del emplazamiento del administrador concursal en los procedimientos arbitrales en sede de concurso, definir qué debe entenderse por «perjuicio» a la tramitación del procedimiento concursal y cuáles son los criterios que se deben seguir para concretar que un supuesto de hecho constituye un requisito adicional que permite que la declaración judicial de concurso deje sin eficacia un convenio arbitral.

Conviene precisar, en relación con la primera propuesta, que si bien el emplazamiento del administrador concursal en los procedimientos arbitrales en los que el lugar sede de arbitraje sea

España no entrañaría mayores dificultades y supondría grandes beneficios, somos conscientes de que la aplicación de esta propuesta en los supuestos de un arbitraje en el que la sede sea un tercer Estado puede plantear dificultades técnico-procesales.

Si bien la propuesta analizada supondría una mejora sustancial en la convivencia del concurso y la institución arbitral, persisten en la práctica una serie de inconvenientes que no pueden ser resueltos únicamente con una modificación de la norma interna. En este sentido, teniendo en cuenta que el arbitraje tiene una gran aceptación a nivel internacional en diferentes Estados con independencia de su organización socio-política y su cultura jurídico-empresarial, no sería descabellado pensar en la creación de un tribunal internacional de control sobre el reconocimiento y ejecución de laudos que armonizara desde un punto de vista jurisprudencial la validación de sentencias arbitrales en terceros Estados, con el objetivo de reducir las disfunciones que actualmente tienen lugar y que derivan de la propia complejidad de la sociedad internacional.

---

## Bibliografía

- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. [2004]: *Nueva Ley Concursal*, Barcelona, Bosch.
- ARIAS LOZANO, D. [2005]: «Comentario al artículo 21» en Arias Lozano, D. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Navarra.
- BELLIDO, R. [2004]: «Artículo 52. Procedimientos arbitrales» en Rojo, A. y Beltrán. E. (coords.), *Comentario de la Ley Concursal*, vol. I, Madrid, Civitas.
- CAMPUZANO, A. B. [2012]: «Los aspectos generales de la normativa concursal» en AA. VV., *Derecho Concursal*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. [2004]: *Derecho Concursal Internacional*, Madrid, Colex.
- CORDÓN MORENO, F. [2008]: «Las relaciones entre concurso y arbitraje», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 15.
- [2009]: «Artículo 52. Procedimientos arbitrales», *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid, Aranzadi.
  - [2011]: «Concurso y convenios arbitrales (a propósito de la pretendida reforma del art. 52.1 LC)», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 23.
- DE ÁNGEL Y ÁGÜEZ, R. y HERNANDO MENDÍVIL, J. [2009]: «Comentario al artículo 52» en Prendes Carril, P. (dir.), *Tratado Practico Concursal*, tomo II, Navarra.
- ESCALER BASCOMPTE, R. [2012]: «La injustificada reforma de la ley de arbitraje por los escasos cambios sustanciales que aporta: un mensaje contraproducente para el fomento del arbitraje», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, n.º 1.
- GARCÍA-QUÍLEZ GÓMEZ, J. M. [2005]: «Arbitraje y deudor concursal. Panorama anterior y posterior a la Ley concursal 22/2003», *Estudios sobre la Ley Concursal (Libro Homenaje a Manuel Olivencia)*, tomo II, Madrid-Barcelona.

- GÓMEZ JENÉ, M.: «Concurso y Arbitraje Internacional», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n.º 2.
- HARTLEY, C. T. [2009]: *Internacional Commercial Litigation*, Cambridge University Press, Cambridge.
- HEREDIA CERVANTES, I. [2008]: *Arbitraje y concurso internacional*, Navarra, Cizur Menor-Aranzadi.
- [2011]: «Tratamiento concursal del convenio arbitral: la modificación del artículo 52.1 de la Ley Concursal (I)», *Diario La Ley*, n.º 7.576.
- LLANOS GÓMEZ, L. [2005]: «El presupuesto objetivo del concurso: el estado de insolvencia» en AA. VV., *Las claves de la Ley Concursal*, Navarra, Cizur Menor-Aranzadi.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J. [2012]: «El proceso concursal como proceso universal», *El Proceso Concursal*, Navarra, Cizur Menor-Aranzadi.
- [2012]: «El proceso concursal como proceso universal», *El Proceso Concursal*, Navarra, Cizur Menor-Aranzadi, pág. 253.
- PÉREZ DEL BLANCO, G. [2007]: *Efectos procesales de la declaración del concurso: la vis atractiva concursal*, Madrid, Reus.
- MARÍN LÓPEZ, M. J. [2004]: «Comentario a los artículos 49 a 55» en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, Madrid, Tecnos.
- [2004]: «Artículo 52. Procedimientos arbitrales» en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, Madrid, Tecnos.
- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P. [2012]: «Efectos de la declaración de concurso sobre los convenios, los procedimientos y los laudos arbitrales» en AA. VV., *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 27.
- MENÉNDEZ, A. [2005]: «Hacia un nuevo Derecho Concursal: su necesaria unidad» en AA. VV., *Estudios sobre la ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, vol. I, Madrid, Marcial Pons.
- MOSES, M. L. [2012]: *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Nueva York, Cambridge University Press.
- OLIVENCIA RUIZ, M. [2004]: «Facultades del juez y voluntad de las partes en el procedimiento de declaración de concurso», *Revista del Poder Judicial*, número especial monográfico sobre la Ley Concursal, n.º XVIII.
- OTERO LASTRES, J. M. [2004]: «Reflexiones sobre el principio de "unidad" en la nueva Ley Concursal» en AA. VV., *Aspectos de la nueva Ley Concursal –concursos, créditos, administradores, jueces–*, Madrid, Reus.
- PERALES VISCASILLAS, P. [2004]: «Los efectos del concurso sobre los convenios arbitrales en la ley concursal 22/2003 (I)», *Diario La Ley*, n.º 6.035.
- [2004]: «Los efectos del concurso sobre los convenios arbitrales en la ley concursal 22/2003 (II)», *Diario La Ley*, n.º 6.036.
  - [2005]: «Arbitraje y concurso», *Estudios sobre la Ley Concursal (Libro Homenaje a Manuel Olivencia)*, tomo II, Madrid-Barcelona.
- PÉREZ ÁGUEDA, R. [2014]: «A 55 años de la aprobación de la Convención de Nueva York: El control judicial de los laudos arbitrales», *Diario La Ley*, n.º 8.266, Madrid.
- PULGAR EZQUERRA, J. [2005]: «Declaración del concurso de acreedores», *Diario La Ley*, Madrid.

REMÓN PEÑALVER, J. [2008]: «La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público», *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español del Arbitraje*, n.º 1.

RIBELLES, J. M. [2004]: «Artículo 52. Procedimientos arbitrales» en Fernández-Ballesteros, M. A., (dir./coord.), *Derecho concursal práctico: Comentarios a la Nueva Ley Concursal*, Madrid, Iurgium.

VERDERA TUELLS, E. [2005]: «Reflexiones preliminares sobre el arbitraje en la Ley Concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal (Libro Homenaje a Manuel Olivencia)*, tomo II, Madrid-Barcelona.

VIDAL FERNÁNDEZ, B. [2004]: «Comentario al artículo 27» en Guilarte Gutiérrez, V. (dir.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Valladolid.

VILLELLAS BERNAL, E. [2005]: «Comentario al artículo 21» en Arias Lozano, D. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Navarra.

---

## Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional 43/1988 de 16 de marzo (Sala 2.<sup>a</sup>).

Sentencia de la Corte de Casación Civil francesa dictada el 9 de octubre de 1984 (*Société Pabalk Ticaret v. Société Norsolor*).

Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1991 de 22 de marzo (Pleno).

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de febrero de 2009 (EDJ 2009/36573).