



VNIVERSITAT
DE VALÈNCIA

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Mercantil “Manuel Broseta Pont”

**INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA
Y ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL**

TESIS DOCTORAL

Presentada por:

Manuel Alejandro Penadés Fons

Dirigida por:

Prof. Dr. Carlos Esplugues Mota

Programa de Doctorado:

Cuestiones actuales del Derecho Mercantil

Valencia, julio 2015

TABLA DE CONTENIDO

ABREVIATURAS FRECUENTES	IX
AGRADECIMIENTOS	XIII
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN: LA ENCRUCIJADA INTERNACIONAL DEL ARBITRAJE Y EL CONCURSO	1
A. El arbitraje comercial y la “maquinaria de justicia internacional”	6
B. La aspiración universalista del Derecho concursal internacional	11
C. Objetivos del estudio y metodología de investigación	18
D. Estructura de la obra.....	23
CAPÍTULO II. EL TRATAMIENTO DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN EL REGLAMENTO DE INSOLVENCIA	25
A. Arbitraje y concepciones nacionales de vis atractiva en el Reglamento de Insolvencia.....	27
1. La interpretación inglesa en <i>Elektrim</i> : Un problema de calificación	28
2. <i>Perpetuatio erroris: Semiconductor</i> y la reforma del Reglamento de Insolvencia.....	34
B. La visión omnicomprendensiva del régimen de vis atractiva concursus en la UE..	41
1. El régimen europeo de competencia judicial internacional para acciones individuales en situaciones concursales.....	41
2. La regulación de la <i>vis atractiva concursus</i> en la UE	55
3. Las presuntas implicaciones para el arbitraje comercial internacional	60
C. Una propuesta de solución: la interpretación sistémica del Reglamento de Insolvencia.....	62
1. La incompatibilidad de <i>Elektrim</i> con el régimen de <i>vis atractiva</i> en la UE..	62
2. Los límites territoriales y materiales del régimen europeo de <i>vis atractiva</i> ..	70
3. El tratamiento del arbitraje internacional en el Reglamento de Insolvencia ..	78

a. El arbitraje como contrato y el tratamiento conflictual de la <i>vis attractiva</i>	79
b. El ámbito normativo de los arts. 4.2.f) y 15 RI.....	95
c. Arbitraje y procedimientos territoriales de insolvencia.....	103
D. Breve recapitulación.....	105
CAPÍTULO III. EL TRATAMIENTO DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN LA LEY CONCURSAL.....	109
A. La Ley Modelo y el alcance universal de la <i>vis attractiva concursus</i>	112
B. La Ley Concursal y la limitación de la <i>vis attractiva</i> internacional.....	115
1. La regla general: El (reciente) respeto al arbitraje comercial internacional. 116	
a. La pretendida diferencia de tratamiento entre el arbitraje interno e internacional: Los arts. 11 y 52 LC.....	117
b. La referencia a los “tratados internacionales” en el art. 52 LC	123
c. El art. 52 LC tras la reforma de 2011.....	126
d. Los hitos procesales del art. 52 LC.....	129
2. Las posibles excepciones a la regla general	134
a. La suspensión del convenio arbitral por el juez concursal <i>ex art. 52.1 LC</i>	135
i. El alcance territorial, objetivo y subjetivo de la suspensión	135
ii. Aspectos procesales de la adopción de la suspensión.....	140
iii. Aspectos sustantivos del análisis requerido para la suspensión.....	142
b. Las implicaciones arbitrales de la potestad resolutoria del art. 61.2 LC .	147
c. La eficacia internacional de la eventual suspensión del convenio arbitral	153
3. Las limitaciones a la competencia arbitral.....	161
a. La competencia arbitral en materia cautelar constante concurso.....	161
i. La adopción de medidas cautelares tras la declaración de concurso .	163
ii. La eficacia de las medidas cautelares preconcursales y la facultad de suspensión y alzamiento por el juez concursal	169
b. La prohibición de compensación arbitral.....	172
4. La conclusión de convenios arbitrales tras la apertura del concurso.....	179
5. Adaptaciones procedimentales en el arbitraje y <i>locus standi</i>	182
6. Breve recapitulación y una <i>pequeña</i> reflexión	188
CAPÍTULO IV. EL TRATAMIENTO ARBITRAL DE LA SITUACIÓN CONCURSAL: UNA METODOLOGÍA CONFLICTUAL PROPIA	191
A. La calificación tradicional del concurso en el contexto arbitral.....	194
1. La pérdida de capacidad arbitral del concursado.....	196
a. La vertiente suiza de <i>Vivendi v Elektrim</i> y la concepción lata de la capacidad arbitral	198

b. Capacidad arbitral <i>stricto sensu</i>	206
c. La calificación encubierta: Arbitrabilidad subjetiva.....	209
i. La idoneidad concursal de la arbitrabilidad subjetiva.....	210
ii. El régimen conflictual de la arbitrabilidad subjetiva	212
2. La inarbitrabilidad objetiva de la disputa	215
a. La incertidumbre conflictual entorno a la arbitrabilidad objetiva	216
b. La arbitrabilidad como regla general en situaciones concursales.....	222
c. La definición de la arbitrabilidad in concreto y el Reglamento de Insolvencia	231
3. Validez, eficacia y ámbito del convenio arbitral en situaciones concursoales.....	238
a. Las implicaciones conflictuales de centrarse en el convenio arbitral	238
b. La reconsideración de <i>Elektrim</i> Suiza y el actual art. 52 LC.....	243
c. El ámbito del convenio arbitral.....	249
B. Las disfunciones de la calificación arbitral y el conflicto de calificaciones	253
C. Vías alternativas para internalizar la situación concursal en el arbitraje.....	260
1. La territorialidad del Derecho concursal y el reconocimiento judicial de la insolvencia extranjera	262
2. Las leyes concursales como normas imperativas y el orden público internacional	268
a. El carácter imperativo del Derecho concursal	270
b. La eficacia real del Derecho concursal	274
c. El Derecho concursal y el orden público internacional	278
i. En contenido concursal de la excepción de orden público.....	280
ii. El refrendo jurisprudencial.....	285
D. Una propuesta de solución: el recurso instrumental al Derecho concursal internacional de la sede	291
1. El reconocimiento del concurso por parte del tribunal arbitral	293
2. Los efectos del concurso sobre la competencia del tribunal arbitral	300
a. El Derecho concursal internacional de la sede como norma imperativa y la excepción de orden público	301
b. El Derecho concursal internacional como parte de la <i>lex loci arbitri</i>	306
3. La adaptación procedimental del arbitraje a la circunstancia concursal.....	314
a. La base jurídica del recurso al Derecho concursal internacional de la sede para cuestiones procedimentales.....	314
b. El contenido de la adaptación arbitral al concurso de las partes.....	318
i. La participación de la administración concursal	318
ii. La suspensión del procedimiento arbitral.....	323
iii. El contenido del pronunciamiento arbitral	328
E. Breve recapitulación.....	334

CAPÍTULO V. LA VALIDEZ Y LA EFICACIA DEL LAUDO EN ESCENARIOS	
CONCURSALES.....	339
A. La validez de los laudos arbitrales contra partes insolventes: la perspectiva del Derecho internacional privado	340
1. Cuestiones de competencia judicial internacional.....	341
2. Cuestiones de ley aplicable.....	347
3. La coexistencia de regímenes de calificación en las acciones de anulación	349
4. La inusual acción por fraude arbitral de la Ley Concursal.....	356
B. La eficacia de los laudos arbitrales contra partes insolventes.....	367
1. La eficacia en el <i>forum concursus</i> : El régimen español y europeo	368
a. España qua <i>forum concursus</i> y laudos arbitrales nacionales	372
b. España qua <i>forum concursus</i> y laudos arbitrales extranjeros	381
i. La necesidad de homologar el laudo extranjero.....	382
ii. La competencia para la homologación del laudo.....	386
iii. La ley aplicable a la homologación del laudo.....	391
2. La eficacia de los laudos arbitrales fuera del <i>forum concursus</i> y la coexistencia de regímenes de calificación.....	393
a. La prevalencia del Reglamento de Insolvencia sobre la Convención de Nueva York.....	397
i. El caso concreto de la ejecución anti-concursal del laudo.....	402
b. El <i>forum shopping</i> fuera del Reglamento de Insolvencia.....	407
i. El arbitraje comercial como “ <i>great priority</i> ”	407
ii. El arbitraje como <i>pseudo</i> -derecho de garantía.....	413
iii. La posible sumisión del arbitraje a la lógica concursal	423
C. Breve recapitulación.....	436
CAPÍTULO VI. CONCLUSION	439
SUMMARY	457
BIBLIOGRAFÍA	459
1.- Libros y Manuales.....	459
2.- Artículos y Capítulos en obras colectivas	463
3.- Jurisprudencia	498
I.- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (por número de asunto)	498
II.- Nacional (por Estados y orden cronológico).....	501
A. Alemania.....	501
B. Austria.....	502
C. Brasil.....	502
D. España.....	502

Tabla de contenido

E. Estados Unidos De America	508
F. Francia.....	509
G. Hungría	511
H. Irlanda	511
I. Italia	512
J. Reino Unido.....	512
K. Suiza.....	514
III.- Arbitral	514
A. Cámara de Comercio Internacional (CCI) (por número de expediente)....	514
B. London Court of International Arbitration (LCIA)	518
C. Arbitration Court de la Economic and Agricultural Chamber de la República Checa	519
D. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).....	519
E. Comité Disciplinario y de Ejecuciones de la Fédération Internationale de Football Association (FIFA)	519
4.- Informes y Publicaciones Oficiales (por orden cronológico)	519
5.- Publicaciones de iniciativas privadas (por orden cronológico).....	521

ABREVIATURAS FRECUENTES

AA	<i>Arbitration Act, 1996</i> / Ley inglesa de Arbitraje, 1996
ADR	Alternative Dispute Resolution
AG	Abogado General
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
AVAG	<i>Anerkennungs- und Vollstreckungsausführungsgesetz, 2001</i> / Ley alemana sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales extranjeras, 2001
BIICL	British Institute of International and Comparative Law
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cap.	Capítulo
CC	Código Civil
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CE	Constitución Española
CG	Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CIRE	<i>Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, 2004</i> / Código portugués de Insolvencia y Recuperación de Empresas, 2004
cit.	Obra citada

Abreviaturas frecuentes

CNY	Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958
COMI	<i>Center of Main Interests</i> / Centro de Intereses Principales
CVDT	Convención sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969
DA	Disposición Adicional
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
IPRax	<i>Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts</i>
Et al.	Y otros
Et seq.	Y siguientes
FJ	Fundamento Jurídico
FMI	Fondo Monetario Internacional
GAFTA	The Grain and Feed Trade Association (Londres)
IA	<i>Insolvency Act, 1986</i> / Ley Concursal inglesa, 1986
Id.	Idem
JM	Juzgado Mercantil
LC	Ley Concursal
LCIA	<i>London Court of International Arbitration</i>
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LMA	Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional
LMI	Ley Modelo UNCITRAL sobre Insolvencia Transfronteriza
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LPIR	Ley Polaca de Insolvencia y Reestructuración, 2003 / <i>Prawo upadłościowe i naprawcze, 2003/</i>
LSDIPr	Ley Suiza de Derecho Internacional Privado, 1987 / <i>Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, 1987</i>
Núm.	Número

Abreviaturas frecuentes

Pág.	Página
Pár.	Párrafo
RBI	Reglamento Bruselas I
RBI bis	Reglamento de Bruselas I (texto refundido)
RI	Reglamento de Insolvencia
RI bis	Reglamento de Insolvencia (texto refundido)
Sec.	Sección
SIA	<i>Spanish Insolvency Act</i> (solo en Capítulo VI)
t.	Tomo
TAS	<i>Tribunal Arbitral du Sport / Court of Arbitration for Sport</i> (Lausana)
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TUE	Tratado de la Unión Europea
Vol.	Volumen
ZInsO	<i>Die Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht</i>
ZIP	<i>Zeitschrift für Wirtschaftsrecht</i>

AGRADECIMIENTOS*

El proceso de redacción de esta tesis ha sido largo y, en ocasiones, tortuoso. Precisamente por ello, su escritura ha trascendido de la esfera académica y se ha convertido en un proyecto de desarrollo personal. Quizá, de esa dimensión hayan emanado sus mayores enseñanzas.

Sea como fuere, este camino no lo he andado solo. Por ello quiero agradecer el apoyo que he encontrado en muchas personas de mi entorno.

La primera de ellas es mi director de tesis, el Prof. Carlos Esplugues Mota, cuyo aliento y esfuerzo han sido fundamentales para superar los obstáculos propios de la investigación doctoral. Gracias a su acertado criterio y afinada sabiduría, ésta es una obra mejor.

Además, también me he sentido privilegiado de pertenecer durante todos estos años al Departamento de Derecho Internacional “Adolfo Miaja de la Muela” de la Universidad de Valencia y, en especial, a su Sección de Derecho Internacional Privado. El talento y la sonrisa de todos sus miembros han sido siempre fuente de motivación.

Igual privilegio ha supuesto poder realizar parte de mi investigación en la London School of Economics and Political Science y en el Departamento de Arbitraje Internacional del despacho Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP (Londres). Estos lugares me reportaron la visión global que requería el estudio de la problemática aquí tratada.

Sin embargo, la mayor fortuna la he encontrado en el apoyo brindado por mis amigos y mi familia. Los primeros han sido siempre fuente de frescura y desconexión, ambas cuestiones imprescindibles para todo esfuerzo que se pretenda prolongar en el tiempo.

* La mayoría de la investigación y redacción de esta tesis se ha llevado a cabo con el soporte financiero de una beca para la Formación de Profesorado Universitario (FPU) concedida por el Ministerio de Educación de España.

Capítulo I

Dentro de mi familia, mi madre ha sido mi mejor maestra. Consciente o inconscientemente, ella me ha regalado el mayor ejemplo de coraje y fuerza interior. A ella va dedicado este trabajo. En mi padre, por su parte, he encontrado siempre un modelo de integridad profesional y la protección que todo hijo puede desear. Junto con ellos, mi hermana ha constituido una fuente inagotable de inspiración y de admiración. Todo es más fácil a su lado. Finalmente, me siento profundamente agradecido a mi mujer, por su paciencia, comprensión y cariño infinitos. Sin duda, es la mejor compañera de vida.

Ontinyent (Valencia), julio 2015

**INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA
Y ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL**

CAPÍTULO I. Introducción: La encrucijada internacional del arbitraje y el concurso

1. Pocas disciplinas existen tan aptas para gestionar los riesgos aparejados con el comercio transfronterizo como el Derecho arbitral y el Derecho concursal. Ninguna de las dos versa sobre el nacimiento de una relación comercial ni sobre su formalización o desarrollo. Por el contrario, ambas hacen referencia a escenarios de crisis, cuando la operación mercantil ya no es tanto un proyecto con expectativas de lucro como una fuente de preocupación e incertidumbre. El Derecho arbitral trata la resolución extrajudicial de las disputas que puedan surgir en el seno de esa relación. El Derecho concursal, por su parte, regula las situaciones en que es imposible para una de las contratantes cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles.

Cuando el régimen aplicable a estos dos tipos de escenarios resulta definido y es de aplicación predecible, las complejidades inherentes a la actividad mercantil internacional resultan más manejables y fáciles de prevenir. Con una cláusula arbitral correctamente diseñada, es posible evadir los tribunales nacionales de la contraparte o de un Estado tercero en el evento de que la relación comercial desemboque en una desavenencia. Igualmente, el conocimiento de las normas relevantes en el supuesto de insolvencia¹ permitiría calcular las posibilidades reales de satisfacción crediticia en escenarios de insuficiencia financiera y facilita la internalización de ese riesgo en los términos del contrato.

En definitiva, tanto el Derecho arbitral como el Derecho concursal, en su facetas transfronterizas, son herramientas que contribuyen directamente a aminorar las incertidumbres de emprender en el extranjero. Por tanto, pueden ser concebidos como mecanismos que favorecen el desarrollo global y la interconexión de mercados. Ésta es la razón por la que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

¹ Aun consciente de las diferencias técnicas que pueden existir entre los términos “concurso” e “insolvencia”, la presente obra los emplea de forma indistinta con el fin de evitar la repetición excesiva de uno de ellos.

(CNUDMI/UNCITRAL) ha dedicado parte de sus esfuerzos a redactar Leyes Modelo en relación con ambas materias.² Según la lógica que subyace a esas iniciativas, cuando el Derecho extranjero se aproxima al Derecho nacional de la parte que pretende llevar a cabo una actividad comercial fuera de sus fronteras, el incremento de certidumbre jurídica se torna en menor inseguridad empresarial.

2. Como consecuencia de esta importancia estratégica, del incremento del comercio global y de las crisis periódicas, el interés por la vertiente trasfronteriza de estos dos Derechos ha ido ganando adeptos entre la comunidad académica, las organizaciones internacionales y los legisladores nacionales. De hecho, podría afirmarse que son disciplinas en boga.

A pesar de todo ello, su interacción continúa constituyendo una cuestión harto problemática. Es decir, pueden darse situaciones en las que una de las partes de un convenio o de un procedimiento arbitral queda simultáneamente sujeta de un procedimiento de insolvencia. Este escenario despliega un gran número de dudas respecto a la posibilidad de que la situación concursal pueda coexistir con las obligaciones arbitrales internacionales. Al estudio de esas cuestiones se dedica la presente obra. La complejidad de esta problemática viene motivada por dos factores.

3. Por una parte, la coincidencia del arbitraje y el concurso en un mismo supuesto de hecho supone la concurrencia de lógicas aparentemente antinómicas.

El arbitraje es un mecanismo eminentemente privado, cuyo régimen jurídico reconoce a las partes amplia autonomía contractual para decidir acerca de su existencia, diseño y funcionamiento. Es decir, son éstas las que acuerdan incluir un compromiso arbitral en su relación comercial, las que escogen el régimen jurídico aplicable al fondo y a la tramitación del mismo, las que eligen el tamaño y composición del tribunal, las que determinan la sede arbitral, etc. La concesión de libertad para auto-regular todas estas cuestiones responde a la voluntad de que las partes puedan adaptar el mecanismo arbitral a las características de su disputa y a las necesidades que deriven de su relación. Al fin y al cabo, lo que con ello hacen es delegar a un tribunal arbitral la re-redacción de los términos que deben regir su relación comercial una vez ha surgido la controversia. Desde esta perspectiva, el arbitraje constituye un mecanismo de naturaleza privada relativo a intereses privados.

² Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985, con enmiendas adoptadas en 2006) y Ley Modelo de UNCITRAL sobre la Insolvencia Transfronteriza (1997).

El Derecho concursal, por su parte, se asienta generalmente sobre una concepción colectiva del problema que lo desencadena. Es decir, la forma más eficaz y garantista de gestionar un supuesto de insuficiencia patrimonial pasa por crear un cauce plural en el que todas las partes afectadas por la misma pueden concurrir con el fin de obtener la solución que mejor satisfaga sus intereses y que maximice las opciones de retorno. Con ello se evita la existencia de procedimientos individuales mediante los que los acreedores compitan de forma descoordinada por obtener la satisfacción de su crédito en perjuicio del resto. Desde esta perspectiva, el concurso constituye un mecanismo de origen estatal diseñado con fines colectivos.

4. Sobre la base de esta confrontación conceptual, la concurrencia del arbitraje y el concurso genera preguntas como ¿cuál es la eficacia del convenio arbitral una vez se ha abierto el procedimiento de insolvencia?, ¿puede un arbitraje continuar si su tramitación ya está en curso en el momento de la apertura concursal?, ¿puede entenderse que la disputa pierde su arbitrabilidad como consecuencia del procedimiento de insolvencia?, ¿cuál es el rol que la autoridad concursal ha de jugar en estas decisiones y, en su caso, en la tramitación arbitral?, ¿puede entenderse que determinados aspectos de la competencia del tribunal arbitral, si no todos, se deben ver afectados por la situación concursal de una de las partes (ej., adopción de medidas cautelares, compensación de créditos, emisión de un laudo condenatorio contra el concursado, etc.)?, ¿puede la administración concluir nuevos convenios arbitrales tras la declaración del concurso?, ¿cuál es el régimen de ejecución del laudo contra una parte sujeta a un procedimiento de insolvencia?, ...

La solución de todas estas cuestiones implica adoptar una posición en cuanto a la interacción y prelación de las políticas relativas a la promoción del arbitraje y la tutela concursal. Esta decisión ha correspondido tradicionalmente al Derecho nacional, pues los instrumentos internacionales en materia de arbitraje y concurso carecen de un tratamiento específico de esta problemática. Sin embargo, la expectativa de regulación por parte de los ordenamientos nacionales no siempre se traduce en existencia de la misma. Sin voluntad de adelantar el contenido de los siguientes Capítulos, ya es posible anticipar que el régimen de los Estados en sede de arbitraje y concurso suele caracterizarse por su insuficiencia y parquedad.

Como resultado, la contestación a las preguntas que se acaba de mencionar trasciende en ocasiones la esfera de la mera interpretación e integración normativa y requiere un ejercicio de pseudo-construcción regulatoria. Es en ese proceso donde la contradicción de principios y lógicas subyacentes al régimen arbitral y concursal deviene más problemática. De hecho,

resulta ilustrativo que los estudios y la jurisprudencia que se han generado durante décadas en este campo califican a este ejercicio de “difícil”³ y “espinoso”,⁴ que da lugar a un “choque de extremos polares contrapuestos”⁵ y que implica adentrarse en un “territorio sísmico de principios jurídicos contradictorios”.⁶

5. Frente a estos interrogantes, ya clásicos (pero no por ello resueltos), los últimos años han evidenciado la necesidad de afrontar con mayor atención una segunda faceta del problema. Si la regulación de la relación entre el arbitraje y el concurso se ha atribuido normalmente a los Derechos nacionales, la presencia de esta intersección de disciplinas a nivel trasfronterizo también requiere de un análisis de Derecho internacional privado. Es decir, un ejercicio que permita, sobre todo, identificar la ley que deberá ser empleada para responder a cada una de las cuestiones mencionadas.

La relevancia de esta fase se ha intensificado conforme la presencia de estas dos disciplinas ha aumentado en la actividad comercial internacional. En efecto, si el arbitraje comercial internacional es un mecanismo que cuenta cada vez con más aceptación en la realidad mercantil trasfronteriza y, simultáneamente, los protagonistas de esa realidad se aventuran con creciente asiduidad a salir de sus fronteras y a establecer lazos comerciales con partes extranjeras, resulta inevitable que cuando se produzcan situaciones de insolvencia, éstas cuenten con elementos trasfronterizos y afecten al cumplimiento de obligaciones arbitrales internacionales. De hecho, un estudio sobre la materia publicado hace ya más de dos décadas concluía que casi el 5% de los laudos analizados contenía cuestiones relacionadas con la insolvencia presente o inminente de una de las partes arbitrales.⁷

6. Aunque por la naturaleza del arbitraje resulte imposible contar con datos estadísticos completos, parece que ese porcentaje no debe haber variado sustancialmente en los últimos años. Si acaso, es posible que haya podido aumentar. Así, un reciente informe de la Comisión Europea refleja que cada año unas 50.000 personas jurídicas se ven afectadas por procedimientos concursales en el territorio de la Unión. Además, durante los ejercicios 2009-

³ J. F. Poudret y S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration* (Londres: Sweet & Maxwell, 2007), 305 (traducción del autor). Esta tesis emplea un formato de cita de inspiración anglosajona.

⁴ G. Naegeli, “Bankruptcy and Arbitration – What should prevail?” (2010) *Austrian Yearbook on International Arbitration* 193 (traducción del autor).

⁵ Sentencia de 1 noviembre 1999 de la Court of Appeal del Second Circuit (*In re United States Lines, Inc.*), 197 F.3d 631 (1999), 640, pár. 28 (traducción del autor).

⁶ C. Söderlund, “Applicability of an arbitration clause in bankruptcy proceedings” (2004) 1 *Stockholm Arbitration Report* 251, 257 (traducción del autor).

⁷ F. Mantilla Serrano, “International arbitration and insolvency proceedings” (1995) 11(1) *Arbitration International* 51, 52. En concreto, el autor analizó 500 laudos de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI), de los cuales 27 satisfacían este requisito.

2011, estas cifras se cuadruplicaron, llegando a alcanzar 200.000 declaraciones concursales en cada uno de esos años.⁸ Es decir, más de 600 insolvencias corporativas declaradas al día.

Simultáneamente, varios estudios corroboran que el arbitraje es la opción favorecida por la mayoría de las empresas que llevan a cabo actividades comerciales fuera de su Estado, llegando a constituir parte de la política contractual de más del 80% de ellas.⁹ Como resultado, se ha sugerido que aproximadamente el 75% de las transacciones internacionales incluyen un convenio arbitral.¹⁰ Por esta razón, deviene razonable que el incremento de litigiosidad derivado de la crisis financiera de los últimos años se haya traducido también en un aumento de los expedientes tramitados en las principales instituciones arbitrales.¹¹

Sobre esta base, si bien existen muy pocos aspectos positivos de los años de incertidumbre económica que han caracterizado a la última década, sus consecuencias han intensificado la presencia de la problemática interdisciplinar y trasfronteriza que aquí se analiza y han acentuado la necesidad de su estudio.

7. La exploración de esta segunda faceta constituye la principal motivación de la presente obra. Además de la pregunta acerca de ¿qué normas gobiernan los efectos de un procedimiento de insolvencia sobre el arbitraje internacional?, el examen de esta intersección plantea cuestiones como ¿son esas normas las mismas tanto en la esfera judicial como la concursal?, ¿cuál es el efecto extraterritorial del régimen concursal con respecto a las autoridades de la sede?, ¿ha de reconocer un tribunal arbitral un procedimiento de insolvencia abierto en otro Estado?, ¿qué papel juega el Derecho concursal de la sede?, ¿cuál es el nivel de eficacia internacional que puede surtir un laudo dictado en relación con una parte concursada?,...

En definitiva, un estrato de interrogantes que ha de añadirse a los que se generan cuando la mencionada intersección tiene lugar en el plano doméstico. Al igual que ocurre con aquéllos, la literatura relacionada con esta segunda faceta, si bien más escasa, también concurre en

⁸ Comisión Europea, *Insolvency: European Parliament backs Commission proposal to give viable businesses a "second chance"* (Estrasburgo, 5 febrero 2014), disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-88_en.htm.

⁹ Informe 2010 *International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration*, realizado por la Universidad Queen Mary de Londres y el despacho White & Case (cuestión 1, gráfico 2).

¹⁰ *Trends in Complex Cross-Border Disputes* (2014), disponible en <http://www.hoganlovells.com/globalcurrents/>. En relación con las 500 empresas multinacionales incluidas en *Financial Times Global 500*.

¹¹ Por todas, vide la Corte de Arbitraje de Madrid (<http://www.arbitramadrid.com/web/corte/estadisticas-de-la-corte> -hasta 2013-), la Cámara de Comercio Internacional de París (<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Introduction-to-ICC-Arbitration/Statistics/> -hasta 2014-) y la London Court of International Arbitration (<http://www.lcia.org/LCIA/reports.aspx> -hasta 2013-).

subrayar que es un problema “intimidante”¹² y de “indudable complejidad”,¹³ caracterizado por una “incertidumbre sustancial”¹⁴ y que presenta “un enorme reto para los ejercientes del arbitraje, los tribunales arbitrales y los jueces nacionales”.¹⁵

8. Tomando estos breves apuntes como punto de partida, las dos primeras Secciones de este Capítulo introductorio pretenden ofrecer una breve presentación de las dos disciplinas que protagonizan la problemática estudiada: el Derecho arbitral internacional y el Derecho concursal trasfronterizo. Este planteamiento será el punto de partida del análisis que se contiene en el resto de la obra. Seguidamente, la tercera Sección expone con más detalle los objetivos del estudio y explica la metodología de investigación empleada para su consecución. Por último, el Capítulo concluye con la descripción de la estructura de la obra.

A. *El arbitraje comercial y la “maquinaria de justicia internacional”*

9. La regulación del Arbitraje comercial internacional se compone de un nutrido conjunto de instrumentos normativos creados por organizaciones internacionales, legisladores nacionales e instituciones de naturaleza privada. Sin embargo, este cuerpo de convenios, leyes, reglamentos, protocolos, guías, etc. gira alrededor de una idea común. Dotar a las partes de un marco normativo que proclame la autonomía de la voluntad como principio motor, que restrinja sus limitaciones a consideraciones básicas de proceso debido y orden público y que garantice la eficacia trasfronteriza de las obligaciones arbitrales voluntariamente asumidas.

Dentro de estos instrumentos, dos tienen una importancia fundamental. En primer lugar, las leyes nacionales en materia de arbitraje constituyen la pieza legislativa nuclear para legitimar y regular la actividad arbitral que se desarrolle en el territorio de cada Estado. Es decir, con esas leyes el legislador da carta de naturaleza a la institución arbitral como parte de su ordenamiento jurídico. Para este propósito, la ya mencionada Ley Modelo UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional ofrece el prototipo legislativo de uso más extendido en los

¹² D. Vidal, “Arbitration and Insolvency Proceedings: Comments on ICC Awards and Other Recent Decisions” (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 51, 60 (traducción del autor).

¹³ R. Arenas García, “Recensión a I. Heredia Cervantes, ‘Arbitraje y concurso internacional’” (2009) 17 *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 1.

¹⁴ G. Born, “Foreword” en S. Vorburger, *International Arbitration and Cross-Border Insolvency: Comparative Perspectives* (La Haya: Kluwer Law International, 2014) xix, xix (traducción del autor).

¹⁵ ASA Editors, “Revue des Revues” (2015) 33 (1) *ASA Bulletin* 199, 225 (traducción del autor).

Derechos estatales.¹⁶ Muestra de ello es la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje,¹⁷ que ha adoptado ese modelo como “principal criterio inspirador”.¹⁸

En segundo lugar, el marco normativo arbitral también tiene como pilar fundamental la existencia de un conjunto de tratados que pretenden homogeneizar su tratamiento a nivel global. Dos son de especial importancia, el Convenio europeo de Ginebra de 1961 sobre arbitraje comercial internacional¹⁹ y la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.²⁰ El primero, ratificado por 31 Estados, está dedicado principalmente a regular la eficacia de los convenios arbitrales, de modo que solo los tribunales arbitrales acepten la competencia para conocer sobre el fondo del asunto cuando exista un convenio válido.²¹

Sin embargo, es la Convención de Nueva York la que realmente constituye la piedra angular del arbitraje comercial internacional contemporáneo. Como indica su título, su principal foco de atención es el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.²² Con este propósito, la Convención establece un conjunto de reglas destinadas a garantizar que, salvo expresas excepciones, las resoluciones arbitrales surtan plenos efectos ante las autoridades estatales y puedan ser ejecutadas por las mismas en el supuesto de que no exista cumplimiento voluntario por la parte condenada. Su ratificación por 155 Estados lo convierte en el tratado de Derecho privado más importante del planeta²³ y puede entenderse que sienta las bases de confianza que requiere el éxito internacional del arbitraje.

10. El proceso de expansión liderado por estos instrumentos también ha ido unido a la apertura progresiva de las materias sobre las que pueden resolver los tribunales arbitrales. En efecto, la aparente circunscripción del arbitraje a disputas privadas no puede evitar que en algunas ocasiones las partes invoquen argumentos relativos a disciplinas portadores de un elemento

¹⁶ De acuerdo con UNICTRAL, el texto lo ha adoptado plena o parcialmente 99 Estados. Vide http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html.

¹⁷ BOE núm. 309 de 26 de Diciembre de 2003.

¹⁸ Apartado 1 de la Exposición de Motivos.

¹⁹ Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra, el 21 abril 1961 (BOE núm. 238, 4 octubre 1961). Contiene normas de competencia en cuanto reconocimiento y ejecución de convenios arbitrales.

²⁰ Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 junio 1958 (BOE núm. 164, 11 julio 1977). Contiene normas de reconocimiento y ejecución de convenios y de laudos arbitrales.

²¹ El Convenio también contiene otros artículos relativos a la organización del procedimiento arbitral, al Derecho aplicable al fondo del asunto y a la eficacia de laudos anulados en origen.

²² Aunque también prevé en su art. II la obligación de los Estados parte de reconocer los convenios arbitrales, con el fin de que las partes puedan hacer efectivo su compromiso de arbitrar.

²³ Así lo afirma G. Born, *International Arbitration: Law and Practice* (La Haya: Kluwer Law International, 2012) 154.

público que excede del interés de las partes. Por ejemplo, así ocurre con controversias en las que la parte demandada alega que el contrato en el que la actora basa su reclamación es contrario al Derecho de la competencia; o en los supuestos en que existen algunas dudas en cuanto a la titularidad y validez de los derechos de propiedad intelectual o industrial en los que se funda la demanda; o cuando se argumenta que la relación comercial es el resultado de conductas ilegales como corrupción o violación de un embargo internacional.

En todos estos escenarios, la resolución de la disputa requiere del análisis, siquiera incidental, de cuestiones jurídicas cuya regulación incorpora importantes consideraciones de interés general. Materias que vienen generalmente anudadas a normas de aplicación imperativa y que pueden cristalizar políticas de orden público. Como seguidamente se explica, la posibilidad de que los tribunales arbitrales incorporen estas normas y políticas dentro de su proceso decisonal ha formado parte del *acquis* arbitral desde hace varias décadas. Ello no implica defender que los árbitros comerciales tienen como misión la creación o el diseño de políticas públicas, sino solo que en ese tipo de supuestos su toma en consideración constituye una obligación más para el correcto cumplimiento de su mandato: la resolución de la disputa privada para la que han sido nombrados.²⁴

11. Tradicionalmente, el punto de inflexión para este fundamental avance en el desarrollo del Derecho arbitral se ha asociado con la sentencia de la Supreme Court estadounidense en *Mitsubishi Motors v Soler Chrysler-Plymouth*.²⁵ En ese caso, los jueces norteamericanos concluyeron que el hecho de que determinadas cuestiones de Derecho regulatorio (en aquella disputa, *antitrust*) fueran esenciales para resolver la reclamación contractual entre las partes no debía traducirse necesariamente en la inarbitrabilidad de la controversia o en la pérdida de la competencia del tribunal. Según el Tribunal Supremo, los árbitros estaban tan capacitados para aplicar ese tipo de Derecho como los órganos judiciales nacionales. Por esa razón, la sentencia concluyó que, siempre y cuando el procedimiento arbitral garantizara que esas cuestiones iban a ser debidamente consideradas y decididas, el convenio arbitral debería continuar operativo y era ejecutable en detrimento de la competencia judicial.

No obstante, la resolución también apuntó que esa apertura del ámbito competencial arbitral no podía equipararse a la pérdida de poder de decisión por parte de las autoridades nacionales. Así, la conocida nota 19 de esa decisión apuntó que las autoridades judiciales no deberían

²⁴ E. Gaillard y J. Savage, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* (La Haya: Kluwer Law International, 1999) 332-333, pár. 563.

²⁵ Sentencia de 2 julio 1985 de la Supreme Court (*Mitsubishi Motors Corp. v Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*), 473 U.S. 614 (1985).

dudar en anular o en negar la eficacia a un laudo que hubiera sido dictado sin consideración de las normas imperativas o políticas públicas relevantes o que hubiera procedido a aplicarlas de una forma manifiestamente errónea. El objetivo de mantener ese control judicial *a posteriori* era el de evitar que la inclusión de un convenio arbitral en una relación comercial pudiera acabar convirtiéndose en un escape del Derecho regulatorio o en una renuncia implícita a los derechos que esas normas y políticas reconocen a las partes. Esta interpretación se conoce generalmente con la expresión “*second look doctrine*”.

12. Ya sea por convencimiento real o por la fuerza del mercado, la expansión progresiva de esta postura hacia otros ordenamientos jurídicos es una característica del Derecho arbitral vigente. Así, el Tribunal de Justicia de la Unión adoptó una interpretación similar (aunque menos razonada) en el Asunto *Eco Swiss v Benetton International*.²⁶ En ese caso, el Tribunal declaró que el Derecho europeo de la competencia formaba parte del orden público de los Estados Miembros a la hora de decidir acciones de anulación o solicitudes de reconocimiento y ejecución. Con ello reconoció implícitamente que las cuestiones de Derecho de la Competencia colaterales a una reclamación civil o mercantil sí podían ser decididas directamente por los tribunales arbitrales. Es decir, optó por la apertura del concepto de arbitrabilidad subyacente en *Mitsubishi* a la vez que enfatizaba la relevancia del filtro judicial en la fase post-laudo.

Esta jurisprudencia también ha ganado aceptación en Estados europeos como Suiza²⁷ o Francia²⁸ desde hace décadas. Asimismo, es una postura que ha sido aceptada por la judicatura española, que actualmente no duda en declarar que:

“El límite de orden público establecido en el art. 6.2 CC no puede identificarse con normas imperativas, y por lo tanto no dispositivas, pues en ese caso apenas tendría aplicación el arbitraje siempre que se discutiera la vulneración de una norma de *ius cogens*, ya que casi toda la normativa goza de este carácter imperativo. La concurrencia de normas imperativas en la

²⁶ Asunto C-126/97 (*Eco Swiss China Time v Benetton International NV*) [1999] Rec. I-3019, párs. 36-39.

²⁷ Sentencia del Tribunal Federal de 23 junio 1992 (*Fincantieri-Cantieri Navali Italiani SpA et Oto Melara S.p.A. v M*), ATF 118 II 353, 357.

²⁸ Por todas, Sentencia de la Cour de Cassation (1e civ) de 18 mayo 1971 (*Impex v P.A.Z. Produzione Lavorazione*), disponible en (1972) 99 *Journal du Droit International* 62 (1972), con nota de B. Oppetit, y Sentencia de la Cour d'Appel de Paris de 29 marzo 1991 (*Ganz v Société Nationale des Chemins de Fer Tunisiens –SNCFT-*), disponible en (1991) *Revue de l'Arbitrage* 478, con nota de L. Idot.

controversia, lejos de excluir el arbitraje, lo que impide es que la controversia sea resuelta por los jueces o, en su caso, por los árbitros al margen de dichas normas o contrariándolas”.²⁹

Por último, es una interpretación que también ha calado en la práctica arbitral, donde multitud de laudos hacen referencia a la doctrina *Mitsubishi* o a razonamientos afines para justificar su decisión de resolver cuestiones cuya regulación excede del interés de las partes *stricto sensu*. A título de ejemplo, así lo demuestran los laudos dictados en los Asuntos CCI 15972 (2009), 12656 (2004), 12131 (2005) o CCI 7698 (2006).³⁰

13. En definitiva, el arbitraje ha llegado a alcanzar un ámbito de competencias en el campo del Derecho privado que lo asemeja, cada vez más, a los órganos judiciales. Éste es un fenómeno razonable. Si se pretende que el arbitraje forme parte de la “maquinaria de justicia internacional”, como ya afirmada un laudo CCI de 1963,³¹ es posible defender que los árbitros deberían estar capacitados para decidir las disputas privadas de una forma similar a como lo hacen las autoridades estatales. Al fin y al cabo, con ello se facilita la equivalencia jurisdiccional a la que repetidamente ha hecho referencia el Tribunal Constitucional español.³²

Sobre esta base, la posibilidad de que un tribunal arbitral tenga que tomar en consideración la existencia de un procedimiento de insolvencia en relación con una de las partes en la disputa no puede descartarse *per se* como un escenario imposible en el arbitraje internacional. Es decir, sin perjuicio del mero carácter introductorio que tienen estas líneas, el desarrollo de la disciplina arbitral demuestra que el hecho de que el contenido del laudo pueda repercutir sobre el interés de personas ajenas a la disputa (como el colectivo de acreedores) no ha de ser razón suficiente para excluir necesariamente e *in totum* la confluencia de disciplinas que aquí se estudia. Todo lo contrario, al menos desde la perspectiva arbitral, no es una situación inverosímil.

²⁹ Sentencia de la AP Almería (Sección 3ª) de 25 abril 2008, cuyo texto reproducen con aprobación el Auto de la AP Madrid (Sección 14ª) de 30 julio 2011 y la Sentencia de la AP Barcelona (Sección 15ª) de 9 febrero 2010. Igualmente, vide la Sentencia de la AP Madrid (Sección 28ª) de 18 octubre 2013.

³⁰ Todos ellos inéditos y citados en M. A. Gandía Sellens, *El arbitraje frente a los litigios internacionales en materia de propiedad intelectual: la arbitrabilidad y la adopción de medidas cautelares* (Cizur Menor: Aranzadi, 2014), monografía núm. 32 asociada a la *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 59, 80 y 87.

³¹ Laudo final en el Asunto CCI 1110 (1963), *X, Buenos Aires v Company A*, disponible en (1994) 10 *Arbitration International* 282 (árbitro Gunnar Lagergren).

³² Por todas, vide la Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 196/1997, de 13 noviembre, que reitera la doctrina declarada en sus Sentencias 62/1991, de 22 de marzo, y 46/1996, de 19 de septiembre. Más recientemente también lo ha declarado así en la Sentencia (Pleno) 18/2011, de 3 de marzo.

B. La aspiración universalista del Derecho concursal internacional

14. El Derecho concursal se asienta sobre la lógica de que la gestión colectiva de las situaciones de insuficiencia patrimonial permite alcanzar soluciones más eficaces y más justas que el régimen basado en la actuación individual de cada acreedor.³³ Esto es, es una disciplina que antepone la maximización del interés de la masa sobre el de los miembros que la componen. Simultáneamente, el régimen de insolvencia también puede perseguir la restauración del estado financiero del deudor, de modo que pueda dotársele de una nueva oportunidad para retomar su actividad económica si ésta todavía se considera viable (un *fresh start*).

Con el fin de conseguir estos objetivos, uno de los rasgos frecuentes en el Derecho concursal es la alteración del funcionamiento ordinario del principio de *pacta sunt servanda* y de las relaciones jurídico-privadas del deudor.³⁴ Así, es común que la legislación prevea el nombramiento de un síndico que intervenga de forma imperativa en la administración del patrimonio concursal y en la gestión de las obligaciones que sobre él penden. Igualmente, la apertura de la insolvencia suele producir la suspensión de las relaciones contractuales del deudor, de modo que dejen de ser exigibles temporalmente. Incluso puede llegar a desembocar en la extinción de las mismas si así lo aprueba la autoridad concursal.³⁵

La potencial afectación generalizada de todas las relaciones del deudor justifica que algunos autores hayan identificado al Derecho concursal como un microcosmos jurídico. Es decir, como una parte del ordenamiento en el que se introducen reglas que pueden alterar la ordenación de cuestiones civiles, mercantiles, laborales, administrativas, fiscales, etc., que conciernen al deudor.³⁶

15. La explicación de esta concepción holística puede encontrarse en la razones de interés general que también subyacen al Derecho concursal. En efecto, aunque pudiera parecer que los beneficiarios de esa legislación son únicamente las personas que quedan directamente afectadas por la insolvencia, la legislación concursal también persigue alcanzar objetivos de

³³ Las concepciones que explican la lógica concursal fueron profundamente analizadas por T. H. Jackson, *The logic and limits of bankruptcy law* (Cambridge MA: Harvard University Press, 1986), quien habla del problema de la “*common pool*” y de la “*creditors’ bargain theory*”.

³⁴ M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice* (La Haya: Kluwer Law International, 2004), 69.

³⁵ Así se expone con más detalle en el Capítulo III.2.

³⁶ J. J. Chung, “The new Chapter 15 of the Bankruptcy Code: A step toward erosion of national sovereignty” (2006) 27(1) *Northwestern Journal of International Law and Business* 89, 107, y F. Tung, “Is International Bankruptcy Possible?” (2001) 23 *Michigan Law Review* 31, 77.

mayor alcance. Mediante la apertura de un procedimiento de insolvencia, el Estado pone los medios públicos necesarios para eliminar una solución patológica en el funcionamiento del mercado. Esto es, un riesgo que puede perjudicar al desarrollo de la actividad económica de una territorio y que, en definitiva, puede dañar el tejido social que sobre la misma se construye.

Desde esta perspectiva, el Derecho concursal puede concebirse como una herramienta de estrategia económica del Estado, cuya regulación refleja un equilibrio de políticas públicas en materia social, empresarial, laboral, etc.³⁷ Es por esta razón que algunas normas de Derecho concursal se relacionan tradicionalmente con consideraciones de orden público del ordenamiento jurídico al que pertenecen.³⁸

16. La voluntad de alcanzar con éxito este doble objetivo (colectivo y público) suele manifestarse en la definición amplia del alcance del procedimiento de insolvencia. En general, las legislaciones concursales tienen vocación de abarcar a todo el patrimonio del deudor y al conjunto de sus acreedores. La Ley Concursal española es buena prueba de ello.³⁹ Así, art. 76.1 LC (“Principio de universalidad”) prevé que

“Constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento.”

Igualmente, el art 49.1 LC (“Integración de la masa pasiva”) dispone que

“Declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualquiera que sea su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes.”

Es decir, una visión omnicomprendensiva de los bienes, derechos y obligaciones del deudor que facilita la consecución de soluciones globales para la insolvencia y la igualdad de trato entre los acreedores (*par conditio creditorum*). Esta filosofía suele traducirse también en la regla de *vis attractiva concursus*, por la que se intenta centralizar la resolución de todas las cuestiones

³⁷ N. Martin, “The Role of History and Culture in Developing Bankruptcy and Insolvency Systems: The Perils of Legal Transplantation” (2005) 28(1) *Boston College International and Comparative Law Review* 1, 4; H. L. Buxbaum, “Rethinking International Insolvency: The Neglected Role of Choice-of-Law Rules and Theory” (2000) 36 *Stanford Journal of International Law* 23, 49; y R. Millet, “Cross-border insolvency: the judicial approach” (1997) 6 *International Insolvency Review* 99, 109.

³⁸ Por todos, G. Kaufmann-Kohler y L. Lévy, “Insolvency and international arbitration” en H. Peter, N. Jeandin y J. Kilborn, *The challenges of insolvency law reform in the 21st century: facilitating investment and recovery to enhance economic growth* (Zürich: Schulthess, 2006) 257, 275 y Report on the First Draft Convention relating to bankruptcies, compositions and analogous procedures por J. Noel and J. Lemontey (1970), 16.775/XIV/70-E, 10.

³⁹ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE núm. 164, de 10 julio 2003).

concernientes al patrimonio concursal en un único foro.⁴⁰ En España, el art. 8 LC es el precepto que dispone esta regla para el plano interno.

Asimismo, el principio de “unidad de procedimiento” acostumbra a venir acompañado en la esfera doméstica por el de “unidad legal”.⁴¹ Es decir, una regla que acentúa la consecución de los objetivos mencionados en el párrafo anterior a través de la sumisión de todo el patrimonio concursal a un único régimen aplicable. En definitiva, un solo procedimiento de insolvencia y una sola ley concursal.

17. La traslación de esta lógica al plano internacional resulta más problemática. Es cierto, que muchos Derechos nacionales declaran el principio de universalidad como válido también en situaciones trasfronterizas. En este sentido se pronuncia el art. 10.1.III LC:

“Los efectos de este concurso, que en el ámbito internacional se considerará «concurso principal», tendrán alcance universal, comprendiendo todos los bienes del deudor, estén situados dentro o fuera de España.”

De hecho, puede entenderse que un régimen con este contenido es el mejor situado para producir resultados justos y equitativos entre los acreedores situados en Estados distintos.⁴²

18. Sin embargo, no puede ignorarse que este régimen nacional es solo un desiderátum. En efecto, la eficacia de una regla que pretende someter a todos los bienes y derechos del deudor al *forum concursus* y a la *lex fori concursus* independientemente de su localización, está condicionada a que esa aspiración universalista sea reconocida por las autoridades de los territorios en donde se sitúe ese patrimonio. Sin esa voluntad de cooperación, la prescripción normativa del Estado de apertura de la insolvencia se reduce a papel mojado sin plasmación práctica.

La realidad del territorialismo soberanista frente a la vocación universal no es un tema nuevo.⁴³ Sin embargo, es un problema cuya evidencia se ha intensificado conforme el número

⁴⁰ Por todos, L. Carballo Piñeiro, “*Vis attractiva concursus* in the European Union: its development by the European Court of Justice” (2010) 3 *InDret* 1, 14 y V. Finch, *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles* (London: London School of Economics and Political Science, 2002) 30.

⁴¹ A. Rojo, “El Derecho concursal” en R. Uría y A. Menéndez, *Curso de Derecho Mercantil* (Madrid: Civitas, 2007) 2ª ed., vol. II, 900, 901.

⁴² Así lo declara con absoluta claridad Lord Hoffman en la Sentencia del Privy Council del Reino Unido en *Cambridge Gas Transp. Corp. v Official Comm. of Unsecured Creditors of Navigator Holdings PLC*, [2006] UKPC 26, [2007] 1 A.C. 508, pár. 16.

⁴³ De hecho, P. R. Wood, *Principles of International Insolvency* (Londres: Sweet & Maxwell, 2007) 2ª ed., 291 explica la conclusión de un tratado en 1204 entre la ciudades de Trento y Verona con el fin de gestionar la existencia de bienes de un deudor en ambas ciudades. Igualmente K. H. Nadelmann, “Bankruptcy Treaties” (1948) 93 *University of Pennsylvania Law Review* 58, 59 relata los esfuerzos que el Papa de Roma realizó en 1302 con el objetivo de coordinar la insolvencia del Banco Ammanati, cuyos bienes se localizaban en España, Francia, Italia, Reino Unido, Portugal y Alemania. Más tarde, la obra de F. Salgado de Somoza, *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam* (Lugduni: sumptibus Laurentii Anisson,

de insolvencias trasfronterizas ha aumentado en la realidad mercantil. Según ha dicho algún autor, al comercio internacional se la ha quedado “pequeño” el Derecho concursal tradicional, tal y como ocurre con un niño que continúa vistiendo la ropa de sus años más benjamines.⁴⁴ *A priori*, éste es el precio que hay que pagar a cambio del rápido incremento que ha experimentado la actividad comercial a nivel internacional.⁴⁵

19. Con el fin de acabar con las limitaciones derivadas de la ortodoxia propia del modelo territorial, durante las últimas décadas han aparecido un gran número de iniciativas legislativas y académicas que proponen mecanismos alternativos a los hasta ahora expuestos. Generalmente, son posiciones intermedias que se sitúan entre el universalismo puro y el territorialismo estricto y que se asientan sobre fórmulas más flexibles a las descritas.⁴⁶

Algunas de ellas toman el territorialismo como punto de partida, pero abogan por el establecimiento de medidas de cooperación entre las autoridades nacionales de los Estados en los que el deudor pueda tener parte de su patrimonio, incluso cuando existan varios procedimientos concursales simultáneamente abiertos. A este grupo pertenecen modelos como el territorialismo cooperativista,⁴⁷ el incrementalismo procesal⁴⁸ y el contractualismo concursal.⁴⁹ Frente a ellos, otras propuestas defienden la necesidad de que exista un procedimiento de insolvencia principal, pero no se oponen a la posibilidad de que se abran otros procedimientos secundarios cuando se cumplan ciertos requisitos. Éste es el caso del llamado universalismo mitigado o modificado,⁵⁰ que actualmente puede considerarse como el

1665) puede considerarse el primer estudio sistemático del Derecho concursal y reconocía la posibilidad de los acreedores de ejecutar su crédito contra el deudor concursal contra bienes “*qui habet in diversis loces*”, es decir, en tantos territorios como éste tuviera bienes (Vol. I, Parte II, Cap. XII, 73-74). Finalmente, resulta interesante nombrar la pionera obra de J. Henry, *Outline of Plan of an International Bankrupt Code for the Commercial States of Europe* (Londres, 1825), mencionada en P. Omar, “On the Origins and Challenges of Court-to-Court Communications in International Insolvency Law” (2008) *The International Insolvency Institute - Academic Forum Collection* 1, 5.

⁴⁴ J. L. Westbrook, “Breaking away: Local priorities and local assets” (2011) 46 *Texas International Law Journal* 601, 602.

⁴⁵ P. Omar, “Book review of *Cross-Border Insolvency* by Richard Sheldon (ed.)” (2012) 23(12) *International Company and Commercial Law Review* 442.

⁴⁶ En general, D. T. Trautman, J. L. Westbrook y E. Gaillard, “Four Models for International Bankruptcy” (1994) 41 *American Journal of Comparative Law* 573 y C. Esplugues Mota, *La quiebra internacional. Estudio comparado de los nuevos desarrollos doctrinales y legislativos en la materia, con especial referencia a las perspectivas de reforma del modelo español* (Barcelona: Bosch, 1993).

⁴⁷ E. Janger, “Reciprocal Comity” (2011) 46 *Texas International Law Journal* 441 y L. LoPucki, “The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy” (2000) 98 *Michigan Law Review* 2216. También llamado territorialismo virtual en E. Janger, “Virtual Territoriality” (2010) 48 *Columbia Journal of Transnational Law* 401.

⁴⁸ J. A. E. Pottow, “Procedural Incrementalism: A Model for International Bankruptcy” (2005) 45(4) *Virginia Journal of International Law* 935.

⁴⁹ R. K. Rasmussen, “Resolving Transnational Insolvencies through private ordering” (2000) 98 *Michigan Law Review* 2252, 2255.

⁵⁰ Por todos, J. M. Garrido, “No two snowflakes the same: The distributional question in international bankruptcies” (2011) 46 *Texas International Law Journal* 459, 460 y J. L. Westbrook, “Breaking away...”, *cit.*, 602.

modelo legislativo de mayor acogida en el panorama comparado del Derecho concursal internacional.

Las dos manifestaciones más relevantes de esta última opción son el Reglamento europeo de Insolvencia (RI)⁵¹ y la Ley Modelo UNCITRAL sobre la Insolvencia Transfronteriza (LMI).

20. El Reglamento es el instrumento diseñado por la Unión Europea para regular los aspectos internacionales de los procedimientos concursales abiertos en los Estados Miembros.⁵² Es, por tanto, una norma que contiene principalmente reglas de Derecho internacional privado. Así, establece los criterios de competencia judicial internacional que se han de satisfacer para que las autoridades de un Estado Miembro pueda abrir un procedimiento de insolvencia; dispone el régimen de ley aplicable que ha de gobernar la tramitación y el contenido de ese procedimiento; y prevé las normas que han de regir el reconocimiento de los concursos abiertos en otros Estados Miembros y de muchas de las decisiones que se adopten en su seno.

Como regla general, las soluciones que se contienen en el Reglamento están asentadas sobre el ideal de que las autoridades del Estado Miembro en el que se localice el Centro de Intereses Principales (COMI) del deudor serán las únicas competentes para declarar el concurso (art. 3 RI). En principio, este procedimiento será único, tendrá “alcance universal y su objetivo es abarcar a todos los bienes del deudor”.⁵³ Asimismo, el Reglamento se asienta sobre el principio de unidad legal, según el cual la ley del Estado de apertura (la *lex fori concursus*) será aplicable a todo el procedimiento de insolvencia (art. 4) y “determina[rá] todos los efectos del procedimiento de insolvencia, tanto procesales como materiales, sobre las personas y las relaciones jurídicas implicadas”.⁵⁴ Es decir, el punto de partida del Reglamento es que el concurso es único y sus efectos homogéneos en toda la Unión.⁵⁵

La efectividad de este régimen viene garantizada por los arts. 16 y 17 RI, que prevén no solo el reconocimiento automático de la resolución de apertura del concurso en todo el territorio de la Unión, sino también el reconocimiento de todos los efectos que la legislación concursal del Estado de origen prevea para el procedimiento de insolvencia. No obstante, como consecuencia de la “mitigación” del universalismo que también persigue el Reglamento, estas

⁵¹ Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia (*DOUE* L 160, de 30 junio 2000). El Reglamento no es aplicable en Dinamarca.

⁵² La explicación que seguidamente se contiene tiene únicamente propósito introductorio y queda sujeta al desarrollo y matizaciones que se contienen en los siguientes Capítulos de la obra.

⁵³ Considerando 11.

⁵⁴ Considerando 23.

⁵⁵ Así lo declara tanto la Opinión de la AG Kokott como la Sentencia del TJUE en el Asunto 294/02, *Comisión Europea v AMI Semiconductor Belgium BVBA* [2005] Rec. I-2175, párs. 84 y 69 respectivamente.

aspiraciones paneuropeas vienen sustancialmente matizadas por una serie de excepciones tanto con respecto al alcance de la competencia del juez del concurso como en cuanto al ámbito regulatorio de la ley concursal. Con ellas, el legislador pretende “proteger las expectativas legítimas y la seguridad de las operaciones en Estados Miembros distintos a aquel en el que se inicia el procedimiento”.⁵⁶

En concreto, el art. 3.2 RI prevé la posibilidad de que se abran procedimientos secundarios en todos aquellos Estados en los que el deudor tenga un establecimiento, quedando sus efectos limitados a los bienes sitos en ese territorio. Dentro de estos confines, el art. 28 RI dispone que la autoridad concursal de ese procedimiento aplicará su propia *lex concursus*, de forma análoga a como dispone el art. 4 RI con respecto al procedimiento principal. Además, e incluso si estos procedimientos territoriales no llegan a existir, el art. 25 RI parece sugerir que pueden existir acciones individuales que involucren al deudor concursal fuera del procedimiento de insolvencia. Por último, los arts. 5 a 15 RI contienen normas de conflicto especiales que excepcionan la regla general del art. 4 RI y sujetan determinadas materias a leyes distintas a la *lex fori concursus*. En definitiva, un conjunto de salvedades en sede de competencia judicial y de ley aplicable que acaban por diluir el modelo universalista al que nominalmente pudiera parecer que se adscribe el Reglamento.⁵⁷

Ésta es una conclusión que permanece vigente tras las recientes reformas introducidas por el legislador de la Unión. En efecto, el Reglamento ha sido refundido hace escasos meses a través del Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia.⁵⁸ Sin perjuicio de las modificaciones realizadas en algunas cuestiones relevantes, el régimen general expuesto en los párrafos anteriores permanece sustancialmente idéntico. Además, es una refundición cuya entrada en aplicación no se prevé hasta el 26 de junio de 2017 (art. 92 RI bis). Por esa razón, el estudio emplea la numeración de los artículos prescrita en el Reglamento original, sin perjuicio de que el contenido del Reglamento refundido forme parte importante del análisis que se realiza.

21. Junto con el Reglamento, el otro ejemplo paradigmático del universalismo mitigado lo constituye la Ley Modelo UNCITRAL sobre Insolvencia Transfronteriza. Con este instrumento, UNCITRAL persigue homogeneizar el tratamiento que los Derechos nacionales otorgan a las insolvencia extranjeras. Es decir, proporciona un régimen basado principalmente

⁵⁶ Considerando 24. En el mismo sentido, vide Asunto C-527/10 (*Erste Bank Hungary v Hungarian State*) [2012] Rec. I-417, pár. 39.

⁵⁷ Vide con más detalle el Capítulo II.

⁵⁸ *DOUE* L 141/19, de 5 junio 2015 (RI bis).

en el reconocimiento trasfronterizo de los concursos abiertos en el Estado en el que el deudor tenga su centro de intereses principales. Por tanto, más que un régimen íntegro de Derecho internacional privado, la Ley Modelo se centra en garantizar la aceptación extraterritorial de la situación concursal y en establecer medidas de cooperación y coordinación.⁵⁹ De esta forma, se fortalece la aspiración omnicompreensiva del procedimiento de origen, sin perjuicio de que el Derecho del Estado receptor pueda reconocer o no todos los efectos de aquel procedimiento e incorporar otros de cuño propio.

La atenuación del régimen de esta Ley comparado con el carácter más prescriptivo del Reglamento se debe a la voluntad de UNCITRAL de que el Modelo pueda ganar la aceptación de los legisladores nacionales. A pesar de este objetivo, la realidad es que en las última dos décadas esta Ley solo ha sido adoptada por 23 Estados,⁶⁰ demostrando así la reticencia de los legisladores de introducir regímenes que abran la puerta con excesiva facilidad a procedimientos y legislaciones concursales extranjeros.⁶¹ De hecho, en tres de esos Estados la norma que incorpora la Ley Modelo no se encuentra operativa a pesar de estar aparentemente en vigor.⁶²

Además, existen varios estudios comparativos que demuestran la falta de homogeneidad con la que los legisladores nacionales han acabado internalizando el Modelo UNICTRAL.⁶³ Esta variabilidad perpetúa la disparidad nacional que se pretende eliminar con esta Ley y puede llegar a frustrar sus objetivos. Igualmente, en el caso de Colombia, Corea del Sur, Estados Unidos, Grecia, Japón, Méjico, Montenegro, Polonia y Reino Unido, el texto finalmente

⁵⁹ Vide con más detalle el Capítulo III.1.

⁶⁰ Australia (2008), Canadá (2005), Chile (2013), Colombia (2006), Eslovenia (2007), Estados Unidos de América (2005), Filipinas (2010), Grecia (2010), Japón (2000), Mauricio (2009), Méjico (2000), Montenegro (2002), Nueva Zelanda (2006), Polonia (2003), Reino Unido (2006), Islas Vírgenes Británicas (2003), República de Corea (2006), Rumania (2002), Serbia (2004), Seychelles (2013), Sudáfrica (2000), Uganda (2011) y Vanuatu (2013).

⁶¹ M. Sánchez Álvarez, “Aplicación de las reglas de la Ley Concursal sobre insolvencias transfronterizas” (2011) 14 *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 135, 137-138.

⁶² El primero es el caso de la República de Sudáfrica, en donde tras 15 años (!) todavía no se ha dictado la orden ministerial que identifique los Estados con los que existe relación de reciprocidad y que se benefician del tratamiento favorable de la Ley Modelo, tal y como exige la sec. 2(1) Cross-Border Insolvency Act 42/2000 (disponible en <http://www.info.gov.za/gazette/acts/2000/a42-00.pdf>). Así lo explican R. Kelly y C. van Zuylen, “South Africa” en L. Chan Ho (ed.), *Cross-Border Insolvency: A Commentary on the UNCITRAL Model Law* (Londres: Global Business Publishing, 2012) 3ª ed., 401, 402. Lo mismo ocurre en las Islas Vírgenes Británicas con el art. 437(1) de su Insolvency Act 2003, como expone P. Kite, “British Virgin Islands” en L. Chan Ho (ed.), *Cross-Border...*, cit., 55. Finalmente, ésta es también la situación en Mauricio. Vide M. Moller, “Mauritius” en L. Chan Ho (ed.), *Cross-Border...*, cit., 289.

⁶³ Por todos, L. Chan Ho (ed.), *Cross-Border...*, cit. Así lo reconoce la propia UNCITRAL en el Documento A/CN.9/WG.V/WP.117, 6, publicado con ocasión del 44º período de sesiones, 16-20 diciembre 2013, Viena.

aprobado ha modificado la redacción de las reglas relativas al deber de cooperación entre Estados con el fin de acentuar la discreción judicial para adoptar esa decisión.⁶⁴

22. Sobre esta base, algunos autores han hablado del fracaso de los esfuerzos de UNCITRAL y han defendido que, por muy anacrónico que pueda parecer, el modelo territorialista continúa siendo el régimen preponderante en el Derecho comparado.⁶⁵ Sin perjuicio de la necesidad de matizar esta afirmación en el territorio de la Unión, esta breve exposición sí pone de manifiesto que la regulación del Derecho concursal internacional a escala mundial sigue reposando fundamentalmente sobre normas de origen interno y que no es una disciplina que se caracterice por su uniformidad. Todo lo contrario, es una especialidad en la que las lógicas universalistas conviven con regímenes mucho más territorialistas y en la que no puede garantizarse que un procedimiento de insolvencia será reconocido en todos los Estados en los que el deudor pueda tener parte de su patrimonio.

Sin lugar a dudas, esta diversidad normativa es abono para la práctica del *forum shopping*, tanto por parte de los deudores concursales como de los acreedores del mismo.⁶⁶ Ésta en una realidad que no se puede ignorar cuando se evalúa la interacción entre el concurso y el arbitraje internacional. Sobre todo, porque, como ya se dijo en la Sección anterior, el Derecho arbitral se caracteriza por un nivel mucho mayor de armonización y de eficacia a escala global. Es ahí donde la dimensión internacional de esta intersección de disciplinas puede devenir más dificultosa.

C. *Objetivos del estudio y metodología de investigación*

23. Una de las peculiaridades de la confluencia protagonizada por el arbitraje y el concurso es que su problemática puede plantearse tanto ante los tribunales arbitrales como ante los órganos judiciales. Es decir, sin necesidad de entrar ahora en detalles, los árbitros son generalmente competentes para decidir sobre cuestiones como la validez y eficacia del convenio arbitral, la arbitrabilidad de la disputa, la capacidad de las partes, la forma de tramitación del arbitraje, etc. Todas estas son materias que pueden resultar afectadas por la

⁶⁴ S. C. Mohan, “Cross-border Insolvency Problems: Is the UNCITRAL Model Law the Answer” (2012) 21 *International Insolvency Review* 199, 207-215.

⁶⁵ Así lo afirma P. Omar, “Book review...”, *cit.*, 442.

⁶⁶ Así lo reconoce el propio Reglamento de Insolvencia en si considerando 4. También lo apuntan J. A. E. Pottow, “Procedural...”, *cit.*, 951; S. Franken, “Three Principles of Transnational Corporate Bankruptcy Law: A Review” (2005) 11 *European Law Journal* 232, 233; y A. T. Guzman, “International Bankruptcy: In Defense of Universalism” (2000) 98 *Michigan Law Review* 2177, 2184.

situación concursal de una de las partes. Por esta razón, la práctica arbitral que se analiza en esta obra demuestra la existencia de multitud de resoluciones arbitrales que deciden acerca de la forma de articular la coexistencia de un procedimiento de insolvencia y de una pretendida obligación de arbitrar.

Por su parte, los órganos judiciales también se pueden enfrentar a estas cuestiones en varias situaciones. Así, es posible que el juez del concurso tenga que pronunciarse sobre la eficacia de los convenios arbitrales del deudor o sobre la posibilidad de que éste sea parte de un procedimiento arbitral. Igualmente, puede que jueces distintos al concursal se vean forzados a emitir una resolución al respecto cuando en la fase pre-arbitral una de las partes invoca frente a ellos la existencia de un convenio. Esto puede darse porque se solicite la adopción de una medida cautelar en apoyo del arbitraje, porque se requiera la asistencia judicial en el nombramiento de los árbitros o, simplemente, porque se presente una declinatoria de jurisdicción en sede judicial sobre la base de que la disputa individual que se pretende litigar está cubierta por un convenio arbitral entre el deudor concursal y la contraparte. Finalmente, la problemática generada por la confluencia del arbitraje y la insolvencia también puede presentarse en el contexto de la fase post-arbitral, cuando los órganos judiciales intervienen con el fin de resolver una acción de anulación interpuesta contra un laudo que afecta al concursado o cuando se plantea el reconocimiento y ejecución de esa resolución arbitral.

24. Esta pluralidad de frentes arbitrales y judiciales también va unida a una pluralidad de tratamientos desde el Derecho concursal y el Derecho arbitral. Es decir, cada una de estas disciplinas concibe la intersección desde una perspectiva distinta. Mientras el primero puede intentar solucionarla mediante reglas de *vis attractiva concursus* o reglas relativas a la supervivencia de las obligaciones contractuales del concursado tras la apertura de la insolvencia, es posible que el otro se aproxime a la misma a través de normas de arbitrabilidad, de validez del convenio arbitral, de normas imperativas, etc.

Esto es, la confluencia de situaciones concursales y obligaciones arbitrales presenta el problema de ser un evento altamente poliédrico desde un punto de vista jurídico. Dicho de otro modo, es un evento que puede calificarse mediante el empleo de muchas categorías distintas.

25. Esta pluralidad de opciones dentro de cada disciplina y la coexistencia de lógicas concursales y arbitrales constituye un elemento distintivo de la problemática que aquí se estudia. Sin embargo, es un rasgo que ha pasado desapercibido en una gran parte de la literatura que se evalúa en esta obra. En efecto, muchos de los estudios que se han realizado hasta la fecha

adolecen de aproximarse al problema del arbitraje y del concurso desde una perspectiva fragmentada. Analizan la solución prevista por el Derecho concursal o por el Derecho arbitral, o se centran en el tratamiento conferido por tribunales arbitrales o por órganos judiciales, pero no abordan la complejidad desde un punto de vista global.

Esa visión parcial omite las dificultades que derivan de la pluralidad de enfoques. Por ejemplo, como consecuencia de esa disparidad no es posible asegurar que la decisión de un juez de remitir las partes a arbitraje sin perjuicio de la insolvencia de una de ellas venga seguida de la aceptación de competencia por parte del tribunal arbitral. Igualmente, tampoco puede garantizarse que el laudo dictado por un tribunal en relación con una parte concursada vaya a operar como título eficaz para probar un crédito en el seno de un procedimiento de insolvencia. Esto ocurre incluso cuando la validez del laudo ha sido confirmada por las autoridades de la sede a través de una acción de anulación.

Sin lugar a dudas, esta incertidumbre es contraria a los imperativos que requiere la situación concursal. Si la razón de ser de un procedimiento de insolvencia es la gestión de la insuficiencia patrimonial de una parte, resulta del todo contraproducente que no exista un régimen claro que estipule si las posible actividad arbitral realizada de forma paralela al concurso tendrá algún tipo de utilidad, tanto para el deudor como para el acreedor.

26. La existencia de esta incertidumbre en casos trasfronterizos está motivada por dos razones. Por una parte, se debe a que no existe un único régimen de Derecho internacional privado aplicable al problema estudiado en las esferas judicial y arbitral y a lo largo de las distintas etapas de la vida de un arbitraje. Es decir, la pluralidad de frentes (judicial y arbitral) y la diferencia de enfoques (concursal y arbitral) que se ha mencionado en los párrafos anteriores también va anudada a un distinta lógica conflictual en cada caso. Si una de las cuestiones relevantes en el plano internacional es determinar qué ley ha de gobernar los efectos que el procedimiento de insolvencia produce sobre el arbitraje, las reglas que regulan ese ejercicio en la disciplina arbitral y en la concursal, así como en las esferas judiciales y arbitrales deberían conducir a un mismo resultado. Esta es una idea que se explica con mucho más detalle en los siguientes Capítulos.

Por la otra parte, ni siquiera si se centra la atención en una de esas esferas o disciplinas, no existe en la práctica acuerdo a cómo ha de calificarse la problemática a efectos de identificar la ley aplicable. En otras palabras, no se ha alcanzado ninguna uniformidad en cuanto a la categoría jurídica adecuada para llevar a cabo el análisis conflictual. En este sentido, resulta ilustrativo una de las conclusiones que se alcanzaron en un congreso organizado por la London

Court of International Arbitration (LCIA) alrededor de esta problemática fue que “*nobody was able to cite any clear authority indicating the correct approach to the problem*”.⁶⁷ La constatación de esta falta de uniformidad también ha sido subrayada por varios autores.⁶⁸

27. Sobre esta base, el principal objetivo del presente estudio es proporcionar un régimen de Derecho internacional privado claro que permita identificar con facilidad cuál es la norma aplicable a cada uno de los efectos que la apertura de un procedimiento de insolvencia produce sobre las obligaciones arbitrales del concursado. La consecución de este objetivo requiere abordar los dos problemas que se acaba de mencionar. Por una parte, se persigue que el método conflictual que aquí se propone sea operativo tanto en la esfera arbitral como en la judicial y que su contenido respete los principios fundamentales del Derecho concursal y de la disciplina arbitral. Por la otra, se pretende que el funcionamiento de este método repose sobre el acuerdo en cuanto a la forma de calificación de la situación concursal a los efectos de la determinación de la ley aplicable.

Con ello se fortalece la previsibilidad conflictual de la cual actualmente carece el problema estudiado y, por tanto, se protegen tanto los intereses de las partes en el convenio arbitral como del conjunto de personas afectadas por el procedimiento de insolvencia. Además, es una fórmula que facilita el cálculo de riesgos *a priori*, cuando las partes deciden incluir un convenio arbitral en su contrato o cuando conocen de la inminencia de la declaración concursal de la contraparte. También, es un método que evita situaciones como las descritas en los párrafos anteriores, en los que jueces y árbitros alcanzan resultados opuestos en relación con la misma cuestión, con los perjuicios económicos que ello produce. En definitiva, el objetivo es esclarecer y uniformizar la respuesta a estas tres cuestiones ¿a qué ley tiene que acudir un tribunal arbitral para evaluar el efecto concursal sobre el arbitraje?, ¿cómo ha de resolver esta cuestión el juez del concurso?, ¿cuál es la ley aplicable por las autoridades estatales que intervienen en la fase pre-arbitral o con motivo de acciones de anulación o de reconocimiento y ejecución?

28. Para ello, la obra combina el método del análisis normativo con la evaluación jurisprudencial de origen judicial y arbitral. El recurso a esta metodología compuesta no viene solo motivada por la aspiración de ofrecer un estudio que conjugue la solidez teórica con la viabilidad

⁶⁷ D. Foster y S. Walsh, “The Effects of Insolvency on Arbitration Proceedings” (2009) *The European & Middle Eastern Arbitration Review* 1.

⁶⁸ D. Jones, “Insolvency and arbitration: an arbitral tribunal’s perspective” (2012) 78(2) *Arbitration* 123, 138 y J. Chuah, “Resolving Unresolved Relationship Problems – the Case of Cross Border Insolvency and Pending Arbitrations” (2011) 8(4) *European Company and Financial Law* 423, 431.

práctica de las propuestas que se sugieren. También es la consecuencia de la ausencia de un régimen positivo completo en la materia. Como ya quedó apuntado al comienzo de este Capítulo, en muchas ocasiones este silencio ha convertido a la vía jurisprudencial en la única fuente de “construcción” de las reglas que se deben aplicar.

Por esta razón, no ha de sorprender al lector que en varios momentos de la obra se dedique especial atención a explicar algunos casos que han marcado el desarrollo de esta disciplina. En España, el asunto *Pirelli* es el de mayor importancia y su resolución por el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 29 de abril de 2009, se menciona repetidamente a lo largo de la obra. Fuera de España, esta posición dominante corresponde, sin duda, a la saga de disputas protagonizadas por las sociedades Elektrim y Vivendi, que cristalizó en varios procedimientos judiciales y arbitrales en Reino Unido y en Suiza.

También se ha de apuntar que el principal foco del presente estudio es el régimen aplicable en España. Por esta razón, la abundante mención a jurisprudencia y a legislación extranjeras ha de interpretarse como una herramienta para iluminar el análisis del caso español. En concreto, los dos escenarios cubiertos son los supuestos en los que el procedimiento de insolvencia se haya abierto en España y los casos en los que la sede del arbitraje se localice en territorio español. Sin perjuicio de este ámbito, no cabe duda que muchas de las conclusiones que se alcanzan en esta obra también son extensibles a otros ordenamientos jurídicos. Esto se debe principalmente a la existencia de instrumentos comunes a muchos Derecho nacionales, como es el caso de Reglamento de Insolvencia, de la Convención de Nueva York y de las legislaciones basadas en Leyes Modelo. Asimismo, también responde a que la práctica arbitral transfronteriza alcanza en muchas ocasiones un nivel de internacionalidad que permite extrapolar sus resultados independientemente del régimen jurídico que se aplique al caso concreto.

29. Por último, también ha de quedar claro desde este primer Capítulo que ésta no es una obra que persiga proponer cuál es el régimen material que ha de establecerse en sede de arbitraje y concurso. Ésta es una decisión que corresponde a cada legislador de acuerdo con sus prioridades y políticas legislativas. No obstante, dado el foco español del estudio, el Capítulo II sí incluye un análisis del tratamiento que la Ley Concursal otorga a las obligaciones arbitrales que puedan afectar a un deudor sometido a un procedimiento de insolvencia abierto en España.

Por otra parte, esta obra tampoco es un estudio de Derecho comparado. La literatura ya contiene ejemplos competentes de este ejercicio.⁶⁹ De hecho, la variedad de soluciones nacionales al respecto es el punto de partida del presente trabajo. Sin esa disparidad nacional, el método conflictual carecería de su verdadera razón de ser.

D. Estructura de la obra

30. Sobre la base de la explicación expuesta en las anteriores Secciones, el resto de la obra se estructura en cuatro Capítulos sustantivos (Capítulos II a V) y un Capítulo de conclusiones y reflexiones finales (Capítulo VI).⁷⁰

El Capítulo II se dedica al estudio del tratamiento que el Reglamento de Insolvencia otorga a los convenios y procedimientos arbitrales que afectan al deudor concursal. La apertura del estudio con esta norma viene motivada por varias razones. Primero, es el principal instrumento de Derecho concursal internacional en todos los Estados de la Unión, de modo que su aplicación es imperativa para las autoridades de todos ellos. Segundo, constituye la base de algunos de los más importantes asuntos que se han decidido en materia de arbitraje y concurso y ha sido fuente de profundo análisis por parte de varios autores. Por último, su estudio permite anticipar el examen del régimen español de Derecho internacional privado de origen interno, pues la parte de la Ley Concursal destinada a ese efecto se inspira principalmente en el modelo del Reglamento.

Seguidamente, el Capítulo III tiene como objetivo completar el estudio de la respuesta que el Derecho concursal ofrece a la confluencia del arbitraje y la insolvencia. Así, el Capítulo se centra en evaluar el régimen de Derecho internacional privado previsto en la Ley Concursal y lo compara también con el de la Ley Modelo UNCITRAL. Esta comparación tiene como finalidad demostrar las discrepancias de concepto que existen entre los dos instrumentos, a pesar de que en ocasiones se pueda hablar de su similitud. Además, ese ejercicio permite demostrar la heterogeneidad de soluciones que ofrecen respecto del mismo problema el Reglamento y el Modelo de UNCITRAL. Finalmente, el Capítulo se adentra en el análisis

⁶⁹ Más allá de los múltiples artículos que se mencionan a lo largo de esta obra, vide los libros de S. Vorburger, *International Arbitration and Cross-Border Insolvency: Comparative Perspectives* (La Haya: Kluwer Law International, 2014) y V. Lazic, *Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration* (The Hague: Kluwer Law International, 1998).

⁷⁰ Con el fin de facilitar la comprensión y a efectos de referencias cruzadas, se hace aquí mención de que la obra se divide en Capítulos (números romanos en mayúscula), Secciones (letras en mayúscula), Epígrafes (números arábigos), Apartados (letras en minúscula) y Sub-apartados (números romanos en minúscula). Ej: I.A.1.a.i).

detallado de las soluciones materiales (y no solo internacional-privatistas) que la Ley Concursal otorga a las obligaciones arbitrales internacionales de un deudor concursado en España. De este modo, se ofrece una respuesta completa para los supuestos en los que la aplicación del Derecho español resulte del ejercicio conflictual prescrito por cualquiera de los regímenes de Derecho internacional privado previamente estudiados (el Reglamento de Insolvencia, la Ley Concursal y los Derechos nacionales basados en la Ley Modelo).

31. Una vez completada la perspectiva concursal, la obra se adentra en el tratamiento arbitral de la problemática. Es decir, los siguientes Capítulos constatan la existencia de una lógica material y, sobre todo, conflictual distinta a la expuesta en los Capítulos anteriores. En este sentido, el Capítulo IV lleva a cabo un análisis de la jurisprudencia y literatura arbitrales relacionadas con la situación concursal de una de las partes. Este estudio pone de manifiesto el relativismo con el que el Derecho concursal opera en la esfera arbitral y enfatiza la posibilidad de que tribunales arbitrales y autoridades judiciales alcancen resultados contrapuestos con respecto al mismo supuesto de hecho. Con el fin de evitar este riesgo, el Capítulo propone el empleo del Derecho concursal internacional de la sede por parte de los tribunales arbitrales.

Por su parte, el Capítulo V se centra en la resolución de las acciones de anulación y de reconocimiento y ejecución de laudos concernientes al deudor concursal. Es en esta fase post-arbitral cuando la confrontación entre la metodología arbitral y concursal deviene más evidente, pues los órganos judiciales que son competentes para la resolución de esas acciones se encuentran aparentemente obligados a respetar simultáneamente su Derecho concursal y su régimen arbitral. Para superar esta tipo de escenarios, el Capítulo recurre a las reglas de jerarquía normativa y a los principios de ordenación de instrumentos propios del Derecho Internacional Público y de la Unión. La utilidad de ese análisis viene motivada por la variedad de fuentes en las que se contienen las normas de Derecho internacional privado propias de cada una de las disciplinas. Finalmente, el Capítulo concluye con el estudio de la posibilidad de que la ausencia de un Derecho concursal internacional uniforme a nivel global pueda acabar permitiendo usos abusivos del régimen pro-arbitral e impida la existencia de ejecuciones individuales contra el patrimonio del deudor en contra de la regla de la *par conditio creditorum*.

32. Por último, el Capítulo VI pone el cierre a la obra con una recopilación de las principales conclusiones alcanzadas en los cuatro Capítulos sustantivos y contiene un conjunto de reflexiones finales. ¡Empecemos!

CAPÍTULO II. El tratamiento del arbitraje comercial internacional en el Reglamento de Insolvencia

33. Una primera lectura del Reglamento de Insolvencia (RI) no permite saber con certeza cuál es el tratamiento que el legislador de la Unión ha querido dar a convenios y procedimientos arbitrales en el contexto de situaciones concursales. En efecto, el absoluto silencio que el Reglamento guarda al respecto ha convertido esta cuestión en uno de los interrogantes más debatidos y controvertidos del régimen de insolvencias transfronterizas en el territorio de la Unión.⁷¹ Esta incertidumbre normativa ha sido semilla de varias interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, que han intentado encajar las peculiaridades del arbitraje en el sistema del Reglamento.
- El análisis de la interacción entre el concurso y el arbitraje desde la perspectiva del universalismo mitigado del Reglamento exige la consideración simultánea de cuatro elementos: la regulación del principio de *vis attractiva concursus* en el territorio de la Unión; la relación entre las normas de competencia judicial internacional y de ley aplicable contenidas en el Reglamento; la delimitación del ámbito material y geográfico del instrumento europeo; y el impacto que la doble faceta contractual y procesal de los convenios arbitrales produce respecto a su régimen conflictual.
34. Sobre la base de estos cuatro componentes, es posible identificar dos posicionamientos principales en cuanto al tratamiento del arbitraje en sede concursal. El primero viene abanderado por una importante sentencia de la Corte de Apelación inglesa con ocasión de la disputa entre las empresas Vivendi y Elektrim. Además de constituir el primer estudio judicial de la cuestión, este pronunciamiento se ha convertido en la máxima autoridad jurisprudencial

⁷¹ Así lo afirma la *External Evaluation of Regulation No. 1346/2000/EC on insolvency proceedings* (JUST/2011/JCIV/PR/0049/A4) encargada por la Comisión Europea a los Profesores B. Hess, P. Oberhammer y T. Pfeiffer, pár. 4.2.1, 166. En el mismo sentido, I. Fletcher, “Effect on arbitration proceedings of the EU Regulation” (2009) 22(4) *Insolvency Intelligence* 60, 62.

en el territorio de la Unión. Asimismo, ha recibido el apoyo de gran parte de los estudios especializados y de la Comisión Europea, que ha basado en ella la reforma del Reglamento de Insolvencia que por primera vez incorpora una mención expresa a las obligaciones arbitrales del deudor. En esencia, esta postura defiende el recurso a las normas de ley aplicable del Reglamento para determinar el Derecho nacional que tendrá que determinar el impacto de la declaración de insolvencia sobre el mecanismo arbitral. Según el procedimiento arbitral haya comenzado o no en el momento de la apertura del concurso, esta interpretación aboga por aplicar la *lex loci arbitri* (para arbitrajes en curso) o la *lex fori concursus* (para nuevos arbitrajes). Su estudio se contiene en la Sección A.

La segunda posición es de origen doctrinal y, aunque no ha recibido el respaldo jurisprudencial, recurre exclusivamente a las normas de competencia judicial del Reglamento. En breve, su argumento defiende que la adopción de una concepción estrecha de *vis attractiva concursus* por parte del legislador de la Unión permite demostrar que los convenios arbitrales conservan siempre su validez y eficacia a pesar de la declaración concursal. Es, por ello, una interpretación más afín a la política pro-arbitral de muchos Estados Miembros y más cercana al tratamiento que tradicionalmente ha recibido la circunstancia concursal en la práctica arbitral internacional.⁷² La Sección B se dedica a la evaluación de esta postura.

Es decir, mientras que la primera opción emplea varias normas de conflicto para acudir a las reglas concursales de los Estados Miembros, la segunda defiende la suficiencia del régimen competencial del Reglamento para resolver la problemática planteada. Las siguientes líneas pretenden demostrar el desacierto de ambas opciones, sin perjuicio de su amplia aceptación en los frentes doctrinal, jurisprudencial e institucional. Según la posición que aquí se propone, el efecto que la apertura del concurso despliega sobre la validez y eficacia de los convenios arbitrales y, por tanto, sobre la competencia del tribunal arbitral ha de venir siempre determinado por la *lex fori concursus*. Ni debe ser una cuestión que dependa de la situación procesal del procedimiento, ni puede quedar resuelta directamente por las normas del Reglamento de Insolvencia. La explicación de esta interpretación es el propósito de la Sección C.

⁷² El estudio de la perspectiva arbitral se contiene en el Capítulo IV.

A. Arbitraje y concepciones nacionales de vis atractiva en el Reglamento de Insolvencia

35. Los arts. 4 a 15 contienen las normas sobre ley aplicable del Reglamento de Insolvencia. El art. 4.1 RI cristaliza el principio universalista y prevé que,

“Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la Ley aplicable al procedimiento de insolvencia y a sus efectos será la del Estado Miembro en cuyo territorio se abra dicho procedimiento, denominado en lo sucesivo «el Estado de apertura».”

En el mismo sentido se pronuncia el Informe de los Profesores M. Virgós y E. Schmit.⁷³ Según ellos, la *lex fori concursus* ha de gobernar, como punto de partida, todos los efectos de la insolvencia, sean procesales o materiales, sobre todas las relaciones jurídicas del deudor y sobre todas las personas afectadas por la misma. Con el fin de ilustrar el tenor de este precepto, el art. 4.2 RI contiene una lista abierta de materias que vendrán en todo caso reguladas por los mandatos de la ley del Estado de apertura. Para el presente estudio, tres son los apartados relevantes:

“c) las facultades respectivas del deudor y del síndico.

e) los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los contratos en vigor en los que el deudor sea parte;

f) los efectos de la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre las ejecuciones individuales con excepción de los procesos en curso;”

36. Por su parte, los arts. 5 a 15 RI prevén normas de conflicto para materias concretas que el legislador ha querido excluir del alcance de la *lex fori concursus*. En línea con el tenor del art. 4.2.f), una de ellas viene referida a los procedimientos en curso y se contiene en el art. 15. Según el mismo,

“Los efectos del procedimiento de insolvencia con respecto a otros procedimientos en curso en relación con un bien o un derecho de la masa se regirán exclusivamente por la Ley del Estado Miembro en el que esté en curso dicho procedimiento.”

⁷³ Informe sobre la Convención relativa a los Procedimientos de Insolvencia de 1995, realizado por los Profesores M. Virgós y E. Schmit, Documento de Consejo UE 6500/96, DRS 8 (CFC), de 3 mayo 1996. El Dictamen fue emitido con respecto a la Convención de 1995, que nunca fue ratificado por un número suficiente de Estados, pero dado que el Reglamento de Insolvencia adoptó de forma literal la inmensa mayoría de las soluciones previstas por el Convención, el Informe Virgós/Schmit es considerado incluso por la Unión como la guía interpretativa autorizada del Reglamento. Así lo explica con detalle el AG Jacobs en su Opinión al Asunto C-341/04 (*Eurofood IFSC Ltd*), [2006] Rec. I-3813, pág. 2.

37. Estos preceptos constituyen piezas fundamentales para determinar el régimen aplicable a los convenios y procedimientos arbitrales en el marco de procesos concursales. La jurisprudencia emanada de los tribunales ingleses ofrece la primera propuesta interpretativa al respecto.

1. La interpretación inglesa en *Elektrim*: Un problema de calificación⁷⁴

38. Los grupos Elektrim (Polonia) y Vivendi (Francia) han protagonizado una importante saga de litigios durante la última década, dando lugar a múltiples arbitrajes y procedimientos judiciales en más de cinco Estados Miembros. La vertiente inglesa de la disputa constituye el punto de partida para este análisis. El 3 de septiembre de 2001, Elektrim S.A. (“Elektrim”) concluyó un acuerdo con Vivendi Universal S.A. y Vivendi Telecom International S.A. (“Vivendi”) titulado “Third Investment Agreement” (TIA). Este documento formaba parte del proceso de adquisición de la empresa de telefonía polaca Polska Telefonia Cyfrowa (PTC) por parte de Vivendi. La cláusula 5.11(c) del TIA preveía la sumisión de las disputas a arbitraje en Londres de acuerdo con las normas de la London Court of International Arbitration (LCIA) y establecía que, sin perjuicio de que el contrato quedara sujeto al Derecho polaco, el convenio arbitral se regiría por Derecho inglés.

El 22 de agosto de 2003 Vivendi interpuso una demanda arbitral en la LCIA contra Elektrim alegando que la empresa polaca había infringido varias de las obligaciones impuestas por el TIA. La cuantía de la reclamación ascendía a 1.900 millones de Euros. Tras la oportuna contestación por parte de Elektrim, el tribunal quedó constituido por el Dr. Wolfgang Peter (Presidente), Alan Redfern y el Prof. Jerzy Raski, y las partes fueron citadas para la vista arbitral en octubre de 2007. Sin embargo, el 9 de agosto de ese mismo año, Elektrim presentó solicitud de concurso voluntario ante el Tribunal del Distrito de Varsovia y fue declarada insolvente el 21 de agosto en virtud de la Ley Polaca de Insolvencia y Reestructuración (LPIR).⁷⁵ El auto del Tribunal polaco nombraba a Józef Syska como administrador del concurso pero preservaba la plena capacidad de obrar de Elektrim tanto en juicio como en la gestión ordinaria del negocio (régimen de intervención). Este régimen fue modificado mediante la resolución de 5 de febrero de 2008, que imponía la suspensión de las facultades

⁷⁴ Los datos fácticos proporcionados en esta Sección se encuentran disponibles en las resoluciones judiciales que se analizan, así como en otras como *The Law Debenture Trust Corporation Plc v Elektrim SA & Anor (Rev 1)* [2009] EWHC 1801 (Ch) (Reino Unido).

⁷⁵ Ley relativa a la insolvencia y la reestructuración (*Prawo upadłościowe i naprawcze*), de 28 febrero 2003 (Dz. U. de 2003, nº 60, acto 535).

de administración y disposición de Elektrim y, por tanto, convertía a Józef Syska en administrador pleno de la sociedad.

39. De acuerdo con el art. 142 LPIR, titulado “Convenio arbitral”,

“Cualquier convenio arbitral del que sea parte el concursado perderá su eficacia jurídica desde el momento de la declaración de la insolvencia y los procedimientos arbitrales pendientes se tendrán por concluidos”.

El 22 de agosto de 2007, Elektrim comunicó la declaración concursal al tribunal arbitral y a Vivendi y les informó de que, como consecuencia del Derecho polaco, el convenio arbitral que sustentaba la competencia del tribunal había dejado de producir cualquier efecto y el procedimiento arbitral debía ser declarado concluso. Estas cuestiones constituyeron el primer punto de debate en la vista de octubre de 2007, en la que las partes se mostraron de acuerdo en aceptar que si el art. 142 LPIR tenía que ser aplicado por parte del tribunal, su efecto indubitado sería efectivamente la invalidación del convenio arbitral y la finalización del procedimiento.

El 20 de marzo de 2007, el tribunal dictó un laudo parcial por el que de forma mayoritaria (con voto en contra por parte del Profesor Rajski) resolvía en favor de Vivendi. En él se concluía que la competencia del tribunal no podía resolverse a la luz del Derecho polaco, ya que era el Derecho inglés el elegido por las partes para regir la validez y eficacia del convenio arbitral. Por tanto, era ese Derecho el que tenía que determinar el impacto que la declaración concursal polaca producía sobre el arbitraje con sede en Londres. Dado que, según el tribunal, el Derecho inglés no prevé ningún efecto extintivo del arbitraje para casos de concursos extranjeros, el laudo declaró la inocuidad del auto concursal y del Derecho polaco. En cuanto al fondo del asunto, los árbitros decidieron que Elektrim había infringido las obligaciones previstas en el TIA, aunque no se pronunciaban todavía sobre el *quantum* del daño resarcible a favor de Vivendi.

40. El 16 de abril de 2008, Elektrim S.A. y Józef Syska presentaron acción de anulación del laudo parcial frente a los tribunales ingleses en virtud de la sec. 67 de la *Arbitration Act* inglesa de 1996 (AA). En ella, las solicitantes polacas alegaban que la competencia arbitral había quedado extinguida a partir del 21 de agosto de 2007, cuando el convenio arbitral cesó de producir efectos como consecuencia de la apertura del concurso. Las partes se mostraron de acuerdo en cuanto al efecto que tanto el Derecho inglés como el polaco producían sobre la competencia del tribunal arbitral. Por tanto, tal y como expuso el juez Christopher Clarke de

la High Court inglesa, la “cuestión crítica” del litigio era un problema de ley aplicable: ¿qué Derecho debía gobernar los efectos del concurso polaco sobre el arbitraje inglés?⁷⁶ Para ello, las partes también concurrían en que el instrumento aplicable por el juez inglés debía ser el Reglamento de Insolvencia.⁷⁷ Por tanto, el núcleo del procedimiento estuvo dirigido a determinar cuál de los preceptos arriba mencionados en la introducción de esta Sección era el apropiado para resolver la problemática planteada.

Sobre esta base, el debate derivó en un doble análisis. Por una parte, en determinar si la expresión “procedimientos en curso” presente en los arts. 4.2.f) y 15 RI era suficientemente amplia como para incluir también procedimientos arbitrales comenzados con antelación a la apertura concursal. La controversia venía principalmente motivada por la terminología empleada en la versión inglesa, que en vez de hablar de “*proceedings*” hace referencia a “*lawsuits*”. Si el art. 15 RI quedaba circunscrito a acciones judiciales, sería necesario recurrir al art. 4.2.f), que remitía a la *lex fori concursus* (ley polaca). Por el contrario, si el arbitraje era subsumible en ese precepto, podría aplicarse la ley de la sede arbitral (ley inglesa). Por otra parte, e incluso si el art. 15 era interpretado de forma amplia, el análisis también requería decidir si los convenios arbitrales pueden ser considerados “contratos en vigor” en el sentido del art. 4.2.e) RI. De ser así, el efecto del concurso sobre su validez y eficacia quedaría gobernado en todo momento por la ley polaca, independientemente del estado procesal de la acción. Esto es, la resolución de ambas cuestiones exigía un ejercicio previo de calificación, propio de operatividad de las normas de conflicto del Reglamento.

41. Respecto a la expresión “procedimientos en curso”, el tribunal concurrió con Elektrim en que el art. 15 constituye una excepción a la regla general del art. 4.2.f), por lo que la interpretación correcta de este precepto requería como punto de partida la definición del ámbito objetivo de la regla general. Es decir, era necesario determinar si la expresión “ejecuciones individuales” contenida en el art. 4.2.f) podía dar cabida a procedimientos arbitrales. Ni el análisis de varias versiones lingüísticas del Reglamento ni del Informe de los Profesores Virgós y Schmit, frecuentemente esclarecedor, permitieron llegar a una solución de forma certera. Similar

⁷⁶ (1) *Józef Syska acting as the Administrator of Elektrim S.A. (In Bankruptcy), and (2) Elektrim S.A. (In Bankruptcy) v (1) Vivendi Universal S.A., (2) Vivendi Telecom International S.A., (3) Elektrim Telekomunikacja Sp. Zo.O. and (4) Carcom Warszawa Sp. Zo.O.*, [2008] EWHC 2155 (Comm), [2008] 2 Lloyd's Rep. 636 (*Syska & Elektrim v Vivendi Universal* [Comm]). Más allá de la relevancia de la disputa, el litigio también ofrecía el atractivo de que en él se enfrentaban importantes figuras tanto del ejercicio del arbitraje como del Derecho concursal. La parte actora estaba representada por Gabriel Moss QC, Richard Millett QC y Julian Kenny, mientras que Vivendi comparecía mediante Toby Landau QC, Antony Zacharoli QC y Ricky Diwan.

⁷⁷ Polonia entró en la Unión Europea el 1 de mayo de 2004 y el centro de intereses principales de Elektrim estaba sito en Polonia.

resultado derivaba del estudio que realizó la High Court de la obra *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, publicada por los Profesores Virgós y Garcimartín.⁷⁸ Según el juez, el libro incurría en aparentes contradicciones con el mencionado Informe en relación con el uso de los términos “*enforcement*” y “*execution*” en el contexto de los arts. 4.2.f) y 15 RI. Y ello sin perjuicio de que los procedimientos arbitrales fueran expresamente incluidos en el comentario del art. 15 como “*individual actions to enforce*”.

Tras sugerir la posibilidad de que la nacionalidad de los autores del libro hubiera podido llevar al empleo de expresiones inexactas respecto a determinados conceptos, el juez Clarke concluyó que la regla general del art. 4 comprende todas las acciones individuales que puedan involucrar al deudor concursado, tanto las de naturaleza ejecutiva como aquellas que únicamente están destinadas a determinar la existencia, validez, contenido y cuantía de los créditos que afecten a la masa. Por su parte, el art. 15 debía quedar limitado al segundo tipo de acciones, lo que también comprendía los procedimientos arbitrales, aunque no la ejecución de los laudos resultantes.⁷⁹ Asimismo, la expresión “en relación con un bien o un derecho de la masa” contenida en el mismo artículo no suponía un obstáculo para esta interpretación sino que marcaba el carácter patrimonial de la acción.

Según esta construcción, los efectos de la declaración concursal sobre la competencia del tribunal vendrían regulados por la ley de la sede del arbitraje si el procedimiento se encontraba en curso en el momento de la apertura de la insolvencia, mientras que en otros casos sería la *lex fori concursus* la competente para gobernar esta cuestión. La trasposición de este régimen a la disputa entre Elektrim y Vivendi hacía aplicable al Derecho inglés y, por tanto, favorecía la validez del laudo. No obstante, ello quedaba supeditado a la respuesta que se diera a la segunda cuestión.

42. En cuanto a la interpretación del art. 4.2.e), Elektrim defendió la necesidad de que los convenios arbitrales fueran sometidos al régimen de la *lex fori concursus* para todos los contratos, independientemente de que esta solución pudiera llevar a resultados contradictorios con respecto al art. 15. Este argumento ya había sido rechazado por el tribunal arbitral en su decisión jurisdiccional, en la que los árbitros subrayaron el uso de la expresión “exclusivamente” en el art. 15 para descartar la posibilidad de un solapamiento entre ambos preceptos. Vivendi esgrimió el mismo argumento ante la High Court y enfatizó la necesidad

⁷⁸ M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *The European...*, cit. La autoridad del libro sobre otras obras similares deriva principalmente de que su autoría cuenta con uno de los redactores del Informe oficial del Convenio que precedió al Reglamento.

⁷⁹ *Syska & Elektrim v Vivendi Universal* [Comm], párs. 29-52.

de evitar las posibles disfunciones producidas por la posición de Elektrim. En efecto, si la *lex fori concursus* prescribía la invalidez o infectividad del convenio arbitral bajo el paraguas del art. 4.2.e), la función de los arts. 4.2.f) y 15 con respecto a cualquier arbitraje que pudiera emanar de dicho convenio sería simplemente irrelevante (“*dead letter*”), ya que la base competencial del tribunal arbitral (el convenio arbitral) habría devenido inoperativo. Sobre esta premisa, Vivendi defendió la restricción del art. 4.2.e) a contratos sustantivos y no procesales, ya que son aquéllos los que suelen presentar especial onerosidad en escenarios concursales.

Ésta fue precisamente la conclusión de la High Court, que construyó el art. 15 como una *lex specialis* con respecto al art. 4.2.e), eliminando así cualquier posibilidad de solapamiento entre el art. 4.2.e) y los arts. 4.2.f) y 15. Cuando el procedimiento arbitral estaba en curso en el momento de la declaración de insolvencia, el art. 15 sería el único aplicable, mientras que con respecto a nuevos arbitrajes la eficacia de la cláusula compromisoria quedaba sujeta a la *lex fori concursus* en virtud del art. 4.2.e). En cada escenario sería una sola ley la que proporcionaría todas las respuestas al impacto que el concurso producía sobre el arbitraje (la posibilidad de que arbitraje y concurso puedan coexistir, el efecto y alcance la regla de *vis attractiva concursus*, la continuación o suspensión del procedimiento arbitral si ya estuviera en curso, etc.).⁸⁰

43. En conclusión, la High Court rechazó la acción de anulación sobre la base de que, en aplicación del Derecho inglés, el tribunal arbitral había conservado plena competencia adjudicataria en todo momento y que el convenio arbitral de las partes había permanecido válido y operativo. Esta sentencia fue recurrida en apelación por Józef Syska. No obstante, antes de que el recurso fuera resuelto, el tribunal arbitral, que no había suspendido el procedimiento, dictó un Laudo Final con fecha de 12 de febrero de 2009 en el que, también con voto particular en contra, condenaba a Elektrim al pago de más de 2.200 millones de euros.
44. El punto de partida de la Court of Appeal inglesa fue idéntico al del tribunal de primera instancia: ¿qué ley ha de determinar los efectos de un concurso del Reglamento de Insolvencia sobre un arbitraje en curso? Para Lord Longmore, la contestación a esta pregunta requería un análisis a la luz de los objetivos del régimen diseñado por la Unión, esto es, “proteger las expectativas legítimas y la seguridad de las operaciones en Estados Miembros” (Considerando

⁸⁰ *Syska & Elektrim v Vivendi Universal* [Comm], párs. 53-101.

24). Según su opinión, este fin debía comprender también las expectativas de todos los comerciantes de que los procedimientos en los que hubieran invertido una cantidad importante de dinero no tuvieran que verse interrumpidos y pudieran ser concuidos de forma satisfactoria.⁸¹

Sobre esta base, Lord Longmore no encontró dificultad en concluir que el art. 15 era el único aplicable a la disputa, pues ese precepto era el que permitía la supervivencia del compromiso arbitral. Alcanzado este resultado, el juez excluyó la necesidad de detenerse en posibles disquisiciones relativas a posibles solapamientos con otros preceptos del Reglamento, que, en su opinión, resultaban simplemente inaplicables a la controversia. Además, tampoco dudó en concluir que los procedimientos arbitrales estaban cubiertos en general por los arts. 4.2.f) y 15, en consonancia con la obra de los Profesores Virgós y Garcimartín, a la que calificó como “*the leading text book on the Regulation*”.⁸²

Un análisis más detallado se contenía en la contribución de Lord Justice Patten, quien se sumó a la conclusión de Lord Longmore pero subrayó las circunstancias extraordinarias de este caso. Mientras que, en general, los arts. 4.2.f) y 15 RI deberían llevar a normas estrictamente procedimentales, el efecto del art. 142 LPIR excedía de este ámbito y afectaba directamente a la validez y eficacia del contrato procesal subyacente a la competencia del tribunal, entrando por tanto en el ámbito natural de la *lex fori concursus* según el art. 4.2.e). Era la radicalidad de la solución prevista en el precepto polaco la que generaba la dificultad de acomodo evidenciada durante todo el procedimiento. Esta peculiaridad, sin embargo, no bastaba para someter la controversia al art. 4.2.e) RI, ya que ello supondría asumir que el legislador habría querido diseñar un régimen en el que fuera necesario discriminar entre tipos de efectos para delimitar la aplicabilidad de los arts. 4.2.e), 4.2.f) y 15, algo que él consideraba “irreal”. Por tanto, la opción más apropiada desde un punto de vista regulatorio consistía en aplicar exclusivamente el art. 15 RI a todos los aspectos arbitrales, esto es, en incluir también la validez del convenio arbitral y la continuación del arbitraje mismo.⁸³ En suma, las

⁸¹ (1) *Josef Syska acting as the Administrator of Elektrim S.A. (In Bankruptcy), and (2) Elektrim S.A. (In Bankruptcy) v (1) Vivendi Universal S.A., (2) Vivendi Telecom International S.A., (3) Elektrim Telekomunikacja Sp. Zo.O. and (4) Carcom Warszawa Sp. Zo.O.*, [2009] EWCA Civ 677, [2009] 2 All E.R. (Comm) 891 (*Syska & Elektrim v Vivendi Universal* [CA]), pár. 17.

⁸² *Syska & Elektrim v Vivendi Universal* [CA], pár. 24.

⁸³ *Syska & Elektrim v Vivendi Universal* [CA], pár. 33.

contribuciones de los dos jueces, con la adhesión de Lord Justice Mummery, acordaron rechazar el recurso y declarar la validez del laudo dictado por el tribunal LCIA.⁸⁴

45. Más allá de diferencias de matiz entre la argumentación empleada por la High Court y la Court of Appeal, esta disputa muestra claramente la opción de los tribunales ingleses de resolver los problemas jurisdiccionales producidos por la apertura del concurso mediante el Reglamento de Insolvencia. Aunque este extremo no fuera expresamente debatido por las partes, esta posición también implica tácitamente la superioridad del Reglamento sobre la normativa arbitral prevista en cada Derecho nacional para las acciones de anulación de laudos arbitrales, incluida la relativa a la determinación de la ley aplicable a los convenios arbitrales.

Asimismo, las dos decisiones inglesas demuestran la insuficiencia del Reglamento de Insolvencia para resolver la problemática planteada. El rol del Reglamento queda restringido a proporcionar la norma de conflicto que ha de concretar la ley aplicable a la cuestión competencial, mientras que la respuesta material específica habrá de encontrarse en el Derecho nacional de cada Estado Miembro. De acuerdo con el fallo en apelación, los arts. 4.2.f) y 15 RI son los únicos relevantes para ese análisis conflictual. Es decir, se excluirá la calificación del convenio arbitral como “contrato” y se acudirá a uno y otro artículo según el arbitraje se encuentre en curso o no al momento de la declaración de insolvencia.

2. *Perpetuatio erroris*: Semiconductor y la reforma del Reglamento de Insolvencia

46. Ante la falta de un pronunciamiento por parte del Tribunal de Justicia sobre el régimen aplicable al arbitraje en el marco del Reglamento de Insolvencia, la sentencia de la Court of Appeal en *Elektrim* se ha convertido en la resolución líder en la disciplina.⁸⁵ Son numerosos los estudios que con más o menos detalle muestran su aprobación del análisis realizado por el tribunal inglés⁸⁶ y, como se verá, ello ha tenido un impacto directo sobre la reforma del

⁸⁴ La Court of Appeal denegó la posibilidad de presentar recurso frente a la House of Lords (actualmente llamada Supreme Court).

⁸⁵ En realidad, la interpretación mantenida por el tribunal LCIA ya había sido adoptada por otros dos tribunales CCI en casos anteriores que, aun escasamente tratados en estudios doctrinales, parecen ser los verdaderos pioneros jurisprudenciales de la doctrina consagrada en *Elektrim*. Éstos son los Asuntos CCI 10507 (Laudo Parcial de julio 2002) y 12421 (Laudo Final de diciembre de 2005), ambos disponibles en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 71 y 88, respectivamente. Para más detalles sobre los mismos vide *infra* Capítulos II.C.3.a y IV.C.2.b.

⁸⁶ La lista es extensísima y, más allá de pequeños desacuerdos en cuanto a la delimitación de los arts. 4.2.f) y 15, la mayoría muestra su acuerdo en cuanto a la necesidad de recurrir a estos preceptos para resolver la problemática planteada. Por todos, vide S. Vorburger, *International Arbitration...*, cit., 130; M. V. Benedetelli, “Cross-border insolvencies and international arbitration in the EU: a playing field for regulated *forum shopping*?” (2012) 4 *Les*

Reglamento de Insolvencia aprobada en 2015.⁸⁷ Esta aceptación no ha de sorprender. Más allá de la indudable autoridad intrínseca que *a priori* se ha de reconocer a una sentencia emanada de un tribunal mercantil inglés avezado en disputas tanto arbitrales como concursales, el pronunciamiento en *Elektrim* es acorde con la doctrina que de forma indirecta deriva de la Sentencia del Tribunal de Justicia en el caso *Comisión de las Comunidades Europeas v AMI Semiconductor Belgium BVBA y otros*.⁸⁸ De hecho, la High Court incluyó una referencia expresa a este asunto como prueba coadyuvante del acierto de la interpretación adoptada.⁸⁹

47. En *Semiconductor*, el Tribunal de Justicia tuvo que pronunciarse sobre la admisibilidad de una reclamación contractual de la Comisión Europea frente a dos demandadas que estaban en situación concursal en sus Estados de origen (Austria y Alemania). Entre la Comisión y las codemandadas existía una cláusula jurisdiccional que atribuía competencia al Tribunal de Justicia de acuerdo con el art. 238 del Tratado de la Unión.⁹⁰ Sin embargo, tanto la AG Kokott como el Tribunal concluyeron que la posibilidad de interponer una acción contra las partes concursadas debía determinarse por la *lex fori concursus* aplicable a cada una ellas. Para ello, la AG y el Tribunal se apoyaron fundamentalmente en la necesidad de aplicar el art. 4.2.f) RI a las instituciones de la Unión de forma analógica, esto es, como si fueran órganos judiciales de un Estado Miembro distinto al de apertura. Según ellos, dado que los arts. 16 y 17 RI pretenden garantizar el reconocimiento automático de la apertura del concurso y de sus efectos en todo el territorio europeo, suponía un excepción injustificable que ese régimen no le fuera aplicable a las propias instituciones de la Unión.

Cahiers de l'Arbitrage 783, 808-809; S. Kröll, "Arbitration and Insolvency – Selected conflict of laws problems" en F. Ferrari y S. Kröll (eds.), *Conflict of Laws in International Arbitration* (Munich: Sellier European Law Publishers, 2011) 211, 249; V. Lazic, "Cross-Border Insolvency and Arbitration: Which Consequences of Insolvency Proceedings should be given Effect in Arbitration" en S. Kröll, L.A. Mistelis, P. Perales Viscasillas y V. Rogers (eds.), *Liber Amicorum Eric Bergsten. International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution* (Londres: Kluwer Law International, 2011) 337, 349; M. Bate y M. Stepek, "Swiss Federal Tribunal Renders Noteworthy Decision on Impact of Foreign Bankruptcy on International Arbitration" (2010) 6(3) *The European and Middle Eastern Arbitration Review* 77; D. Baizeau, "Arbitration and Insolvency- Issues of Applicable Law" en C. Müller y A. Rigozzi (eds.), *New Developments in International Commercial Arbitration* (Zurich & Basel: Schulthess, 2009) 97, 111; L. Markert, "Arbitrating in the financial crisis: insolvency and public policy versus arbitration and party autonomy - which law governs?" (2009) 2(2) *Contemporary Asia Arbitration Journal* 217, 231; P. Wagner, "When International Insolvency Law Meets International Arbitration" 3(1) *Dispute Resolution International* (2009) 56, 63; D. Vidal, "Arbitration and Insolvency...", *cit.*, 66; W. Willson, "Case comment: (1) *Jozef Syska et al. v (1) Vivendi Universal SA et al.* [2009] EWCA Civ 677" 6(6) *International Corporate Rescue* 24, 26; N. Blackaby, M. Hunter, C. Partasides y A. Redfern, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (Oxford: OUP, 2009), 5ª ed., 129, pár. 2.128; y G. Kaufmann-Kohler y L. Lévy, "Insolvency...", *cit.*, 270.

⁸⁷ Vide n. 58.

⁸⁸ Asunto C-294/02, [2005] Rec. I-2175.

⁸⁹ *Syska & Elektrim v Vivendi Universal* [Comm], párs. 48-49.

⁹⁰ "El Tribunal de Justicia será competente para juzgar en virtud de una cláusula compromisoria contenida en un contrato de Derecho público o de Derecho privado celebrado por la Comunidad o por su cuenta".

Sobre esta base, y dado que los análisis de la AG y del Tribunal demostraban que tanto el Derecho alemán como el austríaco prohibían acciones de naturaleza individual contra las sociedades insolventes,⁹¹ el Tribunal declaró la ineficacia del acuerdo de jurisdicción y la inadmisibilidad de la demanda con respecto a esas codemandadas. En definitiva, la sentencia empleaba un método argumentativo similar al de *Elektrim*, al acudir a las normas de conflicto del Reglamento para determinar el Derecho nacional aplicable para decidir sobre la competencia respecto de una acción individual interpuesta por un acreedor fuera del procedimiento concursal.

48. La aceptación de la doctrina sentada por *Elektrim* también ha encontrado reflejo en los estudios que se han realizado en los últimos con motivo de la preparación de la propuesta de reforma del Reglamento de Insolvencia por parte de la Comisión Europea. De entre todos ellos, dos informes resultan de obligada referencia tanto por el detalle de sus análisis como por la relevancia de las instituciones de las que emanan.

El primero es un estudio realizado por INSOL Europe, la institución de profesionales del Derecho concursal más importante del continente, que fue presentado en junio de 2012 y que es el resultado de trabajos preparatorios comenzados ya en 2005.⁹² El segundo es el resultado de un proyecto especialmente comisionado por la Unión a un grupo de expertos en insolvencias transfronterizas del Instituto Max Planck de Luxemburgo y las Universidades de Heidelberg y Viena y que formó parte del proceso de recopilación de información necesario para la preparación de la propuesta de reforma. En concreto, la autoría del estudio corrió a cuenta de los Profesores B. Hess, P. Oberhammer y T. Pfeiffer, y fue publicado también al final de 2012.⁹³

49. El Informe INSOL aboga por eliminar la incertidumbre evidenciada en el caso *Elektrim* mediante la modificación tanto del art. 4.2.f) como del art. 15. En cuanto al primer precepto, la propuesta de INSOL incluye la adición de una frase por la que se concrete que

“a los efectos del presente artículo, los procedimientos en curso incluyen las materias civiles y mercantiles cubiertas por el Reglamento del Consejo (CE) 44/2001 así como los procedimientos

⁹¹ En concreto, la Opinión y la Sentencia incluyen referencia al art. 87 del *Insolvenzordnung* (Ley alemana sobre la insolvencia, de 5 de octubre de 1994 -BGBl. 1994 I, p. 2866-) y al art. 6.1 del *Konkursordnung* (Ley austríaca sobre procedimiento concursal -RGBl. n.º 337/1914-).

⁹² Propuesta de INSOL Europe para la Reforma del Reglamento Europeo de Insolvencia, publicada el 20 junio 2012 y disponible en <http://www.insol-europe.org/technical-content/revision-of-the-european-insolvency-regulation-proposals-by-insol-europe/> (Informe INSOL). Cuenta con 196 páginas.

⁹³ External Evaluation of Regulation No. 1346/2000/EC on insolvency proceedings (JUST/2011/JCIV/PR/0049/A4) por los Profesores B. Hess, P. Oberhammer y T. Pfeiffer (Evaluación externa o Informe Hess/Oberhammer/Pfeiffer). Cuenta con 1750 páginas.

arbitrales cuya tramitación se encuentre en curso en el momento de la apertura del procedimiento concursal”.⁹⁴

Según la explicación contenida en el Informe, esta reforma se justifica por la necesidad de establecer de forma explícita que la regla del art. 4.2.f) incluye procedimientos arbitrales, de modo que sea la *lex fori concursus* la que de forma general regule el impacto que la declaración de insolvencia tiene sobre la competencia no solo de los órganos judiciales sino de los tribunales arbitrales para nuevos procedimientos que afecten al concursado. Gracias al reconocimiento automático previsto en los arts. 16 y 17 RI, este efecto tendrá virtualidad en toda la Unión. Es decir, según INSOL el art. 4.2.f) pretende garantizar la aplicación en todos los Estados Miembros de la misma concepción respecto a la posibilidad de que existan procedimientos individuales de forma autónoma al procedimiento concursal (*vis attractiva concursus*).⁹⁵ En consonancia con la conclusión de la Court of Appeal inglesa, el Informe INSOL defiende que esta regla abarca tanto procedimientos ejecutivos como no-ejecutivos, a pesar de que la defectuosa y heterogénea redacción del Reglamento en los distintos Estados Miembros requiere una modificación clarificadora y armonizadora.⁹⁶

Con respecto al art. 15 RI, INSOL también propone una modificación análoga a la introducida en el art. 4.2.f), de modo que se incluya una referencia expresa a los procedimientos arbitrales.⁹⁷ Además, el informe también trata (aun con excesiva concisión) el juego de esta interpretación con la norma de conflicto para “contratos en curso” prevista en el art. 4.2.e). La propuesta de INSOL pretende delimitar el ámbito de aplicación de la *lex fori procesus* indicada por el art. 15 a cuestiones procesales, de modo que se excluyan del alcance de ese Derecho los aspectos relativos a la validez del contrato y a cualquier otra cuestión sustantiva que suscite la disputa, que permanecerán sometidos a la *lex fori concursus*.⁹⁸ La escueta explicación de la propuesta impide identificar con exactitud el propósito de sus redactores, esto es, si su objetivo va referido al contrato principal en el que se incorpora el convenio arbitral y dentro del cual surge la disputa sustantiva entre las partes o si, por el contrario, la limitación también afecta al convenio arbitral en tanto que contrato autónomo.

Parece que solo la primera opción tiene cabida en la propuesta de INSOL. Si, de acuerdo con el propio informe, tanto el art. 4.2.f) como el 15 RI incluyen las normas de cada Estado

⁹⁴ Propuesta de INSOL Europe, 48. Traducción del autor.

⁹⁵ *Id.*, 64.

⁹⁶ *Id.*

⁹⁷ *Id.*, 65.

⁹⁸ *Id.*. En concreto se añade la siguiente frase: “Article 15 shall not have the effect of altering the law applicable to any question of the validity of a current contract or to any other substantive issue in the lawsuit pending.”

relativas a *vis attractiva concursus*, es inevitable que también queden comprendidas las normas nacionales que, basadas en ese principio de concentración procesal, prevén la invalidación o la ineffectividad de los convenios arbitrales, tal y como demuestra el art. 142 LPIR y fue aceptado por Lord Justice Patten en la sentencia de la Court of Appeal en *Elektrim*. Es decir, lo que pretende la propuesta de INSOL es garantizar que la ley aplicable según el art. 15 quede circunscrita a determinar la competencia del tribunal judicial o arbitral y a concretar las adaptaciones procedimentales que requiere el estatus concursal de una de la partes, pero que esa ley no afecte a la resolución del fondo de la disputa.

50. Por su parte, la Evaluación externa de los Profesores Hess, Oberhammer y Pfeiffer toma como punto de partida la propuesta de INSOL de incluir una referencia a los procedimientos arbitrales en el art. 4.2.f). Sin embargo, su decepcionante conclusión es que dicho cambio produciría un complejo debate acerca del rol del art. 4.2.e) con respecto a convenios arbitrales. Sobre esa base, el Informe argumenta que, dado que tanto ese precepto como la letra f) conducen a la aplicación de la *lex fori concursus*, la mejor política sería no realizar ningún cambio en la redacción del precepto.⁹⁹

Algo más satisfactoria es la conclusión con respecto al art. 15. El Informe defiende la inclusión de los procedimientos arbitrales en el ámbito del art. 15 de acuerdo con la conclusión de la Court of Appeal en *Elektrim* y sugiere que el precepto ofrece suficiente amplitud terminológica para justificar decisiones en ese sentido. Sin embargo, indica que la cuestión no se encuentra suficientemente clara entre los Estados Miembros,¹⁰⁰ por lo que apunta la posibilidad de incluir la expresión “o procedimientos arbitrales” en la redacción del artículo para eliminar interpretaciones discordantes.

La brevedad del comentario al art. 15 resulta sorprendente a la luz de la conclusión del propio Informe con respecto a la relación entre el art. 4.2.e) y los convenios arbitrales. En efecto, sin perjuicio de que efectivamente los arts. 4.2.e) y 4.2.f) coincidan en su remisión a la *lex fori concursus*, los autores del Informe parecen ignorar que el esclarecimiento de esta cuestión deviene un punto esencial en sede de art. 15, como demostraron las sentencias inglesas en *Elektrim*. Es en esos casos donde puede darse la coexistencia de varias normas de conflicto para resolver un único problema de ley aplicable. Sin embargo, la problemática queda relegada a una nota al pie en la que, sin motivación alguna, el Informe dice apoyar la interpretación

⁹⁹ Informe Hess/Oberhammer/Pfeiffer, 319-320.

¹⁰⁰ Haciendo referencia a los informes nacionales de Francia, Austria, Rumanía y Letonia, que expresan dudas al respecto.

adoptada en Austria, que excluye las cláusulas compromisorias del art. 4.2.e). A diferencia de INSOL, los *rapporteurs* no se pronuncian sobre la conveniencia de introducir alguna modificación en el articulado que refleje esta posición.

Mayor consonancia con el Informe INSOL puede encontrarse con respecto al ámbito regulatorio que ha de reconocerse a la ley que venga determinada por los arts. 4.2.f) y 15. Según los *rapporteurs*, será esa ley la que determinará íntegramente cuestiones como si el procedimiento arbitral en curso en el momento de la apertura del concurso ha de ser suspendido o terminado para acumular la acción al procedimiento concursal, si un nuevo arbitraje puede existir de forma autónoma una vez comenzado el concurso, si la competencia para conocer de cualquier pretensión individual corresponde al foro concursal en todo momento o si, en su caso, es necesario introducir en el procedimiento individual adaptaciones procesales que permitan acomodar la tramitación a la situación concursal de una de las partes.¹⁰¹ Es decir, tanto el Informe Hess/Oberhammer/Pfeiffer como INSOL concurren en defender que los arts. 4.2.f) y 15 actúan como una norma de conflicto que identifica la concepción nacional de *vis attractiva concursus* que se ha de aplicar al procedimiento individual tramitado tanto en sede judicial como arbitral. Por tanto, salvo la tímida opinión relativa a la relación entre el art. 4.2.e) y los arts. 4.2.f) y 15, los dos informes apoyan las conclusiones de los tribunales ingleses en *Elektrim* y abogan por su plasmación escrita en el articulado del Reglamento.

51. Idéntica inercia quedó plasmada en la propuesta de reforma del Reglamento de Insolvencia presentada por la Comisión en diciembre de 2012 y que ha sido aprobada por el Consejo en diciembre de 2014 y se encuentra en estos momentos pendiente de la última aprobación por el plenario del Parlamento.¹⁰² Basándose en el estudio comparativo incluido en el Informe Hess/Oberhammer/Pfeiffer, la Comisión concluyó sucintamente que el art. 4 (que pasa a ser el 7) no requería ninguna modificación urgente ya que, sin perjuicio de “una serie de cuestiones planteadas en relación con la cualificación o la caracterización, [éstas] compete responderlas a los órganos jurisdiccionales nacionales o, en su caso, al TJUE”.¹⁰³ Sin embargo,

¹⁰¹ Informe Hess/Oberhammer/Pfeiffer, 318.

¹⁰² Los detalles del trílogo entre Comisión, Parlamento y Consejo se explican en el documento de la Presidencia de la Unión, 15414/14 (JUSTCIV 285), disponible en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15414-2014-INIT/es/pdf>. El texto definitivo se puede encontrar en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15414-2014-ADD-1/en/pdf>.

¹⁰³ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) n° 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, COM (2012) 743 final, de 12 diciembre 2012.

tras el proceso de negociación, la versión final del art. 4.2.f) RI (es decir, el nuevo art. 7.2.f) RI bis) ha quedado redactado de la siguiente forma:

“f) Los efectos del procedimiento de insolvencia sobre las acciones ejercitadas por acreedores individuales, con excepción de los procedimientos en curso”.

Asimismo, el texto final del Reglamento de Insolvencia refundido prevé la inclusión de una mención expresa a los procedimientos arbitrales en el art. 15 RI (que pasa a ser el art. 18 RI bis), reflejándolo incluso en el título propuesto para el precepto:

“Artículo 18. Efectos del procedimiento de insolvencia sobre acciones o procedimientos arbitrales en curso

Los efectos del procedimiento de insolvencia sobre otras acciones o procedimientos arbitrales en curso en relación con un activo o un derecho de la masa se regirán exclusivamente por la ley del Estado Miembro en el que esté en curso dicha acción o en el que tenga lugar el procedimiento arbitral”.¹⁰⁴

52. En sí, esta propuesta no supone ninguna aportación sustantiva a la opinión de los estudios en la materia, que ya desde hace años han alcanzado un sólido consenso respecto a la inclusión del arbitraje en los arts. 4.2.f) y 15 RI.¹⁰⁵ La relevancia de la propuesta es que su plena coincidencia con las conclusiones de la Evaluación externa representa también la adhesión implícita por parte de la Comisión Europea al razonamiento subyacente en esa Evaluación y en el Informe INSOL y, en definitiva, a la interpretación adoptada en *Elektrim*. Asimismo, es una propuesta que contribuye indirectamente a consolidar el razonamiento empleado por el TJUE en *Semiconductor*. En fin, el sistema parece apuntar hacia una solución que excluye los convenios arbitrales del art. 4.2.e), que incluye el arbitraje en los arts. 4.2.f) y 15, que diferencia el tratamiento que se le ha de dar según el procedimiento se encuentre o no en curso en el momento de la apertura del concurso y que acaba remitiendo la solución del problema de las acciones individuales judiciales y arbitrales a las normas nacionales de *vis attractiva*

¹⁰⁴ El resto del presente trabajo mantiene la referencia a los arts. 4 y 15 RI, pues es la numeración que es actualmente de aplicación.

¹⁰⁵ Vide, entre otros, M. V. Benedetelli, “Cross-border insolvencies...”, *cit.*, 813; C. Vellani, “L’art. 83-bis L. Fall. E l’art. 15 Regolamento CE N. 1346 del 2000” en F. Auletta, G.P. Califano, G. Della Pietra y N. Rascio (coord.), *Sull’arbitrato – Studi offerti a Giovanni Verde* (Napoli: Jovene Editore, 2010) 861, 867; M. Gómez Jene, “Concurso y arbitraje internacional” (2010) 2(2) *Cuadernos de Derecho Transnacional* 92, 98; M. Robertson, “Cross-border insolvency and international commercial arbitration: characterisation and choice of law issues in light of *Elektrim S.A. v Vivendi S.A.* and analysis of the European insolvency regulation” (2009) 12(6) *International Arbitration Law Review* 125, 126; P. R. Wood, *Principles...*, *cit.*, párs. 9-055 y 9-056; G. C. Giorgini “Arbitrage et droit européen des faillites” (2005) *Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs* 259, 271-273; M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *The European...*, *cit.*, 76 y 141. En contra, de forma aislada, R. Dammann “Article 15” en K. Pannen (ed.), *European Insolvency Law* (Berlín: DeGruyter Recht, 2007) 298, 300.

concursum. Como se demuestra en las siguientes secciones, esta postura parece perpetuar un error de entendimiento del ámbito regulatorio de las normas de conflicto del Reglamento.

B. La visión omnicomprendiva del régimen de *vis attractiva concursus* en la UE

53. La lógica empleada en *Elektrim* sobre la aplicabilidad del art. 142 polaco condujo a la consideración de las normas del Reglamento dedicadas a ley aplicable. Sin embargo, no cabe duda de que la principal consecuencia de dicho precepto era la extinción de la competencia del tribunal y la conclusión del procedimiento arbitral. La relación entre las esferas de ley aplicable y competencia previstas en el Reglamento no queda reflejada de forma evidente en su articulado, y convierten a los artículos 4.2.f) y 15 en normas aparentemente idóneas para resolver la problemática planteada por acciones civiles y mercantiles ordinarias paralelas al concurso.

La definición de la función y el ámbito normativos de estos preceptos requiere dar un paso atrás para contemplar desde una perspectiva más amplia el funcionamiento del Reglamento en su conjunto. Es decir, no es posible interpretar correctamente las normas sobre ley aplicable previstas por el Reglamento sin tener presente el régimen de competencia judicial internacional y el principio de *vis attractiva concursus* diseñado por el legislador de la Unión.¹⁰⁶ Únicamente tras explorar estos dos aspectos es posible proponer una interpretación apropiada de la influencia del Reglamento sobre el arbitraje internacional.

1. El régimen europeo de competencia judicial internacional para acciones individuales en situaciones concursales

54. El Reglamento de Insolvencia no contiene normas expresas para la determinación de la competencia judicial internacional con respecto a las acciones judiciales individuales que puedan afectar al concursado. En efecto, los criterios de atribución de competencia previstos

¹⁰⁶ En este sentido, el Tribunal de Justicia ha concluido en repetidas ocasiones que para interpretar una disposición de Derecho de la Unión debe tenerse en cuenta no sólo su tenor literal, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forme parte. Vide, en particular, las Sentencias en los Asuntos C-533/08 (*TNT Express Nederland BV v AXA Versicherung AG*) [2010] Rec. I-04107, párr. 44; C-403/09 (*Jasna Detiček v Maurizio Sgueglia*) [2009] Rec. I- 810, párr. 33; C-298/07 (*Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*), [2008] Rec. I-7841, párr. 15; y C-301/98 (*KVS International*) [2000] Rec. I-3583, párr. 21.

en el art. 3 RI concretan qué tribunal está legitimado para abrir un procedimiento de insolvencia contra el deudor de acuerdo con la localización de su centro de intereses principales, pero el precepto guarda silencio en cuanto a la competencia que ese u otro tribunal pueden ostentar con respecto a otras acciones que conciernan a la parte concursada y su patrimonio. Este silencio viene particularmente enfatizado por el régimen de reconocimiento y ejecución previsto en los arts. 16 y 25 RI, que, a diferencia del art. 3, hacen referencia a una amplia variedad de resoluciones dictadas constante concurso.

En primer lugar, la declaración de apertura del concurso ha de ser reconocida en todo el territorio de la Unión de forma automática y sin ningún procedimiento especial desde el momento en que tal resolución produzca efectos en el Estado de apertura (art. 16). En segundo lugar, de este régimen también se benefician las decisiones relativas al desarrollo y conclusión del concurso dictadas por el *forum concursus*, las medidas cautelares adoptadas después de la solicitud de apertura, así como las resoluciones, “incluso las dictadas por otro órgano jurisdiccional”, que se deriven directamente del procedimiento de insolvencia y que guarden inmediata relación con éste (art. 25.1). En todos estos casos, no obstante, el trámite de ejecución viene referido a los cauces previstos en los arts. 31 a 51 del Reglamento 44/2001.¹⁰⁷ Finalmente, en cuanto a las resoluciones distintas a las hasta ahora mencionadas, el Reglamento de Insolvencia remite en bloque a las normas de reconocimiento y ejecución del Reglamento 44/2001, en la medida en que sea aplicable (art. 25.2).

El evidente desequilibrio de masa normativa entre el régimen de competencia y el de reconocimiento y ejecución ofrecido por el Reglamento de Insolvencia contrasta con la paridad con la que ambos aspectos son tradicionalmente regulados a nivel europeo, y genera dudas sobre cuál es el sistema competencial querido por el legislador de la Unión. ¿Quién puede conocer de esas acciones que surgen durante el concurso, cuyo resultado afecta a la masa patrimonial del mismo y para las que el art. 25 RI sí prevé un régimen de reconocimiento y ejecución? El caso *Semiconductor* muestra la posibilidad de recurrir a las normas de ley aplicable previstas en los arts. 4.2.f) y 15 RI para alcanzar el régimen de cada Estado Miembro en materia de competencia. Sin embargo, *a priori* esta interpretación podría suponer una desviación de los objetivos de la Unión, que ha trabajado durante décadas por proporcionar a

¹⁰⁷ Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I), *DOUE* L-012/1, de 16 enero 2001. A partir del día 10 enero 2015, esta referencia deberá entenderse hecha al Reglamento 1215/2012, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DOUE* L 351/1, de 20 diciembre 2012). A los efectos del presente estudio, ambos instrumentos son referidos “Reglamento Bruselas I”.

los Estados Miembros una regulación unitaria en sede de competencia judicial internacional para materias civiles y mercantiles.

55. El preámbulo del Reglamento de Insolvencia tampoco resulta plenamente esclarecedor en este extremo. Según el considerando 6 contenido con antelación de la reforma,

“Con arreglo al principio de proporcionalidad, el presente Reglamento debería limitarse a unas disposiciones que regulen la competencia para la apertura de procedimientos de insolvencia y para decisiones emanadas directamente de dichos procedimientos, con los que están en estrecha relación”.

Es decir, el legislador parecía indicar que los criterios de competencia para las resoluciones cubiertas por el art. 25.1 RI están contenidos en el propio Reglamento,¹⁰⁸ mientras que con respecto de otras acciones (art. 25.2) el principio de proporcionalidad impone la no intromisión normativa por parte del Reglamento. Dar contenido a este régimen requiere tres análisis. Primero, determinar el contenido de la expresión de “resoluciones que deriven directamente del procedimiento de insolvencia y que guarden inmediata relación con éste” como criterio delimitador del ámbito normativo del Reglamento en materia de competencia judicial internacional. Segundo, la identificación de los preceptos del Reglamento que contengan, aun implícitamente, las reglas atributivas de competencia para estas acciones. Y tercero, la concreción del régimen jurisdiccional aplicable a las acciones civiles y mercantiles que queden fuera del ámbito del Reglamento a las que, no obstante, el propio art. 25.2 remite a efectos de reconocimiento y ejecución al Reglamento Bruselas I, en la medida en que sea aplicable.

56. El primer y tercer ejercicio constituyen dos caras de una misma moneda. En efecto, la expresión “resoluciones que deriven directamente del procedimiento de insolvencia y que guarden inmediata relación con éste” no vio la luz por primera vez en Reglamento de Insolvencia, sino que tiene una larga historia en el seno de la Unión. Su origen se encuentra en el caso *Henri Gourdain v Franz Nadler*,¹⁰⁹ como reconoce el Informe Virgós/Schmit.¹¹⁰ Varias décadas antes de la aprobación del Reglamento, el Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y

¹⁰⁸ Esto es, las resoluciones relativas al desarrollo y conclusión de un procedimiento de insolvencia dictadas por el tribunal cuya resolución de apertura deba reconocerse en virtud del artículo 16; las que se deriven directamente del procedimiento de insolvencia y que guarden inmediata relación con éste; y las medidas cautelares adoptadas después de la solicitud de apertura de la insolvencia.

¹⁰⁹ Asunto 133/78, [1979] Rec. I-733.

¹¹⁰ Informe Virgós/Schmit, párs. 77 y 195.

mercantil,¹¹¹ y antecesor del Reglamento Bruselas I, preveía en su art. 1.II.2 que las acciones relativas a “la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos” quedaban excluidas del Convenio. Se planteaba, por tanto, la necesidad de esclarecer si el hecho de que una parte en una acción civil o mercantil estuviera sometida a un procedimiento de insolvencia suponía que la competencia para la resolución de la misma quedaba excluida del Convenio de Bruselas en virtud del art. 1.II.2.

En concreto, en *Gourdain* el Tribunal de Justicia tuvo que pronunciarse sobre el régimen aplicable a la solicitud de reconocimiento y ejecución en Alemania de una sentencia francesa sobre la responsabilidad del administrador de hecho de una sociedad francesa que se encontraba incurso en un proceso de *liquidation des biens*. El Tribunal Federal de Alemania (BGH) planteó al Tribunal de Justicia si la ejecución de esa resolución, fundada en el art. 99 de la Ley francesa de insolvencia,¹¹² debía ser tramitada de acuerdo con los requisitos del Convenio de Bruselas. Era, por tanto, una cuestión prejudicial centrada entorno a la interpretación del art. 1.II.2. De acuerdo con el Informe del Convenio a cargo de P. Jenard,¹¹³ la consecución de los objetivos armonizadores del Convenio requería dar una interpretación expansiva a su ámbito de aplicación, lo que se traduciría necesariamente en la definición estricta de las excepciones previstas en el art. 1.II.¹¹⁴ En concreto, el Informe Jenard ya explicaba que aunque

“la materia de la quiebra se excluye [...] del ámbito de aplicación del presente Convenio, [...] los litigios que se refieren a la quiebra, no necesariamente están excluidos del Convenio. Sólo están excluidos aquellos que derivan directamente de la quiebra y que, por consiguiente, entrarán en el ámbito de aplicación del Convenio de la Comunidad Económica Europea sobre la quiebra”.¹¹⁵

¹¹¹ Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Versión consolidada publicada en el *DOCE C-27*, de 26 enero 1998, 1–27.

¹¹² Ley 67.563, de 13 julio 1967, *sur le reglement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes*.

¹¹³ Informe sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (firmado en Bruselas el 27 de septiembre de 1968), que fue presentado junto con el Convenio en 1968 y publicado en el *DOCE C-59*, de 5 marzo 1979. Una versión en español fue también hecha pública en el *DOCE C-189*, de 28 julio 1990, 122.

¹¹⁴ *Id.*, 131.

¹¹⁵ *Id.* 132-133. En el momento de la publicación del Informe, la Comunidad Europea había ya emprendido los primeros esfuerzos en redactar un Convenio sobre quiebra que, tras sucesivos intentos frustrados (el último de 1995), fueron abandonados hasta la aprobación del Reglamento de Insolvencia. La expectativa de este Convenio y la dificultad de alcanzar un acuerdo concreto al respecto en el seno de las negociaciones de Bruselas constituyó el fundamento para que en 1963 se incluyera la exclusión del art. 1.II.2 CB. Así lo explican el Informe Jenard (132) y los Informes sobre el Protocolo de 1971 relativo a la interpretación del Convenio de Bruselas por el Tribunal de Justicia (elaborado también por P. Jenard), 10, y sobre el Convenio de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte a dicho Convenio (elaborado por

Es decir, la exclusión no solo cubriría procedimientos concursales en sí, sino también las acciones estrechamente relacionadas con ellos.

A la luz de estas consideraciones, el Tribunal de Justicia concluyó que la identificación de las acciones excluidas requería determinar si su fundamento se encontraba estrictamente en el Derecho concursal y si su tramitación y su resultado estaban estrechamente ligados a la quiebra, esto es, si la acción derivaba directamente del procedimiento de insolvencia y guardaba inmediata relación con éste.¹¹⁶ Llevado al caso concreto, la Sentencia falló que la acción objeto de litigio caía dentro de la excepción del art. 1.II.2 y, por tanto, estaba excluida del régimen de reconocimiento y ejecución del Convenio de Bruselas. Para ello se basó en varios factores: la base jurídica de la acción se encontraba exclusivamente en la legislación concursal, que establecía un régimen de prescripción y de carga de la prueba específico; esa normativa preveía la competencia del foro concursal para su resolución; la legitimación activa de la misma estaba exclusivamente asignada a la administración concursal; y el beneficio directo del éxito de la acción repercutía íntegramente en la masa de acreedores.¹¹⁷

57. El criterio empleado por el Tribunal de Justicia en *Gourdain* conserva plena utilidad para interpretar la actual exclusión del art. 1.2.b) del Reglamento Bruselas I, que reproduce literalmente la del Convenio de Bruselas¹¹⁸ y que, como se ha visto, inspira el régimen de competencia internacional aparentemente implícito en los arts. 3 y 25 del Reglamento de Insolvencia. Esto es, la línea que delimita el ámbito de las normas de competencia judicial internacional del Reglamento de Insolvencia es la misma que marca el alcance de las de Bruselas, de modo que cuando un régimen deja de operar, el legislador asume que el otro entra necesariamente en aplicación.¹¹⁹ Es por esta razón que el Informe Virgós/Schmit defiende que el silencio que el Reglamento de Insolvencia parece guardar en cuanto a las normas de competencia no es tal.¹²⁰ Cuando el art. 25.2 indica que el reconocimiento y ejecución de

Profesor P. Schlosser), 89-90, ambos publicados en el *DOCE* C-59, de 5 marzo 1979, y disponibles en español en el *DOCE* C-189, de 28 julio 1990.

¹¹⁶ *Gourdain*, pár. 4.

¹¹⁷ *Id.*, pár. 5.

¹¹⁸ La necesidad de extender los criterios interpretativos emanados de la jurisprudencia del TJUE desde el Convenio de Bruselas al Reglamento de Bruselas cuando sus preceptos tengan el mismo tenor ha sido establecida de forma genérica por el TJUE, entre otros, en los Asuntos C-180/06 (*R. Ilsinger v M. Dreschers, en calidad de administrador de Schlank & Schick GmbH*) [2009] Rec. I-3961, pár. 41 y C-167/08 (*Draka NK Cables y otros*) [2009] Rec. I-3477, pár. 20. Igual se ha dicho, en concreto con respecto a la interpretación del art. 1.2.b), en los Asuntos C-111/08 (*SCT Industri AB (In Liquidation) v Alpenblume AB*) [2009] Rec. I-5655, pár. 23 y C-292/08 (*German Graphics Graphische Maschinen GmbH v A. van der Schee, en calidad de administrador de Holland Binding BV*) [2009] Rec. I-8421, pár. 28.

¹¹⁹ M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *The European...*, cit., 56 habla de que el criterio de exclusión de un instrumento es el mismo que el criterio de inclusión para el otro.

¹²⁰ Informe Virgós/Schmit, pár. 77.

resoluciones distintas a las del art. 25.1, es decir, aquellas que no derivan directamente del procedimiento de insolvencia o que no guardan inmediata relación con él, se llevará a cabo según las normas del Reglamento 44/2001, lo que implícitamente parece estar diciendo es que también serán los preceptos de ese instrumento los que determinarán la competencia judicial con respecto de la acción civil o mercantil no concursal.

Esta sincronía normativa es acorde con el paralelismo tradicionalmente presente entre la reglas de competencia y de reconocimiento y ejecución, y encuentra su fundamento en el principio de confianza mutua que inspira la actividad legislativa de la Unión en esta disciplina.¹²¹ En efecto, la instauración de un régimen favorable para la circulación de resoluciones judiciales nacionales entre los Estados Miembros en situaciones concursales debería venir precedida por una sintonía en cuanto a los criterios de atribución de competencia para los tribunales de dichos Estados, de modo que la resolución no sea sino la consecuencia del ejercicio de esos criterios consensuados *a priori*. Como luego se verá, ésta es la opción por la que indubitadamente ha optado la jurisprudencia del TJUE. De lo contrario, la inexistencia de esta simetría entre competencia y reconocimiento y ejecución en el marco del Reglamento de Insolvencia obligaría paradójicamente a recurrir a las normas de competencia previstas en los regímenes concursales de los Estados Miembros, sin perjuicio de que la acción no tuviera elementos nucleares concursales y de que en ausencia de insolvencia la determinación del tribunal competente para esa misma acción hubiera correspondido a las normas ordinarias del Reglamento Bruselas I.¹²²

58. Un razonamiento similar ha permitido sostener que los criterios de competencia judicial internacional relativos a las acciones referidas en el art. 25.1 también han de encontrarse en los propios instrumentos de la Unión. En concreto, la jurisprudencia del TJUE¹²³ ha llegado a la conclusión de que la competencia atribuida al foro concursal por el art. 3 RI no puede quedar restringida a las resoluciones de apertura, desarrollo y conclusión del procedimiento de insolvencia sino que, en consonancia con el tenor del art. 25.1, ha de incluir las acciones que “se deriven directamente del procedimiento de insolvencia y que guarden inmediata relación con éste”. De esta forma, el criterio *Gourdain* deviene un criterio que garantiza la ausencia de

¹²¹ En este sentido, vide también M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia* (Madrid: Civitas, 2003), 66. Esta simetría, no obstante, no se da en todos los instrumentos de la Unión, como demuestra el Reglamento Bruselas I bis.

¹²² S. Bariatti, “Filling in the gaps of EC conflict of laws instruments: The case of jurisdiction over actions related to insolvency proceedings” en G. Venturini y S. Bariatti (eds.) *Liber Amicorum Fausto Pocar* (Milan: Giuffrè, 2009) Vol.2, 23, 32 y A. Dutta, “Jurisdiction for insolvency related proceedings caught between European legislation”, (2008) *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly* 88, 93.

¹²³ Vide *infra*.

lagunas entre los Reglamentos de Insolvencia y de Bruselas, que protagonizan un diálogo competencial en el que el silencio, los *gaps* normativos, parecen no ser una opción.¹²⁴ Ello clarifica el hecho de que el Informe Virgós/Schmit hable de que “tales acciones [...] quedan ahora sometidas al Convenio [léase Reglamento] relativo a los procedimientos de insolvencia y a sus reglas de competencia”.¹²⁵

De forma similar a lo expuesto con respecto al art. 25.2, el principio de confianza mutua juega un papel fundamental para justificar el amplio alcance competencial del art. 3 RI. En virtud del art. 25.1 todas estas resoluciones se benefician del régimen de circulación más favorable previsto en el territorio de la Unión: reconocimiento automático. Ello no es posible si no se toma como punto de partida la existencia de una profunda confianza entre los Estados Miembros.¹²⁶ Esta confianza no puede sino estar basada en criterios uniformes de competencia judicial internacional. Con esta interpretación del art. 3 se superan otras construcciones que, incluso aceptando la sumisión de acciones no concursales a las normas de competencia del Reglamento Bruselas I, habían defendido que el silencio relativo a las acciones de origen concursal o estrechamente ligadas con la insolvencia tenía que ser suplido mediante el recurso a los Derechos nacionales de los Estados Miembros¹²⁷ o a través de la aplicación analógica de las soluciones del Reglamento Bruselas I, a pesar de que ello contraviniera la exclusión del art. 1.2.b).¹²⁸

¹²⁴ O como ha dicho el juez inglés Briggs J, “the bankruptcy exclusion should exclude from the Judgments Regulation nothing more, and nothing less, than what was included within the scope of the Insolvency Regulation” (*Re Rodenstock GmbH (The "Scheme Company")*) [2011] EWHC 1104 (Ch), pár. 47). Vide también en este sentido, B. Wessels, *International Insolvency Law*, (Deventer: Kluwer, 2006) 2a ed., párs. 10799 *et seq.* y K. Pannen y S. Riedemann, “Article 25” en K. Pannen (ed.), *European Insolvency Law* (Berlin: DeGruyter Recht, 2007), párs.18 *et seq.*, ambos con más referencias. Así lo apuntaba también el Informe del Profesor P. Schlosser sobre el Convenio de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio de Bruselas de 1968, 53, (*DOCE C-59*, de 5 marzo 1979 y disponible en español en el *DOCE C-189*, de 28 julio 1990).

¹²⁵ Informe Virgós/Schmit, pár. 77, citado con aprobación por la Opinión de AG Ruiz-Jarabo Colomer en el Asunto C-339/07 (*Seagon v Deko Marty Belgium NV*) [2009] Rec. I-767, pár. 38, quien habla en el pár. 49 de que las normas de competencia y de reconocimiento en el Reglamento de Insolvencia se “retoalimentan” y se remite para la misma interpretación a S. Sánchez Lorenzo y J. C. Fernández Rozas, *Derecho Internacional Privado* (Pamplona: Thomson-Civitas, 2004), 3ª ed., 64-67, así como a M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *Comentario...*, *cit.*, 62-63. La cursiva de la primera cita es del AG.

¹²⁶ Así lo reconoce de forma expresa el considerando 22 RI respecto del régimen previsto en el art. 25.1, y lo han dejado dicho sentencias del TJUE como en los Asuntos C-341/04 (*Eurofood IFSC Ltd*), [2006] Rec. I-3813, párs. 39- 40, C-444/07 (*MG Probud Gdynia sp. z o.o. v Hauptzollamt Saarbrücken*), [2010] Rec. I-417, párs. 27-28 y C-527/10 (*Erste Bank Hungary v Magyar Állam y otros*) [2012] Rec. I-417, pár. 34.

¹²⁷ Vide K. Pannen, “Article 3” en K. Pannen (ed.), *European Insolvency Law...*, *cit.*, 66 y 122-123 con referencia a una corriente doctrinal (principalmente germana) que defendía esta postura.

¹²⁸ Un ejemplo claro de ello es la Sentencia de la Corte Regional de Frankfurt (OLG), de 26 enero 2006 (disponible en *ZInsO* 2006, 715 y en J. F. Van Drooghenbroeck (coord.), *Droit judiciaire européen et international* (Bruxelles: La Chartre, 2012) 50-51), que rechazó la aplicación del criterio de competencia del art. 3 RI sobre la base de que se trataba de *lex specialis*, y por tanto de interpretación estricta, y decidió recurrir al régimen Bruselas I.

59. Esta interpretación parece proporcionar una construcción satisfactoria de los arts. 3 y 25 RI y permite deslindar el ámbito normativo de los Reglamentos de Insolvencia y Bruselas I para determinar los regímenes aplicables de competencia judicial internacional. Sin embargo, su aplicación no resulta exenta de problemas. La beneficiosa ausencia de lagunas entre los instrumentos viene contrarrestada con la difícil labor hermenéutica de concretar el contenido de la expresión “resoluciones que se deriven directamente del procedimiento de insolvencia y que guarden inmediata relación con éste”.¹²⁹

Siguiendo con el criterio de *Gourdain*, el TJUE ha enfatizado en varias ocasiones que éste es un ejercicio que ha de ser realizado *in casu*.¹³⁰ En otras palabras, al igual que ya había ocurrido con la interpretación defendida por los tribunales ingleses en *Elektrim* con respecto al arbitraje, éste vuelve a ser un problema de calificación.¹³¹ La relevancia práctica de esta cuestión ha quedado manifestada en una creciente lista de asuntos frente al Tribunal de Justicia centrada en la problemática de explicitar (incluso, construir) el confuso e insuficiente tenor literal de los mencionados instrumentos europeos.¹³² De acuerdo con la propia Comisión Europea, ésta se ha convertido en “una las cuestiones más controvertidas en relación con las insolvencias transfronterizas”.¹³³

60. En *Seagon v Deko Marty Belgium*,¹³⁴ el Tribunal tuvo que calificar la naturaleza de una acción de reintegración emprendida por un administrador concursal alemán contra una compañía belga con el fin de recuperar un pago que ésta había recibido de forma anticipada en perjuicio del resto de acreedores. El Tribunal declaró la naturaleza concursal de la acción y, en uso de la doctrina *Gourdain*, excluyó la aplicación del Reglamento Bruselas I. Además, abogó por una interpretación paralela de los arts. 3 y 25 RI, de modo que la competencia del Estado de apertura cubriera también todas aquellas resoluciones que se benefician del reconocimiento automático previsto en el art. 25.1.¹³⁵ En fin, el Tribunal atribuyó competencia para decidir la

¹²⁹ El mismo apunte se contiene en la Opinión del AG Ruiz-Jarabo Colomer en C-339/07 (*Seagon v Deko Marty Belgium NV*) [2009] Rec. I-767, p. 43, que habla de “escollo interpretativo”.

¹³⁰ *German Graphics*, párs. 23-25.

¹³¹ Con idéntica opinión vide M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *The European...*, cit., 60 y L. Carballo Piñero, “*Vis attractiva concursus...*”, cit., 16.

¹³² La literatura existente respecto a estos casos es abundante. Para una comprensiva visión, vide, entre otros, la Evaluación externa de los Profs. Hess/Oberhammer/Pfeiffer, 166-220 y P. Omar, “The Insolvency exception in the Brussels Convention and the definition of ‘analogous proceedings’” (2011) 5 *International Company and Commercial Law Review* 172.

¹³³ Informe de la Comisión sobre la aplicación del Reglamento de insolvencia, cit., 11.

¹³⁴ Asunto C-339/07 (*Seagon v Deko Marty Belgium*) [2009] Rec. I-767.

¹³⁵ *Seagon*, p. 16.

acción al *forum concursus* en virtud del art. 3 RI, y ello sin perjuicio de que el demandado estuviera domiciliado en otro Estado Miembro.

En *SCT Industri*,¹³⁶ el síndico concursal de la sueca SCT decidió vender las acciones titularidad de SCT en una sociedad austríaca. Finalizado el concurso, SCT emprendió una acción de anulación ante tribunales austríacos sobre la base de que la administración carecía de poder dispositivo suficiente para realizar dicha transacción según la legislación sueca. Concedida la anulación, la adquirente de las acciones en origen solicitó la ejecución de la resolución austríaca en Suecia con el fin de obtener la restitución del precio de la compra. A propuesta del Tribunal Supremo sueco (Högstra domstolen), el Tribunal de Justicia decidió que, a pesar de haber concluido el procedimiento concursal, el origen y la vinculación de la acción con la insolvencia de SCT convertían a la acción rescisoria en concursal y, por tanto, la excluían del régimen de reconocimiento y ejecución previsto en el Reglamento Bruselas I.¹³⁷ Al fin y al cabo, la disputa versaba sobre el grado de incapacitación del deudor producido por la declaración de insolvencia, las facultades dispositivas del síndico y el alcance geográfico de las mismas, todas ellas cuestiones de origen eminentemente concursal.¹³⁸

Pocos meses después de esta sentencia, el TJUE se enfrentó en *German Graphics GmbH v van der Schee*¹³⁹ a la necesidad de calificar la naturaleza jurídica de una acción para la ejecución de una reserva de dominio contra un comprador sujeto a un procedimiento concursal en Holanda. La cláusula de reserva se había incluido en un contrato de compraventa de maquinaria entre un vendedor alemán y la compradora holandesa. Declarada la insolvencia, la parte alemana obtuvo una orden de ejecución de la cláusula ante los tribunales de Alemania. Cuando el vendedor solicitó la efectividad de dicha resolución en el foro concursal, el síndico se opuso esgrimiendo que la competencia para aquella acción debería haber recaído en el tribunal holandés. Siguiendo con la línea interpretativa marcada en los anteriores asuntos, el Tribunal concluyó que la acción destinada a la recuperación de un bien fundada en una cláusula de reserva de dominio contenida en un contrato de compraventa no tenía naturaleza concursal, independientemente del estado financiero del demandado. A pesar de que la administración concursal se había personado en el procedimiento en representación del

¹³⁶ Asunto C-111/08 (*SCT Industri AB i likvidation v Alpenblume AB*) [2009] Rec. I-5655.

¹³⁷ El Reglamento de Insolvencia tampoco era de aplicación en este caso. En el momento de la apertura concursal el Reglamento no se encontraba en vigor en Suecia, de modo que el tribunal austríaco, en uso de su Derecho internacional privado interno decidió no reconocer ni la insolvencia sueca y ni, por tanto, las facultades dispositivas del síndico. Ello motivó la resolución austríaca que anulaba la venta de las acciones.

¹³⁸ *SCT*, párs. 25-26.

¹³⁹ Asunto C-292/08 (*German Graphics Graphische Maschinen GmbH v van der Schee*) [2009] Rec. I-8421.

comprador insolvente, la acción no se fundaba en la legislación concursal y podría haber existido de forma autónoma fuera del procedimiento colectivo. Concluyó, por tanto, que es “la intensidad del vínculo existente, en el sentido de la jurisprudencia *Gourdain* [...], entre una acción jurisdiccional [...] y el procedimiento de insolvencia, el factor determinante”.¹⁴⁰

El asunto *F-Tex SIA v Lietuvos-Anglijos*¹⁴¹ proporcionó una importante matización a esta línea jurisprudencial. A pesar de la relevancia de los criterios consolidados hasta la fecha, el Tribunal falló que cuando una acción de naturaleza originariamente concursal era transmitida a una tercera parte ajena al procedimiento de insolvencia, tal acción podía mutar su naturaleza y, por tanto, alterar el régimen de competencia y de reconocimiento y ejecución aplicable. Este fue el caso en *F-Tex*, en el que la administración concursal decidió, como parte de la gestión de la masa, ceder una acción revocatoria a una empresa a cambio de un porcentaje del crédito potencialmente obtenible. Según el Tribunal, el hecho de que dicha acción ya no fuera a ser ejercitada por parte del síndico y de que su resultado no repercutiera directamente en beneficio del cuerpo de acreedores constituían elementos fundamentales para denegar la naturaleza concursal a la acción y someterla al régimen general del Reglamento Bruselas I.¹⁴²

Finalmente, el asunto *ÖFAB*¹⁴³ confirma la relevancia del criterio de la base jurídica de la acción. El acreedor de una sociedad concursada solicitó en el seno de un procedimiento de insolvencia la responsabilidad solidaria de los administradores sociales por las deudas generadas por su decisión de no solicitar la liquidación de la sociedad a pesar de su infracapitalización. Dado que los dos administradores estaban domiciliados fuera del Estado de apertura del concurso, el juez de la insolvencia preguntó al Tribunal de Justicia si una acción de este tipo caía dentro de las competencias del art. 3 RI o si, por el contrario, era necesario acudir a los criterios previstos para las responsabilidades extracontractuales del Reglamento Bruselas I. Para el Tribunal, el elemento determinante para la decisión residía en el fundamento normativo de la acción, que no se encontraba en la legislación concursal ni requería la apertura de un procedimiento colectivo (aunque sí la insolvencia técnica de la

¹⁴⁰ *German Graphics*, pár. 29.

¹⁴¹ Asunto C-213/10 (*F-Tex SIA v Lietuvos-Anglijos UAB ‘Jadecloud-Vilma’*) [2012] Rec. I-000.

¹⁴² *F-Tex*, párs. 43-44. Para una opinión crítica de esta sentencia y de la inconsistencia que puede producir vide E. Rodríguez Pineau, “Cesión de la acción revocatoria en el concurso con elemento internacional: Sentencia C-213/10 *F-Tex*” (2013) 18 *Anuario de Derecho Concursal* 375, 383-385 y 391. Por el contrario, en favor del Tribunal, vide A. Espiniella Menéndez, “Cesión internacional de acciones por la administración concursal: Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de abril de 2012, asunto C-213/10, *F-Tex SIA c. Jadecloud Vilma*” (2012) 7891 *Diario La Ley* 1.

¹⁴³ Asunto C-147/12 (*ÖFAB, Östergötlands Fastigheter AB v Frank Koot y Evergreen Investments AB*) [2013] Rec. I-490.

sociedad), sino en el art. 18 de la Ley sueca de sociedades anónimas. Estos rasgos la sometían al régimen competencial ordinario de Bruselas I.¹⁴⁴

61. A partir de esta breve exégesis es posible aventurarse a proponer de forma meramente tentativa qué acciones pueden considerarse “derivadas directamente del procedimiento de insolvencia y que guarden inmediata relación con éste”. Éstas incluyen las resoluciones de apertura del concurso y las destinadas a la determinación de los efectos de la misma sobre el deudor, el nombramiento de administradores y la definición de sus facultades, la composición de las masas activas y pasivas, incluidas las disputas entre el deudor y el síndico, la decisión de optar por la restructuración o la liquidación de la sociedad, el establecimiento de la prelación de créditos y de sus privilegios de cobro, la aprobación de convenios concursales, la distribución de los bienes entre los acreedores en sustitución de ejecuciones individuales, la liquidación de la sociedad, las reclamaciones contra los administradores concursales por incumplimiento de sus obligaciones y contra los administradores sociales surgidas como consecuencia de la insolvencia, disputas relativas a los costes generados por el concurso, las acciones paulianas o revocatorias concursales entabladas por el síndico, y cualquier otra acción basada en la legislación concursal que tome la insolvencia como un presupuesto necesario y que se ejercite en beneficio de la masa.¹⁴⁵ La competencia para la decisión de todas estas materias corresponderá al foro concursal.

A sensu contrario, los criterios hermenéuticos proporcionados por la jurisprudencia europea permiten afirmar que la concursabilidad de una acción no viene marcada por el hecho de que una de las partes haya sido declarada insolvente. El legislador de la Unión permite que existan acciones civiles y mercantiles tanto contractuales como extracontractuales que permanecen sometidas a las normas generales de competencia y reconocimiento y ejecución. No se niega con ello la relevancia que el resultado de las mismas pueda tener para el devenir del concurso. Sin embargo, su relación con la insolvencia de una de las partes es meramente circunstancial o incidental, y su autonomía ontológica queda demostrada por el hecho de que ni se

¹⁴⁴ En favor de esta conclusión, vide A. Espiniella Menéndez, “Competencia judicial internacional para acciones de responsabilidad por deudas sociales (comentario a la STJUE de 18 de julio de 2013, Asunto C-147/12, ÓFAB)” (2014) 31 *Anuario de derecho concursal* 453, 465, aunque matiza con acierto que el Reglamento de Insolvencia se tendría que aplicar en el caso concreto de que la base para la demanda fuera el incumplimiento específico de la obligación de solicitar el concurso.

¹⁴⁵ Para otras propuestas algo más breves vide, entre otros, el Informe Virgós/Schmit, pár. 196; M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *The European...*, cit., 60; B. Wessels, *International Insolvency...*, cit., párs. 10800 *et seq.*; y K. Pannen y S. Riedemann, “Article 25...”, cit., párs. 18 *et seq.* Asimismo, la Evaluación externa (174-178) incluye una nutrida lista de resoluciones que plantean otras materias a las resueltas por el Tribunal de Justicia.

fundamentan en el Derecho concursal ni requieren la apertura de un procedimiento de este tipo o la intervención de un síndico.¹⁴⁶

Estas acciones incluyen las destinadas a la determinación de la existencia, cuantía y exigibilidad de créditos a favor o en contra de la masa¹⁴⁷ (incluyendo aquellos que derivan del derecho de compensación previsto en el art. 6 RI, los procedimientos fundados en los derechos *in rem* referidos en el art. 5 RI o en las reservas de dominio del art. 7 RI), las acciones paulianas o revocatorias no concursales, tanto a favor como en contra del concursado,¹⁴⁸ las acciones reivindicatorias de propiedad sobre bienes de un tercero en posesión del concursado, las acciones ejecutivas entabladas a favor de la masa insolvente,¹⁴⁹ las disputas surgidas a partir de un plan de reestructuración de la deuda alcanzado con los acreedores con antelación a la declaración de insolvencia, las reclamaciones contra los administradores sociales por su gestión empresarial salvo cuando estén basadas exclusivamente en la insolvencia de la sociedad, las acciones penales derivadas de la suspensión de pagos y cualquier otro procedimiento que no encuentre su base jurídica en la normativa concursal y que podría haber existido de forma autónoma en ausencia de insolvencia.¹⁵⁰

Según la Evaluación externa realizada por los Profesores Hess, Oberhammer y Pfeiffer, cuando la *lex fori concursus* prevea un procedimiento para la verificación y cuantificación de créditos contra la masa del cual se derive después la determinación de la prelación, rango y privilegio de cobro del acreedor, todo el procedimiento ha de considerarse concursal y, por tanto, sometido a la competencia del *forum concursus* según el art. 3 RI.¹⁵¹ No puede estarse de acuerdo con esta posición, que yerra en distinguir la decisión sobre la existencia y cuantía de un crédito, que según los criterios desarrollados por la jurisprudencia del TJUE es materia no concursal y sometida a las normas ordinarias de competencia, y la decisión sobre la

¹⁴⁶ *German Graphics*, pár. 32.

¹⁴⁷ Pero no si el crédito es impugnado por otro acreedor (*Semiconductor*, pár. 76).

¹⁴⁸ Por ejemplo, Asunto C-288/82 (*Duijnste v Goderbauer*) [1983] Rec. I-3663 (no concursabilidad de una acción pauliana ordinaria ejercitada por un administrador concursal con el fin de recuperar bienes para la masa).

¹⁴⁹ Por ejemplo, C-267/97 (*Éric Coursier v Fortis Bank SA and M. Bellami*) [1999] Rec. I-2562 (aplicación de las normas ordinarias de ejecución para una resolución ordenando el pago de dinero a la concursada tras la clausura del procedimiento de insolvencia).

¹⁵⁰ Por ejemplo, Asunto C-180/06 (*R. Ilsinger v M. Dreschers, en calidad de administrador de Schlank & Schick GmbH*) [2009] Rec. I-3961 (aplicación de las normas de competencia especiales para contratos con consumidores debido a la relación de consumo entre un acreedor -demandante- y la empresa concursada). Por esta razón, acierta A. Espiniella Menéndez, “Competencia judicial...”, *cit.*, 467 en criticar que los Autos de la AP Pontevedra de 12 julio 2012 y de AP Álava (Sección 1ª) de 14 marzo 2012 sometan a la competencia internacional del foro concursal, respectivamente, el ejercicio de una acción ordinaria de resolución contractual y una acción común de reclamación de daños por un accidente de circulación.

¹⁵¹ Evaluación externa, 191-193.

prelación, rango y privilegio de cobro del crédito reconocido, que es una cuestión concursal que solo compete al juez de apertura o a la administración concursal.

62. A pesar de la orientación que estas listas puedan reportar, no cabe duda de que el sistema de competencia judicial internacional diseñado de forma implícita por el legislador es insatisfactorio¹⁵² y genera una inevitable fricción entre instrumentos.¹⁵³ Tampoco favorece la previsibilidad del régimen de competencia y reconocimiento y ejecución, a pesar de que en numerosas ocasiones el Tribunal de Justicia haya invocado este objetivo como piedra angular del régimen procesal europeo.¹⁵⁴

En clara consonancia, el Informe de INSOL Europe y la Evaluación externa se han hecho eco de esta dificultad. INSOL Europe reconoce en su Informe que, más allá de la creciente jurisprudencia de la Unión, el silencio del Reglamento de Insolvencia respecto a las normas de competencia relativas a acciones que puedan afectar al concursado es fuente de elevada incertidumbre.¹⁵⁵ Por esa razón sugieren la inclusión de un nuevo apartado en el art. 3 que prevea de forma expresa la extensión de la competencia del *forum concursus* a las materias derivadas directamente del procedimiento de insolvencia o vinculadas estrechamente con él, en línea con las conclusiones del Tribunal de Justicia en *Seagon*. Con ello se pretende confirmar desde un punto de vista normativo que no existen lagunas entre los Reglamentos de Insolvencia y Bruselas I.¹⁵⁶

Por su parte, los autores de la Evaluación externa coinciden en señalar que la jurisprudencia del Tribunal no ha conseguido eliminar las imprecisiones inherentes al test *Gourdain* y que en la jurisprudencia nacional esto ha generado auténticos problemas de delimitación entre el Derecho concursal, civil y de sociedades.¹⁵⁷ Sin lugar a dudas, el mero hecho de que todos los Estados tengan que optar por una interpretación autónoma del criterio *Gourdain*, de modo que la calificación de cada acción no esté sujeta a la variabilidad nacional, no elimina la vaguedad intrínseca del criterio delimitador. Por ello, proponen la inclusión de un nuevo art. 3 bis en el

¹⁵² B. Wessels, “Revision of the EU Insolvency Regulation: What type of facelift?”, conferencia de INSOL Europe, *The future of the European Insolvency Regulation* (Amsterdam, 2011) 92, 95. El mismo autor también ha calificado el régimen de “nido de avispas” en B. Wessels, “Article 25 of the Insolvency Regulation: A Hornets’ Nest” (2008) 21(9) *Insolvency Intelligence* 135, 137.

¹⁵³ A. Dutta, “Jurisdiction...”, *cit.*, 88.

¹⁵⁴ Por todos, C-281/02 (*Andrew Owusu v N. B. Jackson - ‘Villa Holidays Bal-Inn Villas- y otros*) [2009] Rec. I-1383, párr. 41, y C-159/02 (*Turner v Grovit*) [2004] Rec. I-3565.

¹⁵⁵ Informe INSOL Europe, párr. 3.21.

¹⁵⁶ *Id.*, párr. 25.1.

¹⁵⁷ Evaluación externa, pág. 175. En la pág. 166 hablan de que es “una de las cuestiones más debatidas y controvertidas” y de que continúa siendo una “disputa vigente”. El Informe incluye una extensa lista de sentencias nacionales que demuestran el desconcierto y heterogeneidad producidos por el silencio normativo (174-178).

que se positivice la regla que inspira las decisiones de *Gourdain* y *Seagon* como criterio de atribución de competencia exclusiva a favor del foro concursal. De acuerdo con el Informe, la relativa concentración de acciones que garantiza esta regla favorece la consecución de los objetivos del Reglamento, la gestión eficiente y eficaz de la insolvencia y la eliminación de *forum shopping*.¹⁵⁸ Los autores de la Evaluación, no obstante, rechazan la inclusión de una lista que concrete las materias sometidas a la jurisdicción concursal, ni siquiera en los considerandos del Reglamento.

63. Siguiendo a estas recomendaciones y a las repetidas solicitudes de clarificación por parte de la doctrina,¹⁵⁹ la propuesta de reforma del Reglamento de Insolvencia pendiente de aprobación definitiva incluye modificaciones que buscan reflejar expresamente el alcance de la competencia del Estado de apertura para acciones de naturaleza concursal. En concreto, según la nueva redacción del considerando 6:

“El presente Reglamento debe incluir disposiciones que regulen la competencia para la apertura de procedimientos de insolvencia y de *procedimientos que se deriven directamente de dichos procedimientos y guarden inmediata relación con ellos*. Asimismo, el presente Reglamento debe contener disposiciones relativas al reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales dictadas en dichos procedimientos, así como disposiciones relativas a la legislación aplicable a los procedimientos de insolvencia. [...]” (*cursiva añadida*)

Asimismo, el Considerando 7, que hace referencia a la inaplicación del Reglamento Bruselas I a los procedimientos de insolvencia, se modifica para añadir que

“[...] En la mayor medida posible, la interpretación de las disposiciones del presente Reglamento deberá evitar cualquier resquicio normativo entre ambos instrumentos”.

Por último, la propuesta incluye un nuevo art. 6, titulado “Competencia para las acciones conexas”, cuyo primer apartado prevé:

“Los tribunales del Estado Miembro en cuyo territorio se haya abierto un procedimiento de insolvencia en aplicación del artículo 3, serán competentes para cualquier acción que se derive

¹⁵⁸ *Id.*, 180. La propuesta de redacción del art. 3 bis se encuentra en la pág. 220, que viene precedida de casi 60 páginas de estudio explicativo.

¹⁵⁹ Entre otros, C.G. Paulus, “Una visión del Derecho europeo de la Insolvencia” (2009) 17 *Anuario de Derecho Concursal* 249, 259, B. Wessels, “Twenty Suggestions for a makeover of the EU Insolvency Regulation” (2006) V(12) *International Caselaw Alert* (31 octubre) 68, 72 y L. Carballo Piñeiro, *Acciones de reintegración de la masa y Derecho concursal internacional* (Santiago de Compostela: De Conflictu Legum, 2005) 166.

directamente del procedimiento de insolvencia y guarde una relación estrecha con él, como las acciones de reintegración”.¹⁶⁰

64. Con esta reforma, se completa un largo proceso *de lege ferenda* con el que el legislador de la Unión da un paso firme en la eliminación de los abundantes interrogantes interpretativos producidos por los silencios del Reglamento. Por tanto, es posible concluir que el criterio *Gourdain* ha pasado a constituir el mecanismo más efectivo para esclarecer el régimen competencial internacional para acciones civiles y mercantiles en escenarios concursales.

2. La regulación de la *vis attractiva concursus* en la UE

65. El proceso de delimitación del ámbito de aplicación material de los Reglamentos de Insolvencia y Bruselas I ha producido simultáneamente el progresivo esclarecimiento de otro debate de mayor calado, el de la existencia de un principio de *vis attractiva concursus* a nivel de la Unión. Esto es, desde el día de su nacimiento se ha cuestionado si el Reglamento de Insolvencia ofrece suficiente base para justificar que la apertura de un procedimiento de insolvencia produce, además, la concentración de la competencia en el foro concursal con respecto a todas o la mayoría de las acciones que pudieran afectar al deudor concursal y a la masa del procedimiento. El criterio *Gourdain* ha contribuido a suplir el silencio que también ofrece el instrumento europeo respecto de esta cuestión.¹⁶¹
66. Las dudas acerca de la existencia y extensión de una *vis attractiva concursus* europea no nacen del Reglamento. La inclusión de esta regla ya fue fuente de debate durante la negociación de los diferentes proyectos de Convenio sobre insolvencia transfronteriza que precedieron al Reglamento. Más aún, es posible afirmar que el fracaso de los Convenios de 1970 y de 1980 encuentra parte de explicación en la amplitud de la concentración competencial que sus arts. 17.3 y 15, respectivamente, atribuían al foro concursal.¹⁶² En efecto, sin perjuicio del alcance

¹⁶⁰ El Informe del Parlamento Europeo de 5 febrero 2014 sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia (COM(2012)0744 – C7-0413/2012 – 2012/0360(COD)) también proponía la inclusión de la definición del concepto “acción derivada directamente de procedimientos de insolvencia y relacionada estrechamente con los mismos” en el art. 2g bis como “cualquier acción que vaya encaminada a obtener una resolución judicial que por su contenido no pueda ser o no pudiera haber sido obtenida al margen de un procedimiento de insolvencia, o independientemente del mismo, y que sea únicamente admisible cuando exista un procedimiento de insolvencia pendiente”, pero esta propuesta fue finalmente rechazada.

¹⁶¹ J. Israël, *European Cross-Border Insolvency Regulation* (Antwerp-Oxford: Intersentia, 2005) 269; M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *The European...*, cit., 82; B. Wessels, “Article 25...”, cit., 140.

¹⁶² Con respecto a estos Convenios y su búsqueda de los principios de universalidad y unidad casi a toda costa, vide C. Esplugues Mota, *La quiebra...*, cit., 386; I. Fletcher, “International insolvency: a case for study and

de la *vis attractiva concursus* propuesta por los redactores de estos Convenios, la tradición de los Estados Miembros al respecto ha sido siempre harto dispar.

Mientras que países como Francia, Bélgica, Portugal o España¹⁶³ han optado tradicionalmente por una fuerte concentración a favor del juez del concurso para toda aquella acción que pudiera producir algún impacto patrimonial sobre el deudor, otros Estados como Alemania se han decantado históricamente por respetar el funcionamiento ordinario de las reglas de competencia respecto de acciones civiles y mercantiles a pesar de la insolvencia de una de las partes.¹⁶⁴ Los países del *common law*, por su parte, hacen depender el régimen aplicable de la decisión de la autoridad concursal en cada procedimiento.¹⁶⁵ Según demuestra la Evaluación externa de los Profesores Hess, Oberhammer y Pfeiffer esta disparidad continúa estando presente en el plano interno de los ordenamientos concursales del territorio de la UE.¹⁶⁶

Sobre estos antecedentes, el Convenio de 1995, del que deriva el Reglamento de Insolvencia, decidió excluir las normas que supusieran la adopción de una fuerte *vis attractiva concursus*.¹⁶⁷ No necesariamente porque todos sus redactores rechazaran la regla sino con el

treatment" (1993) 27 *International Lawyer* 429, 437; W. Hauschild, "Le projet de convention communautaire relative a la faillite, aux concordats et aux procédures analogues" y F. Albanese, "Activités du Conseil de l'Europe en Matière de Droit de la faillite" ambos en *Le droit de la faillite internationale - Premier Séminaire de droit international et de droit européen* (Neuchâtel, 11-12 octobre 1986) 139 y 145; A. Borrás Rodríguez, "Proyecto de Convenio sobre quiebra, convenios de quiebra y procedimientos análogos" en E. García de Enterría, J. González Campos y S. Muñoz Machado (eds.) *Tratado de Derecho comunitario europeo* (Madrid: Civitas, 1986) vol. III, 827; R. García Villaverde, "El Derecho concursal comunitario", (1985) 8 *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* 237; I. Fletcher, *Conflict of laws and European Community Law* (Amsterdam: Elsevier Science Ltd, 1982) 187; VVAA "Faillites, concordats, et procédures analogues - Projet de convention et rapport" (1982) 2 *Supplément au Bulletin des Communautés européennes*; J. González Campos, "Aspectos internacionales de la situación concursal" en *La reforma del derecho de quiebra. Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español (Madrid, 16-19 diciembre 1980)* (Madrid: Forum, 1982) 329; J. L. Iglesias Buigues "Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de quiebra en el Mercado Común Europeo" (1977) XXX *Revista Española de Derecho Internacional* 339; y J. A. Pastor Ridruejo, "La faillite en droit international privé", (1971) 133(II) *Recueil des Cours* 135.

¹⁶³ En Francia el principio de *vis attractiva* se contiene en el art. R. 662-3 *Code de commerce*. En Bélgica la regla a nivel interno la proporciona el art. 574.2 *Code judiciaire* y en el plano internacional el art. 118.2 *Code de droit international privé* (*Mon. belge* 2004, 57344). Tras la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en España la *vis attractiva* amplia solo opera a nivel interno. Vide Capítulo III *infra*.

¹⁶⁴ J. Thieme, "German attitudes toward the EC Bankruptcy Convention and the Revised Draft of 1984" en Vosknil et al. (eds.) *Corporate Bankruptcy and Similar Proceedings* (Apeldoorn: Maklu, 1989) 109, 114. Para una nutrida lista de referencias vide L. Carballo Piñeiro, *Acciones de reintegración...*, *cit.*, 160. La ausencia de *vis attractiva concursus* fue también reconocida expresamente en la Sentencia del Tribunal Supremo alemán, de 27 mayo 2003, Caso IX ZR 203/02, NJW 2003, 2916.

¹⁶⁵ Por ejemplo, la sec. 130 *Insolvency Act* 1986 (IA) prevé un régimen de suspensión o *moratorium* con respecto a la posibilidad de comenzar o continuar nuevas acciones concernientes al deudor, cuyo levantamiento queda sometido al criterio del juez concursal.

¹⁶⁶ 168 *et seq.*

¹⁶⁷ Respecto del Convenio de 1995, vide P. Omar, "Genesis of the European Initiative in Insolvency Law" (2003) 12(3) *International Insolvency Review* 147; J. M. Garrido, "Some Reflections on the EU Bankruptcy Convention and its implications for secured and preferential creditors" (1998) 7 *International Insolvency Review* 79; J. W. Johnson, "The European union convention on insolvency proceedings: A critique of the convention's corporate rescue paradigm" (1996) 5(1) *International Insolvency Review* 80; A. Lupone, *L'insolvenza transnazionale* (Padova:

fin de incrementar las posibilidades de éxito del proyecto. Ello justifica que las únicas normas de competencia a las que hace referencia el Reglamento de Insolvencia, en línea con el Convenio de 1995, son las relativas a la apertura, tramitación o cierre del procedimiento de insolvencia, y también explica que el Informe Virgós/Schmit afirme en relación con la *vis attractiva* que “ni este precepto ni esa filosofía han sido adoptados por el presente Convenio”.¹⁶⁸ Este silencio, no obstante, no equivale a rechazo, como demuestra que los autores del Informe reconozcan que los criterios de competencia del art. 3 no tratan este problema.¹⁶⁹

67. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha conseguido dejar atrás las dudas relativas al alcance de la competencia del *forum concursus* ante el silencio del Reglamento.¹⁷⁰ A pesar del apoyo mostrado por una parte importante de la doctrina respecto a la opción de acudir a la normativa nacional del Estado de apertura para resolver esta cuestión,¹⁷¹ el criterio esbozado en la sentencia *Gourdain* y, sobretodo, la interpretación defendida por el TJUE en *Seagon*, permiten afirmar que la actividad normativa de la Unión ha dado lugar a un principio europeo de *vis attractiva concursus*.¹⁷² Sin perjuicio de la disparidad existente entre los Estados Miembros y de que la relevancia de la materia hubiera requerido una solución legislativa y no meramente jurisprudencial, *Seagon* confirma que la competencia judicial internacional del juez del concurso se extiende también de forma exclusiva y excluyente a aquellas materias que se derivan directamente de los procedimientos de insolvencia y guardan inmediata

Cedam, 1995), Capítulo I. El fracaso de este Convenio, producido por la negativa de firma del Reino Unido, no se debió necesariamente a razones intrínsecas al régimen que diseñaba, sino a otros factores políticos como el apoyo de la UE al Reino Unido durante las crisis de las “vacas locas”.

¹⁶⁸ Pár. 77.

¹⁶⁹ *Id.*

¹⁷⁰ Dudas que se habían manifestado en un intenso debate doctrinal cubriendo posturas tanto a favor como en contra de una *vis attractiva* europea. Vide, con detalle, L. Carballo Piñeiro, *Acciones de reintegración...*, *cit.*, 161-167, y las referencias allí citadas.

¹⁷¹ Entre ellos, F. Corsini, “Revocatoria fallimentare e giurisdizione nelle fonti comunitarie: la parola passa alla Corte di Giustizia” (2008) 44(2) *Rivista de Diritto Internazionale Privato e Processuale* 429, 435; A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho concursal internacional* (Madrid: Colex, 2004) 99; P. de Cesari, “Giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nel Regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza” (2003) 39(1) *Rivista de Diritto Internazionale Privato e Processuale* 55, 69; C. Punzi, “Le procedure d’insolvenza transfrontaliere nell’Unione Europea” (2003) *Rivista di Diritto Processuale* 997, 1020; F. Garcimartín Alférez, “El Reglamento de insolvencia: una aproximación general” en A. Borrás (ed.), *Cooperación jurídica internacional en materia civil. El Convenio de Bruselas. Cuadernos de Derecho Judicial*, (Madrid: Cuadernos del Poder Judicial, 2001) 229, 265; A. Trunk, “The European Insolvency Convention: A Critical Appraisal” en W.L. Norton (ed.), *Norton Annual Survey of Bankruptcy Law* (New York: West, 1999-2000) 827, 840; y C. Dordi, “La Convenzione dell’Unione Europea sulle procedure di insolvenza” (1997) 33(2) *Rivista de Diritto Internazionale Privato e Processuale* 333, 348-351.

¹⁷² Esta es una solución que ha venido ganando aceptación mayoritaria. Vide, L. Carballo Piñeiro, “*Vis attractiva concursus...*”, *cit.*, 8 con abundante doctrina citada en la nota 22.

relación con ellos.¹⁷³ Por su parte, aquellas acciones que no encajen con la fórmula *Gourdain*, quedan sometidas a los criterios generales de competencia judicial internacional previstos, entre otros instrumentos, en el Reglamento Bruselas I.

Según el Tribunal, esta interpretación facilita la consecución de los objetivos del régimen europeo de insolvencia transfronteriza, esto es, la gestión rápida y eficaz de las situaciones concursales y el desincentivo del *forum shopping*.¹⁷⁴ *De facto*, el criterio creado para delimitar el ámbito de aplicación de los Reglamentos de Insolvencia y Bruselas I, se ha convertido en un criterio definidor de la competencia judicial internacional en materia concursal. Por tanto, el art. 3 RI basta para atribuir esa competencia y, por tanto, desplaza a las normas nacionales sobre *vis attractiva*. Con ello se debería evitar la existencia de varios tribunales con competencia concurrente sobre cuestiones propias de la insolvencia.¹⁷⁵

Seagon tampoco olvida la expresión contenida en el art 25.1.II, según el cual el legislador admite la posibilidad de que acciones derivadas de la insolvencia o inmediatamente relacionadas con ellas puedan ser “dictadas por otro órgano jurisdiccional”. Para el Tribunal, dicha posibilidad no refleja el rechazo de la *vis attractiva* por parte del Reglamento, como habían defendido prestigiosos autores,¹⁷⁶ sino el hecho de que las reglas previstas por el instrumento de la Unión solo cubren la atribución internacional de competencia, mientras que la concreción territorial del tribunal competente corresponde a la legislación interna de cada Estado Miembro.¹⁷⁷

68. Es importante matizar, no obstante, que si bien *Seagon* supone la consolidación de la regla de *vis attractiva concursus* como una parte integrante del régimen europeo de insolvencia, su alcance es limitado. El Reglamento no permite que aquellas materias no cubiertas por el criterio *Gourdain* sean sometidas a la competencia del Estado de apertura en virtud del art. 3 RI. Es decir, el Tribunal ha descartado consagrar a nivel europeo la fuerte concentración

¹⁷³ *Seagon*, pár. 24.

¹⁷⁴ *Seagon*, párs. 22-24. Vide B. Campuzano Díaz, “La posición del TJCE con respecto a los problemas interpretativos que plantea el reglamento 1346/2000 en materia de insolvencia” (2009) 11 *DeCITA. Derecho del comercio internacional: Insolvencia internacional* 80, 99.

¹⁷⁵ No obstante, el alcance de la exclusividad de la competencia no ha quedado plenamente esclarecido con respecto a todas las materias. El AG Ruiz-Jarabo Colomer en *Seagon* consideró que ésta no podía ser exclusiva en cuestiones de medidas cautelares y en procedimientos relativos a acciones revocatorias (párs. 64-68). Igualmente, M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *The European...*, cit., 63 excluyen la tutela cautelar del ámbito exclusivo del juez concursal.

¹⁷⁶ M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *The European...*, cit., 60 y 63.

¹⁷⁷ *Seagon*, pár. 27. Tras esta Sentencia, el Tribunal Federal alemán otorgó competencia al foro general concursal. Vide la Sentencia de 19 mayo 2009 (*BGH IX ZR 39/06*), referenciada en S. Cohnen, “Jurisprudencia concursal del Bundesgerichtshof alemán 2009-2011” (2013) 30 *Anuario de Derecho Concursal* 503, 528.

jurisdiccional históricamente presente en países como Francia, Bélgica o España. Es por esto que algunos autores han hablado de “rechazo” de una auténtica *vis attractiva* por la Unión.¹⁷⁸

A pesar de esta aparente atenuación, la creciente jurisprudencia europea ha permitido comprobar que en aquellas materias efectivamente cubiertas por el art. 3, el régimen del Reglamento establece una auténtica competencia exclusiva de alcance universal. En el reciente caso de *Ralph Schmid v Lilly Hertel*,¹⁷⁹ el Tribunal fue preguntado acerca de si el principio de *vis attractiva* también podía ser invocado para justificar la competencia del *forum concursus* con respecto a una acción de anulación contra un demandado domiciliado en Suiza, esto es, fuera del territorio de la Unión. Tras enumerar los objetivos de previsibilidad y seguridad jurídica del Reglamento y su repercusión sobre el Mercado interior, el Tribunal concluyó que la necesidad de su defensa no engloba exclusivamente “las relaciones entre los Estados Miembros, sino, por su naturaleza y según su tenor, cualquier situación transfronteriza” relativa a una insolvencia abierta en territorio de la Unión.¹⁸⁰ En clara afinidad con la aspiración universalista que subyace a la regulación concursal internacional en la Unión Europea, el Tribunal confirmó la aplicación de la solución de *Seagon* a Estados terceros, consagrando así la extraterritorialidad de las reglas del Reglamento.¹⁸¹ En conclusión, la *vis attractiva concursus* en vigor en el territorio de la Unión no es omnicompreensiva, sino que encuentra su límite material en el criterio *Gourdain*. Sin embargo, una vez dentro de ese cerco, la competencia es exclusiva y universal.

69. Una última matización deviene necesaria a la luz del proceso de reforma de Reglamento. Siguiendo con las recomendaciones sugeridas en la Evaluación externa de los Profesores Hess, Oberhammer y Pfeiffer, la propuesta incluye un art. 6 por el cual se atenúa la naturaleza exclusiva de la competencia en acciones de naturaleza concursal ejercitadas por la administración en conjunción con otras acciones de naturaleza civil y mercantil.¹⁸² En esos casos, el nuevo precepto propone permitir al síndico la elección entre la competencia del *forum*

¹⁷⁸ I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso internacional* (Cizur Menor: Civitas, 2008) 70 y M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *The European...*, cit., 58.

¹⁷⁹ C-328/12 (*Ralph Schmid, acting as liquidator of Aletta Zimmermann v Lilly Hertel*) [2014] Rec. I-0000.

¹⁸⁰ *Schmid*, pár. 25-27.

¹⁸¹ Las reacciones a este pronunciamiento no han tardado en aparecer. En contra, vide, C. G. Paulus, “The ECJ’s understanding of the universality principle” (2014) 27(5) *Insolvency International* 70, 71-72. A favor, G. Moss, “ECJ takes worldwide jurisdiction” (2015) 28(1) *Insolvency International* 6, 8-9; J. D. Ortega Rueda, “Normas de competencia del Reglamento europeo de insolvencia y demandados domiciliados en terceros Estados - Comentario a la STJUE de 16 de enero de 2014, asunto C-328/2012, «*Schmid contra Hertel*»” (2014) II, 15 Mayo, *La Ley Unión Europea*; y M. McParland, “No place to hide?” (2014) 31 enero, *Lloyd’s List Insurance Day* 11.

¹⁸² El art. 6.3 establece que “A los efectos del apartado segundo, se considerarán conexas las acciones vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueran juzgados separadamente.”

concursum y la del domicilio del demandado en otro Estado Miembro. Se persigue con ello que la demanda pueda presentarse en aquel foro que resulte más conveniente para la eficacia de la resolución y para el incremento de la masa activa del concurso.¹⁸³

3. Las presuntas implicaciones para el arbitraje comercial internacional

70. Este desarrollo es absolutamente ajeno a la lógica argumentativa empleada por los tribunales ingleses en *Elektrim* e, incluso, por el Tribunal de Justicia en *Semiconductor*. Sin embargo, no cabe duda de que la determinación del tratamiento que el Reglamento de Insolvencia presta a los convenios y procedimientos arbitrales no puede ignorar el régimen competencial y la noción de *vis attractiva* adoptados (aparentemente de forma inconsciente) por el legislador de Unión. Si el arbitraje es un mecanismo heterocompositivo equivalente a la vía judicial y generador de procedimientos autónomos y de resoluciones finales y ejecutables, el criterio *Gourdain* y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta también le han de ser de aplicación.

Sin perjuicio de casos excepcionales,¹⁸⁴ las disputas sometidas a arbitraje atañen generalmente a la existencia de un posible incumplimiento de las obligaciones contractuales o extracontractuales exigibles en el seno de una relación privada y, en su caso, a la cuantificación del daño que dicha conducta haya podido producir. Son, por ello, procedimientos que las más de las veces tendrán naturaleza civil o mercantil, y que no podrán ser consideradas ni emanadas directamente de la tramitación concursal ni estrechamente relacionadas con ella. A pesar de que la situación financiera de una de las partes haya podido contribuir a desencadenar la disputa, la existencia de la controversia y el ejercicio de la acción podrían haberse dado en una situación no concursal. En conclusión, en aplicación de la doctrina *Seagon*, estos casos no están cubiertos por la *vis attractiva* del *forum concursus* prevista en el art. 3 RI.

71. Sobre esta base, la doctrina española que más profundamente ha estudiado la cuestión se ha caracterizado por alejarse del razonamiento *Elektrim* acogido de forma incuestionada en otros países,¹⁸⁵ y optar por un posicionamiento basado en la noción de *vis attractiva*. Esto es, en vez

¹⁸³ Respecto a la concreción del criterio de conexidad entre estas acciones vide T. Linna, “Actio Pauliana – ‘Actio Europensis’? Some Cross-Border Insolvency Issues” (2014) 10(1) *Journal of Private International Law* 69, 80-82.

¹⁸⁴ Para ellos, vide Capítulo IV.A.2.

¹⁸⁵ Vide las referencias en la Sección A de este Capítulo.

de canalizar su argumentación a través de las normas sobre ley aplicable del Reglamento (arts. 4.2.f) y 15 RI), esta doctrina sustenta su posición en el régimen competencial previsto en la Unión. Desde este punto de partida, estos autores, con el Profesor Heredia Cervantes a la cabeza,¹⁸⁶ han defendido que el rechazo a una regla omnicomprendiva de *vis attractiva* manifestado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha de implicar que todas las acciones civiles y mercantiles que afecten al concursado no puedan quedar sometidas a ninguna solución competencial que las aparte de su ordinario funcionamiento. Al igual que esto produce la aplicación exclusiva del Reglamento Bruselas I a las acciones cubiertas por su ámbito, en el plano arbitral esta solución ha de resultar en la vigencia de los regímenes nacionales e internacionales de arbitraje comercial internacional, que quedan blindados a normativas nacionales de *vis attractiva concursus*. Según estos autores,

“el hecho de que el marco competencial seleccionado por las partes atribuya competencia a los árbitros y no a jueces estatales carece de incidencia. No hay ninguna razón para tratar de forma diferente las cláusulas de sumisión a tribunales estatales y a los convenios arbitrales”.¹⁸⁷

Es decir, la extensión de la concepción europea de *vis attractiva* fuera de la esfera judicial implica la eliminación “de un plumazo” de los problemas de competencia que tradicionalmente suscita la concurrencia de concurso y arbitraje internacional.¹⁸⁸ De modo que no es solo que el silencio del Reglamento permita mantener la validez y eficacia de los convenios arbitrales y la viabilidad de los procedimientos individuales derivados de los mismos, sino que a los ojos de Heredia el Reglamento se convierte en el primer garante de los mismos,¹⁸⁹ independientemente de las prescripciones de la *lex fori concursus* o, en su caso, de la ley de la sede del arbitraje. Varios autores se han sumado a esta postura,¹⁹⁰ que parece haber alcanzado plena aceptación entre la doctrina española.¹⁹¹

¹⁸⁶ I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso...*, cit., 98.

¹⁸⁷ *Id.*, 95-96.

¹⁸⁸ *Id.*, 31.

¹⁸⁹ *Id.*, 96.

¹⁹⁰ J. L. Iriarte Ángel y M. Casado Abarquero, “Los efectos del concurso sobre un convenio arbitral - una perspectiva europea” en C. A. Soto Coaguilla (dir.), *Tratado de Derecho Arbitral. Tomo I: El convenio arbitral* (Grupo Editorial Ibáñez: Bogotá, 2011) 848, 860; M. Gómez Jene, “Concurso y arbitraje...”, cit., 101; y A. Espiniella Menéndez, “La contratación internacional en caso de crisis empresarial” (2011) 22 *Anuario de Derecho Concursal* 105, 120, citando a J. C. Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje comercial en América Latina* (Madrid: Iustel, 2008), 929-930. También se suma a ella sin ningún tipo de análisis S. González Malabia, “Disposición final tercera de la Ley 11/2011” en S. Barona Vilar (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Cizur Menor: Civitas, Thomson Reuters, 2011) 2120, 2121.

¹⁹¹ Resulta sorprendente que, a pesar del resultado tan favorecedor para el arbitraje que esta postura defiende y de su aparente solidez según los desarrollos jurisprudenciales del Tribunal de Justicia, la doctrina de otros Estados de la Unión no se ha detenido ni siquiera a considerarla (al menos según los resultados de la investigación del autor). Con toda probabilidad, el hecho de que todas las publicaciones de los citados autores sobre esta cuestión estén disponibles exclusivamente en español ha contribuido sustancialmente a ello.

72. Como se defiende en la siguiente Sección y al igual que se avanzó con respecto a la doctrina *Elektrim*, la atractiva postura abanderada por la obra de Heredia no encuentra sustento en una interpretación verdaderamente integral del Reglamento de Insolvencia.

C. Una propuesta de solución: la interpretación sistémica del Reglamento de Insolvencia

73. No puede dejar de sorprender que ninguna de las dos posturas descritas, a pesar del detalle y extensión de sus fundamentaciones, haga referencia a la otra. Ni *Elektrim*, *Semiconductor* y la literatura derivada de ellos incluyen mención alguna al desarrollo de la regla de *vis attractiva concursus* y la aparente “liberación” de las acciones civiles y mercantiles con respecto a normas nacionales, ni la interpretación propuesta por la doctrina española analiza cómo compatibilizar la suficiencia de un régimen de competencia judicial internacional derivado exclusivamente del plano europeo con la remisión expresa realizada por los arts. 4.2.f) y 15 a la legislación de los Estados Miembros.

Para poder proponer con mayor probabilidad de éxito un marco coherente y operativo sobre el tratamiento del arbitraje en el seno del régimen concursal europeo es necesario tener presente la interacción entre, por una parte, las normas de competencia judicial internacional que expresa o implícitamente establecen en los instrumentos de la Unión y, por la otra, las normas sobre ley aplicable contenidas en los mismos. Solo desde esta perspectiva es posible entender las causas del error de las posturas presentadas en las anteriores Secciones y la necesidad de encontrar una tercera vía.

1. La incompatibilidad de *Elektrim* con el régimen de *vis attractiva* en la UE

74. De acuerdo con *Elektrim*, los arts. 4.2.f) y 15 RI constituyen normas de conflicto que determinan, entre otros extremos, la concepción nacional de *vis attractiva* que hay que aplicar a acciones individuales nuevas o en curso que afecten al deudor insolvente.¹⁹² Esta interpretación de las reglas del Reglamento iría en la línea de algún Convenio internacional previo, como es el caso del Tratado austríaco-alemán, de 25 de mayo de 1979, que, a pesar de

¹⁹² La inclusión de cuestiones competenciales en el ámbito normativo de estos preceptos es frecuente en la literatura concursal. Vide M. V. Benedetelli, “Cross-border insolvencies...”, *cit.*, 808-809.

no regular directamente la regla de *vis attractiva*, sí contenía una norma de conflicto que remitía en todo caso a la *lex fori concursus* para la regulación de esta materia.¹⁹³

Este precedente podría inspirar una posible solución conciliadora. La regla paneuropea de *vis attractiva* (art. 3) sería aplicable a aquellas materias estrictamente concursales que según *Seagon* caigan dentro de la competencia exclusiva del Estado de apertura, mientras que respecto a las otras acciones de naturaleza estrictamente civil o mercantil que queden fuera del art. 3 sería necesario respetar el régimen nacional de competencia al que remiten los arts. 4.2.f) y 15 RI.¹⁹⁴ Es decir, una solución en la que la faceta positiva de la *vis attractiva* (materias obligatoriamente incluidas) viniera regulada por normativa europea, mientras que la concreción de la faceta negativa de la competencia del *forum concursus* (posibles materias excluidas) correspondiera a los Derechos nacionales.

75. Hasta la fecha todos los estudios sobre el régimen de competencia judicial internacional derivados del Reglamento de Insolvencia se han centrado en su vertiente positiva. Sin embargo, no es posible encontrar un estudio que analice con detalle la operatividad de su faceta negativa, esto es, cómo se determina si un tribunal nacional localizado en un Estado distinto al de apertura es competente para resolver una disputa civil o mercantil no concursal que involucre al deudor insolvente.¹⁹⁵ ¿Debe entenderse la noción europea de *vis attractiva* como una regla que con respecto a estas acciones basta para asegurar la eficacia de las normas ordinarias de competencia judicial internacional y, por tanto, prevalece plenamente sobre las normas nacionales? ¿O ha de entenderse como una regla que simplemente permite la tramitación de dichas acciones individuales fuera del foro concursal según los criterios competenciales generales pero cuya eficacia queda sujeta a que el Derecho nacional aplicable según los arts. 4.2.f) y 15 no imponga ningún impedimento?

La relevancia de estas cuestiones no queda circunscrita al ámbito judicial, sino que también deviene necesaria para esclarecer el tratamiento del arbitraje por parte del Reglamento de Insolvencia, ya que fueron los propios arts. 4.2.f) y 15 los empleados por los tribunales ingleses para resolver la disputa en *Elektrim*. Tanto el Reglamento como la jurisprudencia del

¹⁹³ Vide la “Annotation” en este sentido en *Revue critique de droit international privé* (1980), 853-860.

¹⁹⁴ Esta es la interpretación de S. Bariatti, “Filling in the gaps...”, *cit.*, 29.

¹⁹⁵ De forma excepcional G. McCormack, “European Conflicts and Insolvency – resolving uncertainties” (2013), disponibles en <http://www.law.leeds.ac.uk/assets/files/research/cblp/conf-jun13/European-Conflicts-and-Insolvency-Law-resolving-uncertainties.pdf> incluye una breve referencia a la dificultad de compatibilizar los arts. 4.2.f) y 15 con la evolución europea de *vis attractiva*.

Tribunal de Justicia y la Evaluación externa carecen de pronunciamiento expreso sobre la cuestión.¹⁹⁶

76. La ausencia de claridad en el plano de la Unión produce, como era de prever, heterogeneidad de pareceres en el plano nacional. A título de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo austríaco (OGH) de 23 de febrero de 2005¹⁹⁷ concluyó que la continuación o terminación de un procedimiento individual presentado ante tribunales austríacos contra una sociedad alemana, declarada en concurso una vez comenzado el procedimiento, debía decidirse exclusivamente a la luz del Derecho austríaco en virtud del art. 15 RI. Según el Tribunal, si, por el contrario, la acción se hubiera interpuesto tras la apertura del concurso, la respuesta la habría propocionado la *lex fori concursus* alemana en aplicación del art. 4.2.f).¹⁹⁸

Por el contrario, la High Court inglesa en *Gibraltar Residential Properties Ltd v Gibralcon*¹⁹⁹ falló que el régimen previsto en la Ley Concursal española carecía de relevancia con respecto a la posibilidad de entablar una acción de naturaleza estrictamente contractual ante tribunales ingleses contra una sociedad concursada en España (Gibralcon). El Honorable Mr. Justice Edward-Stuart llegó a la conclusión de que cuando la acción cae fuera de la competencia exclusiva del foro concursal de acuerdo con el art. 3 RI y queda comprendida en el ámbito de objetivo del Reglamento Bruselas I, el efecto implícito de los pronunciamientos en *German Graphics* y *Seagon* es que solo podrá aplicarse el régimen de competencia judicial internacional contenido en el instrumento Bruselas. Dado que las partes habían incluido en su contrato una cláusula jurisdiccional a favor de los tribunales ingleses, la High Court declaró su competencia exclusiva para dirimir la disputa. En este sentido, el art. 4.2.f) no podía invocarse para acudir a la regulación de *vis attractiva* prevista en la Ley Concursal española, ya que ello suponía incluir en el ámbito del Reglamento de Insolvencia una materia que pertenecía al régimen “excluyente” del Reglamento Bruselas I.²⁰⁰ La sentencia no incluyó ninguna mención a la doctrina *Elektrim*, a pesar de que fuera el mismo tribunal quien la creara pocos meses antes y de que su efecto fuera la inclusión de las nociones nacionales de *vis*

¹⁹⁶ La Evaluación externa es confusa en este punto. Aboga por que la decisión acerca de la continuación o acumulación de un procedimiento individual en curso venga determinada por el art. 15, aunque esa materia caiga dentro del ámbito del Reglamento Bruselas I (191-194). Sin embargo, en otra parte del Informe se concluye que la jurisprudencia del TJUE posibilita la plena efectividad de las normas Bruselas I (166-181).

¹⁹⁷ 9 Ob 135/04z, referida en G. Maderbacher, “The European Insolvency Regulation: A Balance after Four Years” (Academy of European Law, 2007), disponible en http://www.era.int/web/en/resources/5_2341_3075_file_en.4464.pdf.

¹⁹⁸ Vide el Anexo II del Informe Hess/Oberhammer/Pfeiffer, 272-286, para más resoluciones con similar tenor en otros Estados Miembros.

¹⁹⁹ [2010] EWHC 2595.

²⁰⁰ *Gibralcon*, pár. 37.

attractiva en el ámbito regulatorio de los Derechos nacionales indicados por los arts. 4.2.f) y 15.²⁰¹

Finalmente, y aun a pesar de asumir competencia, el juez inglés enfatizó en varios pasajes de la sentencia que el propósito de este procedimiento quedaba circunscrito al establecimiento de un posible crédito contra la sociedad concursada y, en su caso, a la fijación de su cuantía. Por el contrario, cualquier pretensión ejecutiva del crédito debía corresponder exclusivamente al foro concursal.²⁰² Según Justice Edward-Stuart, el objetivo meramente declarativo del proceso garantizaba la no intromisión en la gestión del concurso por el Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid y justificaba que el juez inglés no estuviera constreñido por el hecho de que el Magistrado Javier García Marrero hubiera dictado una resolución en la que expresamente declaraba que el tribunal inglés carecía de competencia para adoptar cualquier medida cautelar o ejecutiva sobre los bienes y derechos conformadores del patrimonio de Gibralcon.²⁰³

77. La evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia confirma implícitamente el acierto de la sentencia *Gibralcon*.²⁰⁴ En efecto, las sentencias mencionadas en la Sección anterior demuestran que la faceta negativa de la *vis attractiva concursus* para acciones civiles o mercantiles no puede quedar sometida a los Derechos nacionales aplicables según los arts. 4.2.f) y 15, sino que viene exclusivamente regulada por el Reglamento Bruselas I. En ninguno de esos casos (*German Graphics*, *F-Tex* y *Probud*²⁰⁵ como ejemplos paradigmáticos) se detuvo el Tribunal de Justicia a considerar las prescripciones concursales nacionales relativas a *vis attractiva*, sino que la existencia de competencia y la posibilidad de reconocimiento de

²⁰¹ Como luego se verá, es acertado otorgar diferente tratamiento a las cláusulas atributivas de competencia cubiertas por el Reglamento Bruselas I y a los convenios arbitrales, pero la sentencia debería haber incluido una referencia a *Elektrim* debido a la aparente contradicción de sus pronunciamientos y la escasez de jurisprudencia al respecto.

²⁰² *Gibralcon*, párs. 13-14.

²⁰³ *Id.*, pár. 52.

²⁰⁴ No obstante, la jurisprudencia inglesa presenta serias inconsistencias en esta materia. En *Mazur Media Ltd & Anor v Mazur Media GmbH & Ors* [2004] EWHC 1566, la High Court tuvo que pronunciarse sobre el efecto de la apertura de un concurso en Alemania sobre la continuación de un procedimiento judicial en curso ante los tribunales ingleses. Al igual que en *Gibralcon*, la acción estaba incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I. Sin embargo, en vez de invocar la existencia de una norma europea de *vis attractiva*, el Honorable Mr Justice Lawrence Collins concluyó que era la ley concursal inglesa, en tanto que ley del Estado de tramitación del procedimiento en curso, la competente para determinar la continuación del proceso o su acumulación al foro concursal (pár. 54). Aunque el tribunal podría haber acudido a la doctrina *Gourdain*, ni *German Graphics* ni *Seagon* habían sido resueltos en el momento de dictar esta sentencia. Algo similar es el pronunciamiento en *Lornamead Acquisitions Ltd v Kaupthing Bank HF* [2011] EWHC 2611.

²⁰⁵ Todos ellos ya citados. En *Probud* esto ocurrió con respecto a la tutela judicial declarativa, no cautelar ni ejecutiva.

las resoluciones resultantes reposaba exclusivamente sobre normas europeas. El AG Jarabo Colomer incluso rechazó expresamente la posibilidad de recurrir a Derecho nacionales.²⁰⁶

Esta interpretación de la jurisprudencia de la Unión resulta necesariamente en que ni el art. 4.2.f) ni el art. 15 pueden incluir normas nacionales de competencia judicial, independientemente de que su aplicación supusiera una *vis attractiva* más laxa o más estricta que la prevista en los instrumentos europeos.²⁰⁷ La relación entre los Reglamentos de Insolvencia y Bruselas I crea una regulación completa y autosuficiente de *vis attractiva concursus* a nivel europeo, tanto en su vertiente positiva como negativa.

Por esa razón no puede compartirse la opinión de algunos autores que han criticado el razonamiento de la High Court inglesa en *Gibralcon* sobre la base de que “compromete la unidad y universalidad de los procedimientos concursales que el Reglamento de Insolvencia claramente persigue” y produce el aumento de tiempo y coste derivado de la potencial existencia de múltiples procedimientos en varios Estados.²⁰⁸ Sin perjuicio de la persuasión que puedan tener argumentos basados en la eficiencia procesal, esta es una crítica mal enfocada por dos razones.

Primero, porque a diferencia del principio de universalidad, el de unidad no es un objetivo primordial del Reglamento.²⁰⁹ La posibilidad de que existan acciones civiles y mercantiles fuera del foro concursal, permitida desde hace ya más de tres décadas por *Gourdain*, o la facultad de abrir procedimientos secundarios en varios Estados Miembros son clara evidencia de que el legislador ha querido permitir cierta fragmentación procedimental, sin perjuicio del incremento de recursos que ello puntualmente requiera. Segundo, porque la interpretación amplia de los arts. 4.2.f) y 15 defendida por estos autores no produce necesariamente la centralización de procedimientos, sino que somete la decisión al criterio competencial adoptado por cada Estado Miembro en su legislación concursal.²¹⁰ Como quedó demostrado

²⁰⁶ Opinión del AG Jarabo Colomer en *Seagon*, pár. 73.

²⁰⁷ La confusión sobre este punto afecta incluso a miembros del Servicio Jurídico de la Comisión Europea, como implícitamente demuestra su Informe sobre la aplicación del Reglamento de Insolvencia, *cit.*, 14, al afirmar que “El artículo 15 no plantea ningún problema grave. Parece que la mayor parte o la totalidad de los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros cuentan con una norma que da prioridad al procedimiento de insolvencia sobre los litigios o procedimientos individuales o suelen tender a hacerlo”.

²⁰⁸ G. McCormack, “European Conflicts...”, *cit.*, 13. También critica *Gibralcon*, aun sin ningún (!) argumento, la Evaluación externa, 195. A favor de la “sensatez” de *Gibralcon*, pero también con pobre justificación, vide H. Phillips, “Case Comment: *Gibraltar Residential Properties Ltd v Gibralcon 2004 SA* [2010] EWHC 2595 (TCC)” (2012) 25(5) *Insolvency Intelligence* 73, 74.

²⁰⁹ Informe Virgós/Schmit, pár. 5.

²¹⁰ Por este mismo motivo tampoco resulta válido el argumento empleado por Lord Longmore en la sentencia de la Court of Appeal en *Elektrim*, según el cual la interpretación de los arts. 4.2.f) y 15 debía contribuir a la consecución de los objetivos del Reglamento, esto es, “proteger las expectativas legítimas y la seguridad de las operaciones en

en la anterior Sección, la *vis attractiva* omnicompreensiva no es ni mucho menos la opción unánime en el territorio de la Unión. Si acaso, estos argumentos han de quedar relegados a la esfera de la política legislativa en preparación de futuras iniciativas.

Hasta que llegue ese momento, las críticas a la interpretación adoptada por el Tribunal de Justicia en la jurisprudencia analizada deberían dirigirse contra las disfunciones o incoherencias sistémicas que ésta pueda generar. Sin embargo, es en ese frente donde la combinación de la interpretación amplia de los arts. 4.2.f) y 15 defendida por estos autores con la simultánea e inevitable aplicación de las soluciones del Reglamento Bruselas I produce serias patologías de funcionamiento.

La concurrencia de regímenes competenciales potencialmente opuestos podría dar lugar a conflictos positivos y negativos de competencia, es decir, a escenarios en que el foro concursal y el tribunal de otro Estado Miembro se declaren simultáneamente competentes o incompetentes para dirimir la disputa, sin que exista ninguna aparente prelación entre las soluciones competenciales de los Reglamentos de Insolvencia y Bruselas I.²¹¹ A título de ejemplo, no resulta complicado imaginar el caso en el que en una acción civil o mercantil entablada tras la apertura del concurso, las normas del Reglamento Bruselas I dirigieran a un Estado distinto al de apertura mientras que la *lex concursus* aplicable al amparo del art. 4.2.f) estableciera la competencia del foro concursal.

78. Alternativamente, cabría también plantearse la posibilidad de que los Derechos nacionales aplicables según los arts. 4.2.f) y 15 no constituyeran normas de competencia, sino meros criterios de admisibilidad o procedibilidad, en línea con la terminología empleada por el Tribunal de Justicia en *Semiconductor*. En este asunto, el Tribunal se refirió al efecto de la *vis attractiva* de los Derechos concursales nacionales (austríaco y alemán) como una cuestión de admisibilidad distinta a la de competencia (Secciones II y III de la sentencia, respectivamente). A pesar de ser competente en virtud de las normas europeas de competencia aplicables a aquel caso, el Tribunal concluyó que parte de las reclamaciones eran inadmisibles (esto es, no procesables) porque la concepción nacional de *vis attractiva* aplicable según el art. 4.2.f)

Estados Miembros” (Considerando 24), lo que en su opinión incluía las expectativas de todos los comerciantes de que los procedimientos en los que han invertido una cantidad importante de dinero lleguen a su fin de forma satisfactoria (pár. 17). Aunque en aquel caso ese fue el resultado de la aplicación del Derecho inglés a la disputa, la aplicación de su misma interpretación del art. 15 a un escenario opuesto (con arbitraje en Polonia y concurso en Reino Unido) hubiera producido la terminación del procedimiento individual, en contra de las expectativas aparentemente protegidas por la postura de la Court of Appeal.

²¹¹ La necesidad de evitar escenarios en los que la aplicación de normas nacionales de *vis attractiva concursus* produce conflictos negativos de competencia ha sido defendida por B. Wessels, “Article 25...”, *cit.*, 141.

impedía que existieran acciones que afectaran al concursado fuera del procedimiento de insolvencia.

Podría pensarse que esta solución permite la coexistencia aparentemente pacífica entre el régimen europeo de competencia en materia civil y mercantil y la remisión del Reglamento de Insolvencia a normas nacionales de *vis attractiva*. También sería una interpretación acorde con la filosofía del *common law*, que en sede de *forum non conveniens* ha distinguido tradicionalmente entre existencia y ejercicio de competencia judicial internacional. Sin embargo, varias razones demuestran que esta opción tampoco puede acogerse.

En primer lugar, supone la calificación artificial de la *vis attractiva* como una norma ajena a la atribución de competencia judicial, lo cual contradice su propia naturaleza, que fundamentalmente establece quién es el tribunal que debe conocer de una acción que afecte al concursado.²¹² De hecho, la propia Abogada General en el caso *Semiconductor* no dudó en mencionar que el efecto de las normas de *vis attractiva* previstas en los Derechos austríaco y alemán era que “la *competencia* corresponde al órgano jurisdiccional que conoce del concurso”.²¹³

En segundo lugar, implicaría que la efectividad de las normas del Reglamento Bruselas I quedaría sujeta a reglas de origen doméstico. Ello contravendría el *effet utile* del instrumento²¹⁴ y la prohibición expresa contenida de forma general en el *Informe relativo a la aplicación del Reglamento Bruselas I en los Estados Miembros* elaborado por los Profesores Hess, Pfeiffer y Schlosser en 2007.²¹⁵ La insolvencia de una de las partes es una circunstancia irrelevante para la efectividad de los criterios atributivos de competencia de Bruselas I.

Finalmente, porque la aceptación del juego de la *vis attractiva* nacional a través del Reglamento de Insolvencia, incluso como una cuestión de admisibilidad, crearía *de facto* un nuevo criterio de atribución de competencia. En efecto, cuando en un procedimiento en curso la *lex fori processus* (art. 15 RI) impusiera la paralización de la acción y su acumulación al foro concursal, el resultado sería la desactivación de las normas del Reglamento Bruselas I y la utilización del Derecho nacional del lugar en que el procedimiento estuviera tramitándose para imponer la competencia al Estado de apertura, independientemente de cual fuera la solución

²¹² Entre otros, L. Carballo Piñeiro, “*Vis attractiva concursus...*”, *cit.*, 13-14, y A. Espiniella Menéndez, “La contratación internacional...”, *cit.*, 120, citando a J. C. Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje...*, *cit.*, 929-930.

²¹³ Opinión de la AG Kokkot de 23 de septiembre de 2004, 91 (cursiva añadida).

²¹⁴ Opinión de AG Jarabo Colomer en *Seagon*, pág. 73.

²¹⁵ *Informe relativo a la aplicación del Reglamento Bruselas I en los Estados Miembros*, elaborado por los Profesores Hess, Pfeiffer y Schlosser (Estudio JLS/C4/2005/03), publicado en septiembre 2007, 48.

establecida por la propia *lex fori concursus*.²¹⁶ Este resultado convertiría normas nacionales aparentemente referidas a admisibilidad en reglas de competencia con efecto claramente extraterritorial, en contravención con el ámbito geográfico nacional de las reglas de competencia de cada Estado e, incluso, en vulneración de su soberanía legislativa.²¹⁷ Y todo esto, claro está, de espaldas a las soluciones jurisdiccionales previstas en el Reglamento Bruselas I para esas acciones civiles y mercantiles, y que son el fruto del consenso de los Estados Miembros.

El único caso en el que el Tribunal de Justicia ha permitido la imposición de competencia en contra de la normativa concursal nacional ha sido en casos relativos a materias de naturaleza concursal, en los que la estrecha vinculación de la acción con la insolvencia de una de las partes y la necesidad garantizar la efectividad y unidad en su tratamiento permiten emplear el art. 3 RI para desplazar la legislación concursal nacional.²¹⁸ Sin embargo, ni esos objetivos ni esa naturaleza se encuentran presentes en las acciones aquí contempladas, que permanecen estrictamente en la esfera civil y mercantil.

79. Sobre estas bases se ha de concluir que la *ratio iuris* de los arts. 4.2.f) y 15 no incluye normas concursales relativas a competencia judicial o a *vis attractiva* ni tampoco puede ser empleada para introducir meros criterios de admisibilidad.²¹⁹ Es decir, estos artículos no proporcionan la respuesta a la cuestión de si es posible continuar un procedimiento judicial en curso o de si cabe entablar una nueva acción tras la apertura del concurso. Para materias civiles y mercantiles ésta es una cuestión que vendrá siempre determinada por el régimen general de competencia judicial internacional. Una mirada a la propuesta de reforma del Reglamento de Insolvencia confirma implícitamente la solución aquí mantenida. El hecho de que el propuesto art. 6 prevea que en caso de demandas que cubran conjuntamente materias concursales y

²¹⁶ Los problemas que podía generar esta imposición se apuntaban hace ya casi dos décadas, aun de forma muy breve, en M. Balz, “The European Union Convention on Insolvency Proceedings” (1996) 70(4) *American bankruptcy law journal* 485, 513.

²¹⁷ E. Schollmeyer, “§ 240 ZPO und Auslandskonkurs” (1999) *IPRax* 26, 27, citado en L. Carballo Piñeiro, *Acciones de reintegración...*, cit., 177 ya advertía de que una interpretación que permitiera recurrir a normas nacionales de *vis attractiva concursus* a través de la norma de conflicto de los artículos 4.2.f) y 15 supondría la determinación de la competencia judicial internacional de un Estado por las normas internas de otro Estado. Y el propio Informe Virgós/Schmit reconoce, aunque en sede de ejecución, que “El principio de exclusividad de la soberanía territorial impide el ejercicio directo del poder de un Estado sobre el territorio de otro. [...] La Convención no ha alterado esta norma.” (pár. 190).

²¹⁸ Por ejemplo, en *Seagon* el TJUE impuso competencia a los tribunales de Alemania respecto a una acción concursal sobre la que carecían de competencia según su normativa interna.

²¹⁹ La exclusión de concepciones nacionales de *vis attractiva* del ámbito del Reglamento de Insolvencia también se apunta con acierto en L. Carballo Piñeiro, *Acciones de reintegración...*, cit., 177; M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *The European...*, cit., 65; y B. Campuzano Díaz, *Aspectos internacionales del Derecho Concursal* (Murcia: Laborum, 2004) 195.

civiles o mercantiles el síndico podrá optar entre la competencia del *forum concursus* y la del domicilio del demandado en otro Estado Miembro, sin mención alguna a la solución de *vis attractiva* prevista en la *lex fori concursus* vía art. 4.2.f), confirma la irrelevancia de esta ley nacional a efectos de determinación de la competencia.

Y si esta es la única voluntad que cabe imputarle al legislador, y el tenor de los preceptos analizados no incluye diferenciación alguna respecto al contenido normativo que se ha de reconocer con respecto a otros tipos de procedimientos individuales, la interpretación literal y sistemática de los arts. 4.2.f) y 15 deberían llevar también a la conclusión de que sus normas no deben abarcar distintas cuestiones respecto a procedimientos arbitrales sobre materias civiles y mercantiles. Deriva de ello, por tanto, que la base argumentativa de las decisiones en *Elektrim* y en *Semiconductor* fue errónea. Tanto los tribunales ingleses como el Tribunal de Justicia recurrieron a normas de conflicto que no están diseñadas para solventar el problema planteado, a pesar de su aparente redacción. Como se verá en los siguientes epígrafes, esta interpretación no vacía de contenido los arts. 4.2.f) y 15 ni supone una derogación fáctica de los mismos, sino que restringe su ámbito normativo exclusivamente a aspectos procedimentales distintos a los jurisdiccionales o competenciales.

2. Los límites territoriales y materiales del régimen europeo de *vis attractiva*

80. La exclusión de las normas de competencia judicial internacional del ámbito normativo de los arts. 4.2.f) y 15 consagra la faceta negativa del principio de *vis attractiva* a nivel de la Unión. Cabe evaluar ahora si, como defiende una parte importante de la doctrina española, esa misma solución se puede aplicar al arbitraje internacional. Es decir, si el efecto práctico del Reglamento de Insolvencia es consagrar la plena validez y eficacia de los convenios arbitrales en materias civiles y mercantiles y la posibilidad de continuar hasta su resolución los procedimientos arbitrales en curso en el momento de la apertura del concurso.
81. Deriva de las secciones anteriores que el debate jurisdiccional y doctrinal acerca de la *vis attractiva* siempre se ha presentado como un diálogo entre el Reglamento de Insolvencia y el de Bruselas. Sin embargo, la variedad de acciones civiles y mercantiles que pueden suscitarse en relación con un deudor incurso en un procedimiento concursal regulado por el Reglamento de Insolvencia no se limita a las incluidas en el Reglamento de Bruselas, sino que en ocasiones los tribunales de los Estados Miembros tendrán que recurrir a otros regímenes de atribución de competencia internacional de origen convencional o interno. El legislador reconoce

implícitamente esta posibilidad al afirmar en el art. 25.2 RI que “el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones distintas de las contempladas en el apartado 1 se regirán por el Convenio contemplado en el apartado 1, *en la medida en que sea aplicable dicho Convenio*”. También fue un escenario aceptado por el Tribunal de Justicia en *German Graphics*, cuando determinó que podían existir acciones que no cayeran ni en el Reglamento de Insolvencia ni en el de Bruselas.²²⁰

En este sentido, la aludida ausencia de lagunas entre ambos Reglamentos está fundamentalmente condicionada a que la acción caiga *ratione materiae, personae y loci* dentro del ámbito de alguno de esos dos instrumentos. De lo contrario, será necesario atribuir la competencia de acuerdo con las normas de Derecho internacional privado de los Estados Miembros,²²¹ que complementarán a las soluciones del Reglamento de Insolvencia aplicables al concurso.

Esta limitación también es consecuencia del principio de proporcionalidad, que el propio considerando 6 RI identificaba antes de la reforma como el fundamento de que las normas de competencia judicial internacional del Reglamento queden circunscritas a las resoluciones puramente concursales y a aquellas que deriven directamente del procedimiento de insolvencia y que guarden inmediata relación con éste. Pues bien, junto con el de subsidiariedad, el de proporcionalidad es un criterio delimitador de la actividad legislativa de la Unión *vis-à-vis* los Estados Miembros. Esto es, el juego de dicho principio pretende circunscribir la acción del aparato regulador europeo a aquellos campos en los que devenga necesaria su actuación para alcanzar los fines perseguidos por la Unión, de modo que se respete la autonomía legislativa de los Estados Miembros en todos aquellos campos que no resulten imprescindibles para la consecución de esos objetivos.²²²

Sobre esta base, el Derecho originario y el tenor del considerando 6 anterior a la reforma implican que las normas de competencia no cubiertas por el Reglamento de Insolvencia se han de encontrar *a priori* en los ordenamientos nacionales. Obviamente, una parte importante de esa esfera legislativa de los Estados para acciones no concursales ha sido ocupada por otros instrumentos europeos en búsqueda de otros intereses ajenos a los propios del Reglamento de Insolvencia. El Reglamento Bruselas I constituye el principal ejemplo. Pero esto no implica que la lógica subyacente a dicho principio no deba de seguir operando con respecto a aquellas

²²⁰ *German Graphics*, pár. 17.

²²¹ Informe Virgós/Schmit, pár. 45 y M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *The European...*, cit., 142.

²²² Art. 5 Tratado de la Unión Europea.

acciones civiles y mercantiles que no estén cubiertas por instrumentos de la Unión, cuya competencia continuará siendo determinada por Derecho nacional. Aunque nadie duda de la deficiencia de la técnica legislativa empleada, éste no es un resultado que pueda simplemente ser considerado como imprevisto por el sistema.²²³

82. La determinación del régimen de *vis attractiva* aplicable a las acciones civiles y mercantiles que surjan fuera del marco Bruselas I requiere establecer previamente si el rechazo a la *vis attractiva* omnicomprendiva vigente en el plano europeo es una norma contenida en el Reglamento de Insolvencia, y por tanto aplicable a todas las acciones civiles o mercantiles relacionadas con el concurso independientemente del régimen de competencia judicial internacional al que se sometan, o si, por el contrario, es una regla inserta en el marco de competencia judicial internacional propio del Reglamento Bruselas I. Solo esta segunda opción puede prosperar.

La posibilidad de comenzar y continuar acciones sujetas al régimen de Bruselas sin perjuicio de la insolvencia de una de las partes, esto es, la faceta negativa de la *vis attractiva*, no fue introducida por el Reglamento de Insolvencia. En el año 2000 esa solución ya contaba con más de treinta años de existencia, pues fue la sentencia *Gourdain* la que confirmó que la exclusión del art. 1.2.II del Convenio de Bruselas no cubría todas las acciones que involucraran a una parte concursada, sino que solo afectaba a aquellas pretensiones que derivaran directamente de la quiebra. Es decir, desde la entrada en vigor del Convenio todos los Estados de la Unión estaban obligados a aceptar la competencia para resolver aquellas acciones y a reconocer las resoluciones derivadas de esos procedimientos cuando así lo estableciera el Convenio, independientemente del régimen de *vis attractiva* previsto en sus Derechos nacionales con respecto a las mismas. En otras palabras, no era necesario unificar el régimen de Derecho internacional privado para concursos internacionales en el territorio de la Unión para poder afirmar que los Estados Miembros habían rechazado (quizá inconscientemente) la competencia plenipotenciaria del foro concursal.

83. El régimen ha permanecido inmutado con la entrada del Reglamento de Insolvencia, cuyo silencio solo ha servido para confirmar (pero no para crear) dicha exclusión de una *vis attractiva* amplia. Idéntica ha sido la función de la jurisprudencia posterior del Tribunal de Justicia, que ha recurrido a la doctrina sentada ya en *Gourdain* para consolidar y dar contenido a la regla implícita en el Convenio de Bruselas y en el Reglamento Bruselas I. Lo único que

²²³ Como afirma G. McCormack, "European Conflicts...", *cit.*, 13.

ha cambiado tras la entrada en vigor del Reglamento de Insolvencia es que cuando una materia tiene naturaleza concursal de acuerdo con el test *Gourdain*, el resultado no consiste únicamente en la exclusión del régimen Bruselas sino también en la atribución de la competencia exclusiva al Estado de apertura. El régimen para las acciones civiles y mercantiles, en contra, es una mera continuación de la solución previamente vigente. El caso de Dinamarca permite confirmar este argumento.

El país danés está vinculado por las normas del Reglamento Bruselas I,²²⁴ mientras que no es parte del Reglamento de Insolvencia. Sin embargo, las normas del primero y su primacía sobre el Derecho interno bastarían para obligar a los tribunales daneses a conocer de una acción civil o mercantil que implicara a una parte sujeta a concurso en otro Estado Miembro. Carecería de relevancia que la regulación de *vis attractiva* en Dinamarca y en el Estado de apertura previeran la concentración de acciones y que el Reglamento de Insolvencia no se aplicara por los tribunales daneses para reconocer la insolvencia proveniente del otro Estado Miembro. Igualmente, en un concurso abierto en Dinamarca, el régimen de *vis attractiva* reducida previsto en el Reglamento Bruselas I impondría sus criterios de competencia sobre normas nacionales aunque el reconocimiento y efectos de la insolvencia danesa no vinieran determinados por el Reglamento de Insolvencia sino por la normativa interna de cada Estado para concursos transfronterizos.

84. No cabe duda de que el legislador de la Unión podría haber aprovechado el Reglamento de Insolvencia para expandir la regla de *vis attractiva* también a las acciones civiles y mercantiles excluidas del Reglamento Bruselas I. Sin embargo, el articulado no incluye referencia a ningún otro régimen de competencia judicial internacional²²⁵ y, de hecho, cuando algunos autores hablan de la inadmisibilidad de la *vis attractiva* completa en el plano internacional, sus afirmaciones vienen expresamente referidas a procedimientos judiciales individuales frente a otros Estados Miembros y cubiertos por el sistema Bruselas.²²⁶ Interpretar el silencio del legislador como una extensión de la regla de *vis attractiva* a todas las acciones que afecten al deudor independientemente del régimen de competencia judicial internacional al que se

²²⁴ Aunque Dinamarca decidió originalmente no adherirse al Reglamento Bruselas I, el 19 octubre 2005 firmó un acuerdo con la UE por el que se sometía a las disposiciones del Reglamento (*DOUE* L 299-62, de 16 noviembre 2005). El 27 abril 2006, el acuerdo fue aprobado en nombre de la UE mediante la Decisión del Consejo 2006/325/CE (*DOUE* L 120-22, de 5 mayo 2006), que entró en vigor el 1 julio 2007.

²²⁵ Así lo reconoce la Evaluación externa, 167 y se deduce del Informe Virgós/Schmit, pár. 77.

²²⁶ M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *The European...*, cit., 141-142.

sometan quebrantaría el mencionado principio de proporcionalidad, excedería el acuerdo de los Estados Miembros e ignoraría la limitación material y territorial del Reglamento.²²⁷

En efecto, el rechazo de una *vis attractiva* más amplia tiene como requisito previo el conocimiento y el consenso entre los Estados acerca de las reglas de atribución de competencia que los tribunales distintos al de apertura emplearán para dichas acciones individuales. Este acuerdo solo se ha dado entre los Estados Miembros con respecto a las materias cubiertas por el Reglamento Bruselas I,²²⁸ por lo que en ausencia de evidencia positiva de ningún otro consenso es imposible presumir la relación de confianza mutua que tanto el legislador como el Tribunal de la Unión han invocado repetidamente como sustrato del régimen competencial europeo. La riqueza de soluciones de *vis attractiva* presente en los distintos Estados para materias excluidas del sistema Bruselas es prueba de ello. Las mismas razones llevan a concluir que la inclusión de un art. 6 por la propuesta de reforma en el que se consagra la *vis attractiva* atenuada en el Reglamento de Insolvencia no puede servir para justificar su extensión a todas las acciones, ya que el precepto sigue haciendo referencia exclusivamente a la faceta positiva de la norma y, cuando nombra acciones no concursales (apartados 2 y 3), lo hace exclusivamente en el contexto del Reglamento Bruselas I.²²⁹

La actual heterogeneidad de soluciones entre los Estados Miembros también excluye los argumentos que, aun reconociendo el silencio del legislador, apoyan una aplicación analógica de la *vis attractiva* europea a otras acciones civiles y mercantiles. El propio Tribunal de Justicia ya estableció en relación con el Convenio de Bruselas que la extensión analógica de sus soluciones a escenarios no cubiertos por él requería de antemano principios comunes que deriven del “cuerpo de Derechos nacionales de todos los Estados Miembros”,²³⁰ algo que no se da en el presente caso.

²²⁷ La necesidad de interpretar las normas de los instrumentos europeos de forma que no generen incoherencias sistemáticas entre ellos ha sido mencionada por el Tribunal de Justicia en Asuntos como C-251/12 (*Christian van Buggenhout e Ilse van de Mierop (administradores concursales de Grontimmo SA) v Banque Internationale à Luxembourg*) [2013] Rec. I-0000, párs. 26-27; C-533/08 (*TNT Express Nederland*) [2010] Rec. I-4107, pár. 44; o C-803/79 (*Roudolff*) [1980] Rec. I-2015, pár. 7.

²²⁸ La limitación se este acuerdo a las acciones judiciales frente a Estados Miembros también la aceptan autores como C. G. Paulus, “The ECJ’s understanding...”, *cit.*, 71 (con referencia a que la base competencial del art. art. 81.2.a) y c) TFUE imponen este límite); B. Wessels, “Revision of the EU...”, *cit.*, 99; K. Pannen, “Article 1” en K. Pannen (ed.), *European Insolvency Law...*, *cit.*, 19, 47; V. Marquette y C. Barbé, “Council Regulation (EC) No. 1346/2000. Insolvency Proceedings in Europe and Third Countries. Status and Prospects” en A. Nuyts y N. Watté (eds.), *International Civil Litigation in Europe and Relations with Third States* (Bruselas: Bruylant, 2005) 419, 425; e, incluso, el propio I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso...*, *cit.*, 65-66.

²²⁹ T. Linna, “Actio Pauliana...”, *cit.*, 80-82.

²³⁰ Asunto 29/76 (*LTU Lufttransportunternehmen GmbH & Co KG v Eurocontrol*) [1976] Rec. I-1541, pár. 3.

Finalmente, ni siquiera la remisión a los principios de eficiencia y rapidez invocados por el Tribunal de Justicia en *Schmit* para justificar la extensión de la *vis attractiva* positiva a demandados domiciliados de la Unión puede prosperar como motivación para extender la faceta negativa de la *vis attractiva* a todas las acciones civiles y mercantiles. Primero, porque, como se ha dicho, no es una norma que emane del Reglamento de Insolvencia ni que derive indirectamente de la aplicación del mismo. Todo lo contrario, entra en juego cuando la materia queda excluida de sus normas de competencia. Y, segundo, porque el razonamiento del Tribunal en *Schmit* estaba referido en todo momento a competencias exclusivas, esto es, a aquellas que tienen carácter puramente concursal o vienen directamente relacionadas con la insolvencia. Las ventajas de eficiencia producidas por la tramitación conjunta de estas materias no se reproducen en las acciones civiles y mercantiles, como demuestra el hecho de que el Reglamento Bruselas I permita su resolución de forma autónoma. En esos casos ni siquiera la previsibilidad es un objetivo fundamental, al coexistir una pluralidad de foros (general, especiales y sumisión) que posibilitan la atribución de competencia a varios órganos jurisdiccionales incluso después de la apertura de la insolvencia.

85. Todos estos argumentos llevan a la conclusión de que la aplicación de regímenes de competencia distintos al Reglamento Bruselas I comporta asimismo la aplicación de su propia concepción de *vis attractiva concursus*, tanto en sede judicial como arbitral. Los Profesores Virgós y Garcimartín son claros al respecto:

“Cuando las *reglas ordinarias* de competencia internacional del Derecho nacional sean aplicables (p. ej. porque el demandado no esté domiciliado en un Estado Miembro), ese Derecho nacional podrá proporcionar la *vis attractiva* del juez concursal. Dado que es una disputa excluida tanto del art. 3 como del 25.II RI, esta solución no entrará en contradicción con las normas del Reglamento de Insolvencia.”²³¹

Este es punto fundamental ignorado por Heredia y los autores que le siguen cuando defienden que el régimen de *vis attractiva* del Reglamento mantiene la validez y eficacia de los convenios arbitrales y permite la continuación de los procedimientos arbitrales en curso. No es posible argumentar esta postura con una simple referencia al rechazo de la *vis attractiva* por parte del Reglamento de Insolvencia y la mera afirmación de que “No hay ninguna razón para tratar de forma diferente las cláusulas de sumisión a tribunales estatales y a los convenios

²³¹ M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *The European...*, cit., 63 e, idem, en 142. Cursiva según original. Traducción del autor.

arbitrales”.²³² Quizá no existan razones desde un punto de vista de política legislativa, pero sí las hay, y sólidas, desde un punto de vista positivo.

86. Ello requerirá, por tanto, analizar la regulación de *vis attractiva* en el marco de cada régimen de competencia internacional. Más allá de sistemas nacionales, todos los Estados Miembros comparten su pertenencia al Convenio de Lugano,²³³ que extiende su ámbito de aplicación también a Suiza, Noruega e Islandia. Es una cuestión pacífica que el sistema de competencia judicial internacional diseñado para el territorio Lugano es “paralelo” a las normas de Bruselas, y que el objetivo de dicho Convenio ha sido en todo momento armonizar plenamente los regímenes bajo ambos instrumentos.²³⁴ De hecho, el Preámbulo del Convenio de Lugano declara que el texto persigue la “extensión de los principios establecidos en el Reglamento (CE) 44/2001 a las Partes contratantes del presente instrumento”. Incluso el principio de confianza mutua que inspira las normas de Bruselas está también presente en el sistema de Lugano, respecto al cual el Informe Pocar subraya “la firme confianza existente entre los Estados vinculados por el Convenio”.²³⁵

Asimismo, el Protocolo número 2 del Convenio de Lugano, relativo a la “interpretación judicial uniforme” reconoce que el Convenio constituye una parte integrante de las normas jurisdiccionales de la Unión y que, en consecuencia, el TJUE es competente para pronunciarse sobre la interpretación de sus disposiciones en lo que respecta a su aplicación por los tribunales de los Estados Miembros, instando además a los tribunales nacionales de los Estados del territorio Lugano a que interpreten el Convenio a la luz de la jurisprudencia emanada por TJUE tanto respecto al propio Convenio como a los instrumentos de Bruselas.²³⁶ Sin lugar a dudas, esta jurisprudencia incluye el asunto *Gourdain*, relativo a la exclusión de “la quiebra,

²³² I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso...*, cit., 95-96. Sorprende que siendo este un punto fundamental para el argumento de Heredia esta breve frase sea el único razonamiento (si avanzar la conclusión constituye en sí mismo un razonamiento) empleado por el autor para justificar la equiparación de trato entre cláusulas jurisdiccionales y convenios arbitrales. La referencia que hace el autor en nota a pie a la Ley Modelo UNCITRAL como refrendo de su postura resulta desacertada, pues la Ley Modelo es de naturaleza sustancialmente distinta al RI y, por tanto, es si acaso comparable con la Ley Concursal de cada Estado, pero no con respecto a un instrumento trasfronterizo que restringe su ámbito a la esfera competencial de su legislador (la UE).

²³³ Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, cuya segunda versión fue firmada en Lugano, el 30 de octubre de 2007 (*DOUE* núm. L 147, 10-VI-2007).

²³⁴ Asimismo, el Informe explicativo del Convenio de Lugano realizado por el Profesor Fausto Pocar, 2009/C 319/01, *DOUE* de 23 diciembre 2009, (Informe Pocar) reconoce que “con el fin de armonizar plenamente ambos” instrumentos sus regímenes son “paralelos”.

²³⁵ Informe Pocar, pár. 21.

²³⁶ Art. 1.1 del Protocolo núm. 2 del Convenio de Lugano. Vide también Informe Pocar, pár. 12.

los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos” presente en ambos instrumentos.

Se deriva de la equivalencia descrita entre los regímenes de Bruselas y Lugano que el Convenio de Lugano es igualmente portador de la faceta negativa de la *vis attractiva*. El hecho de que el art. 25.2 RI no haga referencia al Convenio de Lugano no puede obstaculizar esta interpretación, ya que, como ya quedó dicho, el Reglamento de Insolvencia no es el origen de la faceta negativa de la *vis attractiva* a nivel de la Unión, sino un mero refrendo de la misma.²³⁷

Esto implica que un juez concursal localizado en un Estado Miembro no podrá oponerse a la existencia de acciones individuales que afecten al deudor ante tribunales de Suiza, Noruega, Liechtenstein o Islandia cuando la acción caiga dentro del ámbito del Convenio de Lugano. Igualmente, estará obligado a reconocer la resolución resultante de acuerdo con el régimen favorable previsto en el Convenio. Incluso más, la aceptación de competencia a favor de los tribunales de esos Estados no miembros no podrá verse afectada por sus concepciones nacionales de *vis attractiva*, ya que el carácter imperativo de las normas del Convenio una vez adoptadas en cada Estado obliga a sus tribunales a conocer del asunto si se dan los requisitos previstos por las mismas. El hecho de que el Reglamento de Insolvencia no se aplique en el territorio Lugano externo a la Unión no implica que cada uno de esos Estados no miembros pueda alterar la aplicación de los criterios de atribución de competencia del Convenio según el efecto otorgado por sus normas de Derecho internacional privado a la insolvencia abierta en la Unión. Como ocurría con el Reglamento Bruselas I, la insolvencia de una de las partes es una circunstancia irrelevante para el funcionamiento de las normas de competencia y de reconocimiento del Convenio de Lugano.

En los casos también excluidos de este Convenio será necesario acudir al régimen convencional y autónomo propio de cada Estado. En el caso español, este consistirá en el Convenio bilateral con El Salvador²³⁸ y las reglas de atribución de competencia contenidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial²³⁹ y en la Ley Concursal.²⁴⁰ Sin perjuicio del estudio del caso español en el próximo Capítulo, es posible afirmar que la sintonía entre el Reglamento

²³⁷ El autor no duda, sin embargo, de la conveniencia de un pronunciamiento confirmatorio del TJUE en este respecto.

²³⁸ Tratado entre el Reino de España y la República de El Salvador sobre competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Madrid, el 7 noviembre 2000 (*BOE* núm. 256, de 25 octubre 2001),

²³⁹ Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial (*BOE* núm. 157, de 2 julio 1985, corr. en *BOE* núm. 264, de 4 noviembre 1985).

²⁴⁰ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (*BOE* núm. 164, de 10 Julio 2003).

de Bruselas y el Convenio bilateral con El Salvador permiten defender el mismo régimen de *vis attractiva* mantenido *supra* con respecto al Convenio de Lugano.

87. Por su parte, el arbitraje internacional también es un mecanismo excluido del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I. El proceso de refundición del régimen Bruselas en el Reglamento 1215/2012 así lo ha confirmado. Por tanto, las normas de atribución de competencia y de reconocimiento propias de la esfera arbitral deberán mantener su vigencia en concursos cubiertos por el Reglamento de Insolvencia.²⁴¹ Según cada Estado, estas normas habrá que encontrarlas en los convenios internacionales que haya podido ratificar, como la Convención de Nueva York²⁴² o el Convenio de Ginebra,²⁴³ o, en su defecto, en la normativa arbitral interna.²⁴⁴ La inoperatividad del sistema Bruselas en arbitraje produce igualmente la inaplicación de su faceta negativa de *vis attractiva concursus*. Dado el absoluto silencio de estos convenios con respecto a la interacción entre arbitraje e insolvencia,²⁴⁵ la respuesta habrá que identificarla en el régimen interno de cada Estado.

3. El tratamiento del arbitraje internacional en el Reglamento de Insolvencia

88. Tras la exposición de las doctrinas imperantes respecto a la regulación de la interacción entre el arbitraje internacional y el marco concursal europeo, llega el momento de proponer un régimen alternativo.

²⁴¹ Carece de base jurídica intentar argumentar que el régimen favorable de reconocimiento y ejecución del art. 25 RI debería interpretarse de forma amplia para incluir también a laudos emitidos por tribunales arbitrales, como han defendido M. V. Benedetelli, “Cross-border insolvencias...”, *cit.*, 810 y G. C. Giorgini, “Arbitrage et...”, *cit.*, 269-270.

²⁴² Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 junio 1958 (*BOE* núm. 164, 11 julio 1977). Contiene normas de reconocimiento y ejecución de convenios y de laudos arbitrales.

²⁴³ Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra, el 21 abril 1961 (*BOE* núm. 238, 4 octubre 1961). Contiene normas de competencia en cuanto reconocimiento y ejecución de convenios arbitrales.

²⁴⁴ En España, la Ley 60/2003, de 23 diciembre, de Arbitraje (*BOE* núm. 309, de 26 diciembre 2003).

²⁴⁵ La doctrina es unánime en este punto. Vide, por todos, M. F. Martín Moral, “Impugnación de convenios y procedimientos arbitrales fraudulentos” (2013) 20(2) *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 291, 296; P. Martínez-Gijón Machuca, “Efectos de la declaración de concurso sobre los convenios, los procedimientos y los laudos arbitrales” (2012) 27(1) *Anuario de Derecho Concursal* 49, 69-71; R. Bellido Penadés, “Artículo 52: Procedimientos arbitrales” en E. Beltrán Sánchez y A. Rojo Fernández-Río (coord.) *Comentario de la Ley concursal* (Cizur Menor: Civitas, 2004) Vol. 1, 1013, 1014; P. Perales Viscasillas, “Los efectos del concurso sobre los convenios arbitrales en la Ley Concursal 22/2203 (I)” (2004) 6035 y 6036 *Diario La Ley* 1838, 1845; y J. M. Asencio Mellado, “Artículo 53. Sentencias y laudos firmes” en E. Gallego Sánchez (coord.), *Ley Concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios* (Las Rozas: La Ley, 2002) 644, 645.

a. *El arbitraje como contrato y el tratamiento conflictual de la vis attractiva*

89. Si la conclusión del epígrafe Sección anterior era la necesidad de acudir a concepciones nacionales de *vis attractiva concursus* para determinar la posibilidad de comenzar o continuar un procedimiento arbitral tras la apertura del concurso, el primer paso del análisis requiere ineludiblemente identificar qué noción de *vis attractiva concursus* es aplicable a esta cuestión. ¿La de la sede del arbitraje? ¿La del *forum concursus*? ¿Cambia la respuesta según el estado del arbitraje, en curso o por comenzar? La inadecuación de los arts. 4.2.f) y 15 para responder a estas preguntas no implica que el Reglamento carezca de otras normas que puedan ser de aplicación. Ello demanda, no obstante, cambiar el enfoque de la cuestión para adaptarse a las peculiaridades operativas del arbitraje.

El principio de *vis attractiva* no opera de igual forma en sede judicial que en sede arbitral. Mientras que la vía judicial puede activarse de forma unilateral y sin previo concierto entre los litigantes, el arbitraje tiene como presupuesto constitutivo la existencia de un acuerdo de sumisión voluntariamente concluido por las partes en ejercicio de la potestad dispositiva que cada una de ellas ostenta sobre los bienes y derechos que componen su esfera privada. Por tanto, lo que la *vis attractiva* determina en esos casos es si la declaración concursal afecta a la ejecutabilidad de las obligaciones de arbitrar y de someterse al resultado firme estipulado en el laudo. En definitiva, si convenio arbitral concluido por los contratantes permanece válido y operativo independientemente de la insolvencia de uno de ellos. Sin ello no puede existir competencia arbitral. Desde esta perspectiva, la *vis attractiva* actúa como criterio modulador de la eficacia del principio de *pacta sunt servanda*, lo que enfatiza la faceta contractual de las cláusulas compromisorias.

90. La posibilidad de recurrir a la vertiente contractual de los convenios arbitrales con el propósito de determinar el régimen aplicable a los efectos del concurso sobre el arbitraje comercial ya fue considerada por la High Court inglesa en *Elektrim*. De hecho, Christopher Clarke J rechazó la división entre contratos sustantivos y contratos procesales y defendió que el art. 4.2.e) RI debería aplicarse a todos ellos sin distinción,²⁴⁶ aunque acabó concluyendo que en el caso de arbitrajes en curso el art. 15 proporcionaba una *lex specialis* que debía prevalecer. La misma conclusión ha sido defendida por algunos autores.²⁴⁷ Por su parte, la Court of Appeal, aun

²⁴⁶ *Elektrim* [2008] EWHC 2155 (Comm), pár. 99.

²⁴⁷ M. V. Benedetelli, “Cross-border insolvencies...”, *cit.*, 801 y M. Robertson, “Cross-border insolvency...”, *cit.*, 131. La misma lógica se ha aplicado en algunas ocasiones en Estados Unidos. Vide S. L. Bufford, L. DeCarl Adler, S. B. Brooks y M. S. Krieger, *International Insolvency* (Nueva York: Federal Judicial Center, 2001) 44: “the right to arbitrate is itself a contractual right that is subject to alteration in a reorganization plan, foreign or

reconociendo la naturaleza contractual que en Derecho inglés tienen los convenios arbitrales, estimó que en caso de procedimientos en curso la efectividad de la norma del art. 15 exigía la exclusión del art. 4.2.e), sin perjuicio de que en su parecer ese precepto fuera plenamente aplicable a convenios arbitrales antes de ser activados.²⁴⁸ Esto es, optó por un régimen que *de facto* produce una mutación de la naturaleza y tratamiento de los convenios arbitrales según hayan dado lugar a un procedimiento arbitral (naturaleza jurisdiccional y sumisión al art. 15) o todavía se encuentren “durmientes” (naturaleza contractual y sumisión al art. 4.2.e). La Court of Appeal no explicó ni la base positiva para esta interpretación sesgada del art. 4.2.e) ni su compatibilidad con el art. 4.2.f)...²⁴⁹

Las conclusiones alcanzadas en las secciones anteriores demuestran el error de estos razonamientos. Si los arts. 4.2.f) y 15 no cubren materias relativas a la competencia arbitral, sino solo cuestiones procedimentales,²⁵⁰ no puede producirse ningún solapamiento entre los preceptos del Reglamento que obligue a identificar una *lex specialis* sobre otra *lex generalis*. Como se verá, las soluciones contenidas en los arts. 4.2.f) y 15 y el art. 4.2.e) no son alternativas sino complementarias.

91. Los defensores de la inclusión del arbitraje en el régimen europeo de *vis attractiva concursus*, como el Profesor Heredia, también coinciden en reconocer que las cláusulas arbitrales tienen una innegable naturaleza contractual.²⁵¹ Sin embargo, sabedores de que ello implica la sumisión de la cuestión al régimen de la ley concursal nacional en virtud del art. 4.2.e), también acaban rechazando la utilidad de esta faceta y defienden la primacía de la vertiente jurisdiccional del arbitraje. Con ello mantienen la “liberación” del compromiso arbitral. El desacierto de ese razonamiento no solo viene motivado por la ya demostrada inexistencia de un régimen europeo de *vis attractiva* que cubra todos los escenarios jurisdiccionales, sino también por la imprecisión de su justificación. Estos autores recurren al principio *kompetenz-kompetenz* para demostrar la existencia de una “realidad extraconcursal” (imperativa para el régimen concursal) según la cual la vertiente jurisdiccional prima de forma indubitada sobre la contractual.²⁵²

domestic”, con cita a la Sentencia del Juez Concursal del Southern District of New York en *In re Board of Dirs. of Hopewell Int’l Ins. Ltd.*, 238 B.R. 25, 61–66 (1999).

²⁴⁸ *Syska & Elekrtrim v Vivendi Universal* [CA], párs. 16 y 31.

²⁴⁹ R. Millet, “Cross-border insolvency and arbitration: a collision of spheres” (2011) 5(1) *Dispute Resolution International* 113, 117-118 también identifica esta tensión y propone, aun con menos detalle, una interpretación similar a la aquí defendida.

²⁵⁰ Para la función de los arts. 4.2.f) y 15 en esta encrucijada vide el siguiente apartado.

²⁵¹ I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso...*, cit., 26.

²⁵² *Id.*, 88.

Sin perjuicio de que dicho principio pueda, entre otras cosas, reflejar la naturaleza (también) jurisdiccional de los convenios arbitrales, éste no constituye argumento válido para desactivar el art. 4.2.e). La regla de *kompetenz-kompetenz* determina quién (o quiénes) son competentes de forma prioritaria para decidir sobre la validez y eficacia de un acuerdo arbitral y el nivel de vinculación que esa decisión despliega sobre otros tribunales que puedan enfrentarse a esa cuestión en un momento posterior. Sin embargo, ello no obsta para que, independientemente de la identidad del tribunal competente, el art. 4.2.e) indique la ley que tendrá que ser aplicada por ese tribunal para determinar el efecto de la apertura del concurso sobre el convenio y, por ende, sobre la competencia de los árbitros.²⁵³

Continúa Heredia argumentando que en esa “realidad extraconcursal” el tratamiento de los convenios arbitrales “lisa y llanamente [...] difiere sustancialmente del que se otorga el resto de los contratos”, y concluye que “esto es algo que las reglas concursales de todos los Estados tienen generalmente muy claro” (citando a Francia, Suiza y Estados Unidos).²⁵⁴ Pues bien, ni ese tratamiento diferenciado está tan claro en todos los Estados ni esa aparente realidad arbitral es necesariamente trasladable al régimen concursal.

Por una parte, los tres ejemplos proporcionados por Heredia no son representativos de un tratamiento uniforme en el seno de la Unión. Más allá del hecho de que solo uno de los tres países mencionados es Estado Miembro, basta detenerse por un momento en los casos de Italia y Reino Unido para comprobar que los convenios arbitrales se adscriben al régimen general de los contratos en cuanto a su supervivencia y efectividad tras la declaración concursal. Aunque en ambos casos se parte de la vigencia de los convenios, el devenir de los mismos viene siempre marcado por el del contrato en que se contiene. Esto es, cuando la administración concursal decide poner fin al contrato principal, los ordenamientos italiano e inglés prevén que el convenio arbitral e incluso los procedimientos arbitrales pendientes también podrán darse por concluidos.²⁵⁵ No cabe duda de que si el Reglamento de Insolvencia realmente prescribiera de forma omnicomprendensiva el rechazo a la *vis attractiva* y prescribiera

²⁵³ Otra cosa, sin lugar a dudas, es el nivel de garantía existente en que un tribunal arbitral aplique o se vea obligado a aplicar la regla del art. 4.2.e) (y el RI en general) para analizar esa cuestión. Vide sobre este aspecto el Capítulo IV.

²⁵⁴ Todas ellas en I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso...*, cit., 88-89.

²⁵⁵ En Italia este régimen se contiene expresamente en el art. 83 bis de la *Legge Fallimentare* según la redacción dada por la reforma de 2006. En el Reino Unido, la jurisprudencia ha entendido que esta es la consecuencia que deriva de las secs. 178(3)(a) y 349A *Insolvency Act* 1986. Con más detalle respecto a esta problemática en España y en los Estados mencionados vide el Capítulo III.B.2.b.

el mantenimiento de los acuerdos jurisdiccionales válidamente acordados por las partes, estos dos regímenes nacionales colisionarían frontalmente con el Derecho de la Unión.

Por otra parte, la realidad descrita por esos autores, caso de existir, no sería trasladable a la esfera concursal, pues el Reglamento de Insolvencia, y principalmente sus arts. 3 y 15, carecen de norma de competencia alguna referida directa o indirectamente al arbitraje. Esto es, la faceta jurisdiccional de los convenios arbitrales no es normativamente incardinable en el Reglamento.

92. Resulta fundamental subrayar que optar por la norma de conflicto propia de obligaciones contractuales no implica, en modo alguno, rechazar la vertiente jurisdiccional del arbitraje, ni defender la supremacía de una faceta sobre la otra. No cabe duda de que las dos son partes constitutivas e indispensables de la naturaleza híbrida de la institución arbitral, más allá de la política que cada Estado Miembro haya adoptado la respecto. Lo que aquí se plantea es la posibilidad de recurrir a la innegable faceta contractual de los convenios arbitrales con el fin de someterlos al régimen conflictual previsto en el Reglamento de Insolvencia. Algo que alternativamente también se podría conseguir mediante la mera invocación de la regla general del art. 4.1 RI.²⁵⁶ De lo contrario, la demostrada ausencia de régimen alternativo en el Reglamento implicaría la exclusión plena de los convenios arbitrales del ámbito normativo del Reglamento y, por tanto, la desconcertante ausencia de una norma que permita identificar la concepción nacional de *vis attractiva* que ha de aplicarse cuando el deudor concursado sea parte de una cláusula arbitral.²⁵⁷

Por tanto, el recurso al art. 4.2.e) tampoco implica atribuir al legislador de la Unión una decisión firme y consciente de considerar los convenios arbitrales como figuras contractuales, ni tampoco pretende imponer esta filosofía sobre el régimen arbitral de los Estados

²⁵⁶ Es decir, y esto es importante, incluso si se rechazara la opción de subsumir los convenios arbitrales en el art. 4.2.e), el mismo resultado podría alcanzarse, dada la probada ausencia de excepción que se refiera a ellos, invocando la regla general del art. 4.1 a favor de la *lex fori concursus*. Así lo defienden, aun con escasa justificación, J. Chuah, “Resolving...”, *cit.*, 442 y P. Wagner, “When International...”, *cit.*, 59. También fue la interpretación adoptada por el Laudo final de 15 enero 2008 dictado por un tribunal arbitral constituido bajo el auspicio de la Arbitration Court anexa a la Economic Agricultural Chambers of the Czech Republic and Agricultural Chamber of the Czech Republic (Asunto Rsp 135/2006), explicado y refrendado por A. J. Bělohávek, “Impact of insolvency of a party on pending arbitration proceedings in Czech Republic, England and Switzerland and other countries” (2010) *Yearbook on International Arbitration* 145, 150 y 160. Paradójicamente, en este caso la parte demandada también la ocupaba la sociedad polaca Elektrim.

²⁵⁷ La necesidad de interpretar el Reglamento de forma que se contribuya al *effet utile* de sus normas ya fue defendida por el Tribunal de Justicia en *Seagon*, pár. 21, y recientemente en *C-327/13 (Burgo Group SpA v Illochroma SA et al.)* [2014] Rec. I-2158, pár. 46.

Miembros.²⁵⁸ Esta solución se invoca exclusivamente a los efectos del Reglamento, que permite adoptar una interpretación autónoma de conceptos jurídicos con el fin de garantizar la aplicación efectiva y uniforme de sus normas y sin comprometer interpretaciones nacionales. Así lo permite expresamente el Informe Virgós/Schmit,²⁵⁹ en línea con una consolidada línea jurisprudencial del Tribunal de Justicia.²⁶⁰

Asimismo, el mantenimiento de los regímenes propios de cada Estado con respecto a la naturaleza jurídica de los convenios arbitrales implica que, una vez dentro de la normativa concursal declarada aplicable por el art. 4.2.e) RI, se acudirá a la regulación específica que se dé al arbitraje comercial en ese orden normativo, independientemente de la calificación practicada a efectos del Reglamento.²⁶¹ Es decir, si en el caso *Elektrim* el art. 142 de la Ley concursal polaca reposa sobre una concepción jurisdiccional del arbitraje,²⁶² será plenamente aplicable siempre que el art. 4.2.e) RI remitiera al Derecho polaco. Esta práctica no genera ningún tipo de “incoherencia inaceptable de nuestro sistema concursal”.²⁶³ En la teoría general del Derecho internacional privado, la doctrina clásica mayoritaria defiende que cuando la aplicación de la norma de conflicto en virtud de una determinada calificación conduce a una ley extranjera, la determinación del precepto concreto dentro de esa ley se ha de realizar de acuerdo con la calificación que ese ordenamiento declarado aplicable prevea para la situación jurídica concreta.²⁶⁴ Solo así se garantiza la aplicación del Derecho extranjero de acuerdo a como lo aplicaría el juez foráneo, lo que de acuerdo con algunos Estados es un mecanismo adicional de cortesía hacia los países vecinos.²⁶⁵

²⁵⁸ Este riesgo llevó a los autores de la Evaluación externa, 254, a la decepcionante solución de no pronunciarse sobre el tema ni desde la perspectiva de *lege lata* ni de *lege ferenda*. Su contribución se ciñe a apuntar la existencia de dudas (sin decir cuáles) sobre la viabilidad de la propuesta.

²⁵⁹ Informe Virgós/Schmit, pár. 43. Así se pronuncian también con respecto al art. 4 en particular K. Pannen y S. Riedemann, “Article 4” en K. Pannen (ed.), *European Insolvency Law...*, cit., 198, 206 citando a P. Mankowski y a C.G. Paulus.

²⁶⁰ Vide las Sentencias del TJUE en los Asuntos C-56/79 (*Zelger v Salitrini*) [1980] Rec. I-89, pár. 102 y C-12/76 (*Tessili v Dunlop*) [1976] Rec. I-1473, 1495.

²⁶¹ Así lo defiende, en general, S. Kolmann, “Thoughts on the governing insolvency law” en INSOL Europe, *The future of the European Insolvency Regulation* (Amsterdam, 2011) 1, 9.

²⁶² Como así es según R. Kulski, “The legal nature of procedural agreements” en *Panstwo i Prawo* (Varsovia: Styczen, 2002) 58, 59 y J. Ciszewski y T. Erecinski, *Commentary to the Code of Civil Procedure* (Varsovia: Lexis Nexis, 2006) 367.

²⁶³ I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso...*, cit., 91.

²⁶⁴ C. Esplugues Mota, J. L. Iglesias Buigues y G. Palao Moreno, *Derecho Internacional Privado* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014) 8ª ed., 289; A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado* (Granada: Comares, 2014) 15ª ed., Vol. I, 410 con cita de abundante literatura clásica; y L. Collins (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws* (Londres: Sweet & Maxwell, 2012) 15ª ed., vol. 2, pár. 2-006. Así lo explica también el AG Szpunar en su Opinión para el Asunto C-557/13 (*Hermann Lutz v Elke Bäuerle, en calidad de administradora concursal de ECZ Autohandel GmbH*), pár. 34.

²⁶⁵ Vide en el Reino Unido, *Macmillan* [1996] 1 W.L.R. 387; [1996] 1 All E.R. 585, 469 (Auld LJ).

93. Sobre esta base, es posible defender que los convenios arbitrales han de recibir el mismo tratamiento que el art. 4.2.e) RI prescribe a las obligaciones contractuales de las que el deudor concursado sea parte. Ello implica que será la *lex fori concursus*, de acuerdo con sus reglas propias de *vis attractiva*, la que determinará el efecto que la apertura del procedimiento de insolvencia produzca sobre la eficacia y validez de los convenios arbitrales concluidos por el deudor.²⁶⁶ Esta solución se debería aplicar tanto a convenios arbitrales que no hayan sido activados por ninguna de las partes como a convenios que ya hayan desplegado sus efectos positivo y negativo de competencia. Es decir, se aplicará a todos los procedimientos arbitrales en los que participe el deudor concursado, sean nuevos o en curso. En este sentido, la aplicación del art. 4.2.e) RI es equivalente a la realizada sobre obligaciones contractuales ordinarias, que cubre tanto contratos de tracto único cuyo cumplimiento no se ha llevado a cabo en la fecha de la declaración de insolvencia como contratos de tracto sucesivo que se encuentran en ejecución en el momento de la apertura concursal. También guarda coherencia con la unidad de tratamiento que el legislador ha otorgado a las acciones civiles o mercantiles cubiertas por el Reglamento Bruselas I y por el Convenio de Lugano, que quedan sometidas al mismo régimen de *vis attractiva* independientemente de que estén o no iniciadas en el momento de la apertura del concurso.
94. A diferencia de la postura defendida por Heredia, la interpretación aquí propuesta no supone la introducción de un régimen sustantivo para los convenios arbitrales. Sin embargo, no por ello ha de considerarse menos beneficiosa. Implica la unificación del tratamiento de Derecho de Internacional Privado que el arbitraje comercial internacional recibe en procedimientos concursales abiertos en todo el territorio de la Unión (siempre que estén cubiertos por el Reglamento de Insolvencia).²⁶⁷ La homogeneidad desde un punto de vista conflictual se traduce, por tanto, en la aplicación del mismo régimen de validez y eficacia del convenio por los Estados Miembros, a la vez que la remisión a la concepción de la *lex fori concursus* permite

²⁶⁶ Sobre la razones de conveniencia generales para aplicar la *lex fori concursus* y no la *lex contractus* para determinar los efectos de la declaración de insolvencia sobre todos los contratos del deudor vide E. Kerckhove, “Les procédures d’insolvabilité européennes” en M. Défossez y J. Sénéchal (dirs.), *Enforcing contracts. Aspects procéduraux de l’exécution des contrats transfrontaliers en droit européen et international* (Bruselas: Larcier, 2008) 117, 127; P. Volken, “L’harmonisation du droit international privé de la faillite” (1991) 230(V) *Recueil des Cours* 342, 390-391; C. Rosello, “Contratti internazionali e legge applicabile ai rapporti preesistenti in caso di fallimento” en E. Vitta, *Corso di Diritto internazionale privato e processuale* (Turín, 1987) 267; J. A. Pastor Ridruejo, “La faillite...”, *cit.*, 189; y M. Trochu, *Conflits de lois et conflits de juridictions en matière de faillite* (París: Sirey, 1967) 140.

²⁶⁷ Desde una perspectiva más general, J. J. Kuipers, *EU law and Private International Law* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2012) 34 menciona que la unificación conflictual constituye el ejercicio por excelencia del principio de subsidiariedad.

contribuir a los objetivos universalistas del Reglamento.²⁶⁸ A la luz de la disparidad reguladora existente en esta materia en la Unión, la subsunción de todos los convenios arbitrales al art. 4.2.e) RI garantiza la igualdad de trato de todos los acreedores que hayan podido optar por el arbitraje para solventar sus disputas con el deudor²⁶⁹ y evita el fenómeno de que la elección de la sede arbitral o de una ley distinta para gobernar la cláusula compromisoria pueda convertirse en un mecanismo de evasión de la aplicación de la *lex fori concursus* en beneficio de otro régimen concursal complementario ajeno al procedimiento de insolvencia.²⁷⁰ Esto es, *ius* y *forum shopping*, ambos contrarios a los objetivos expresamente detallados en el considerando 4 del Reglamento.

Finalmente, este propósito homogeneizador también se aprecia desde la perspectiva de la mecánica del arbitraje. Cuando las partes deciden someter una disputa a la vía arbitral, el convenio no constituye la única cristalización contractual de dicha sumisión, sino que también es frecuente (sino inevitable) que se concluyan contratos con la institución arbitral que, en su caso, administrará el procedimiento con los propios árbitros para la prestación de sus servicios profesionales e, incluso, con la contraparte con respecto a la contienda específica sometida a resolución.²⁷¹ Todos estos contratos tienen una clara connotación jurisdiccional pero, al no constituir un convenio arbitral, según las posiciones explicadas en las anteriores secciones tendrán que quedar necesariamente sujetos a las prescripciones de la *lex fori concursus* en virtud del art. 4.2.e). La subsunción del convenio arbitral a ese mismo régimen, como aquí se defiende, garantiza la unidad de tratamiento y evita posibles incoherencias producidas por la fragmentación normativa. La necesidad de asegurar la cohesión de la respuesta jurídica ante la pluralidad contractual que caracteriza la realidad del ejercicio arbitral ya fue mencionada por la High Court en *Elektrim*.²⁷²

²⁶⁸ Sin hacer referencia a esta cuestión en concreto L. Carballo Piñeiro, “*Vis attractiva concursus...*”, *cit.*, 13-14 defiende la conveniencia de que, en general, la normativa aplicable de *vis attractiva* sea la prevista por la ley concursal.

²⁶⁹ La igualdad de trato como un fin en sí mismo desde un punto de vista conflictual ya la defiende A. Dutta, “*Jurisdiction...*”, *cit.*, 93, citando los Asuntos C-4/03 (*Gesellschaft für Antriebstechnik mbH & Co KG v Lamellen und Kupplungsbau Beteiligungs KG*) [2006] Rec. I-6509, p. 30 *Owusu cit.*, p. 43; y C-288/82 (*Duijnste v Goderbauer*) [1983] Rec. I-3663, p. 13.

²⁷⁰ Idéntica paradoja ha sido resaltada por M. Robertson, “*Cross-border insolvency...*”, *cit.*, 132 y por D. Baizeau, “*Arbitration and Insolvency...*”, *cit.*, 112.

²⁷¹ Con respecto a este último punto vide en la jurisprudencia inglesa *Unisys International Services Ltd v Eastern Counties Newspapers Ltd* [1991] 1 Lloyd's Rep 538 (CA), 562 y *Black-Clawson International Ltd v Papierwerke Wladhof-Aschaffenburg AG* [1981] 2 Lloyd's Rep 446, 455 (Mustill J), así como M. J. Mustill y S. C. Boyd, *Law and Practice of Commercial Arbitration in England* (Londres: LexisNexis Butterworth, 2001) 2ª ed, 60-62.

²⁷² *Syska & Elektrim v Vivendi Universal* [Comm], p. 97.

95. La puesta en práctica de la interpretación aquí mantenida requiere tres matizaciones generales. En primer lugar, es necesario enfatizar que no todos los Estados tienen el mismo régimen de *vis attractiva* para arbitrajes domésticos e internacionales, sino que el elemento internacional puede hacer variar sustancialmente el tratamiento.²⁷³ Por tanto, para la identificación de la solución prevista por la legislación concursal para el arbitraje en concreto resultará fundamental distinguir entre ambos escenarios. Este apunte no contradice el hecho de que el Informe Virgós/Schmit establezca que cuando se acuda a una ley distinta a la *lex fori concursus* habrá que aplicar la solución prevista a nivel interno.²⁷⁴ Además de que el art. 4.2.e) no podrá en ningún caso remitir a una *lex concursus* diferente a la del Estado de apertura, lo que con ello se pretende garantizar es que no se recurra a la legislación para insolvencias extranjeras sino que se aplique de forma análoga la legislación de ese Estado relativa a concursos equivalentes al abierto en origen, es decir, como si el procedimiento de insolvencia se hubiera abierto en ese foro.²⁷⁵

La importancia radical de este apunte quedó puesta de manifiesto en la sentencia de la High Court inglesa en *Mazur Media Ltd & Anor v Mazur Media GmbH & Ors.*²⁷⁶ En este caso, Lawrence Collins J debía decidir acerca de la posibilidad de continuar una acción entablada ante los tribunales ingleses por una parte inglesa contra una sociedad declarada en concurso en Alemania una vez comenzado el procedimiento. En línea con la interpretación amplia del art. 15 aquí criticada,²⁷⁷ el reputado juez concluyó que la respuesta debía encontrarse en el Derecho inglés por ser la *lex loci processum*. Sin embargo, el juez entendió que la sec. 130(2) IA, que prevé la paralización automática de las acciones individuales tras la declaración de concurso, solo resultaba de aplicación a concursos ingleses y no a concursos extranjeros. Ante la ausencia de una norma que previera una medida equivalente para las insolvencias foráneas, Lawrence Collins J entendió que la solución más apropiada era la continuación del procedimiento individual hasta su plena finalización.²⁷⁸ No cabe duda que el cumplimiento

²⁷³ Este es el caso de España según la posición generalizada. Vide con detalle Capítulo III.B.1.a.

²⁷⁴ Informe Virgós/Schmit, pár. 92.

²⁷⁵ Así se han pronunciado también la jurisprudencia de otros Estados, como las sentencias del Tribunal Supremo austríaco (OGH) de 24 enero 2006 (*10 Ob 80/05w*), 17 marzo 2005 (*8 Ob 131/04d*) y de 23 febrero 2005 (*9 Ob 135/04z*), según traducción de G. Maderbacher, “The European Insolvency...”, *cit.*

²⁷⁶ [2004] EWHC 1566, pár. 54.

²⁷⁷ Vide el Capítulo II.C.3.b.

²⁷⁸ *Mazur Media*, párs. 67-69, aunque el juez entendió que seguía pudiendo recurrir a la discrecionalidad inherente a su posición que le reconoce la sec. 49(3) de la Supreme Court Act de 1981 para poder ordenar la detención del procedimiento.

estricto con la lógica prescrita por el Informe Virgós/Schmit debería haber llevado a la aplicación de la terminación del procedimiento propia de la sec. 130(2) IA.²⁷⁹

La distorsión producida por esta interpretación se vio acentuada, además, en el arbitraje CCI número 12421 (2005),²⁸⁰ en el que el tribunal arbitral con sede en Londres se planteaba la posibilidad de continuar con el arbitraje a pesar de que el demandado había sido declarado en concurso en Italia durante la tramitación del procedimiento. Aunque tanto las partes como los árbitros reconocieron que la aplicación del art. 15 RI debería llevar al Derecho inglés y, por tanto, a la terminación del arbitraje en virtud de la sec. 130(2) IA,²⁸¹ la publicación de la sentencia *Mazur* pocos meses antes de la toma de decisión arbitral llevó al tribunal a concluir “no sin serias dudas y mismo recelo” que el arbitraje debía continuar hasta su plena finalización. Y ello a pesar de que “paradójicamente” si el concurso hubiera sido abierto en territorio inglés esa misma sección de la *Insolvency Act* habría obligado a terminar el arbitraje y de que si el arbitraje hubiera tenido su sede en Italia los árbitros también habrían ordenado la finalización del procedimiento.

96. En segundo lugar, la *lex fori concursus* ha de regular todas las consecuencias que la apertura del concurso pueda producir sobre la vigencia y eficacia del convenio arbitral y, por ende, sobre la competencia de los árbitros. No cabe duda de que esta solución produce una alteración sustancial del régimen de ley aplicable al convenio arbitral previsto de forma ordinaria por los instrumentos arbitrales,²⁸² incluso cuando las partes la hayan escogido expresamente. Sin embargo, no quiere ello decir que el juego de la *lex fori concursus* implique un cambio global de ley aplicable al convenio arbitral. La normativa concursal ha de quedar circunscrita a la determinación de los efectos de la declaración de insolvencia sobre las obligaciones arbitrales en tanto en cuanto sea necesario. De hecho, el tenor literal del articulado relevante refleja esta matización de forma bastante clara. Los arts. 4.1, 4.2.e), 4.2.f) y 15 hablan en todo momento de “efectos”. No pretenden abarcar más allá, de modo que todas aquellas cuestiones que no

²⁷⁹ Así lo critica también, V. Lazic, “Cross-Border Insolvency and Arbitration...”, *cit.*, 357-358. Con respecto a esta cuestión y a las posibles interpretaciones, vide G. Moss, I. Fletcher y S. Isaacs, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings: A Commentary and Annotated Guide* (Oxford: Oxford University Press, 2009) 2ª ed., párs. 8.244-8.249. Desafortunadamente, la argumentación empleada por la Court of Appeal en *Elektrim* no permite afirmar que la línea jurisprudencial marcada por *Mazur Media* ha sido abandonada por los tribunales ingleses.

²⁸⁰ Laudo final (2005) publicado en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 88.

²⁸¹ *Id.*, 107, pár. 10.

²⁸² Como en cualquier otro aspecto del art. 4, según el Informe Virgós/Smith, pár. 90.

resulten afectadas por la situación concursal permanecerán reguladas por el régimen ordinario aplicable a cada materia.²⁸³

La coexistencia de normas de conflicto del Reglamento de Insolvencia con otras ajenas al mismo no es una situación vetada por el Reglamento. El propio Informe Virgós/Schmit así lo reconoce de forma expresa en varios casos. Por una parte, y de forma general, el Informe establece respecto al art. 4.2.e) que “*En la medida de lo necesario, la ley del Estado de apertura desplaza la ley del contrato*”.²⁸⁴ Por otra parte, la misma idea subyace en el régimen aplicable de forma específica a los contratos de trabajo. Según el art. 10 RI, “Los efectos del procedimiento de insolvencia sobre el contrato de trabajo y sobre la relación laboral se regularán exclusivamente por la Ley del Estado Miembro aplicable al contrato de trabajo”. El comentario del Informe a este precepto demuestra que ni la expresión “exclusivamente” implica que no hay lugar para ninguna otra ley en ningún aspecto de la disputa ni que cuando esa ley no se aplique habrá que acudir siempre a la *lex fori concursus*. Por el contrario, los Profesores Virgós y Schmit establecen que el Convenio de Roma (actual Reglamento Roma I)²⁸⁵ permanece generalmente aplicable y que solo habrá que recurrir a la *lex fori concursus* para resolver las “cuestiones concursales” surgidas en el seno de la relación laboral.²⁸⁶

Lo mismo podría decirse respecto a los contratos ordinarios, cuyas obligaciones y derechos no dejarán de gobernarse generalmente por la ley aplicable según el Reglamento Roma I. En esos casos, la *lex fori concursus* quedará limitada a los efectos de la insolvencia sobre la validez y supervivencia del contrato y la efectividad de los derechos y obligaciones derivados de él. Idéntica argumentación sirve para rechazar la opinión de aquellas voces que defienden que el uso de la expresión “exclusivamente” en el art. 15 implica la aplicación de la ley del lugar de tramitación a todas las cuestiones procedimentales y competenciales que desencadene la apertura del concurso.

²⁸³ M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *The European...*, cit., 122 son claros en afirmar que “*beyond those modifications specifically required by an insolvency-law policy, the lex contractus will continue to apply*”.

²⁸⁴ Informe Virgós/Schmit, pár. 91 (cursiva añadida). El hecho de que el Informe incluya ese párrafo referencia exclusiva al Convenio de Roma (léase Reglamento Roma I) y que ese régimen excluya al arbitraje no implica que los convenios arbitrales no son subsumibles en el art. 4.2.e). Por una parte, el Informe no es exhaustivo y en ningún caso excluye los convenios arbitrales. Por la otra, el art. 4.2.e) tiene que ser interpretado de forma amplia de acuerdo con el pár. 89 del propio Informe, de modo que alcance a todos los contratos que puedan vincular al concursado, y las cláusulas arbitrales no son sino una modalidad (eso sí, especial) de ello.

²⁸⁵ Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”), DO L 177 de 4 julio 2008.

²⁸⁶ Informe Virgós/Smith, paras. 126-128, mencionando ejemplos como “si los créditos de los trabajadores surgidos de su relación laboral gozan de algún tipo de privilegio, la concreta cuantía de la protección y en rango, en su caso, del privilegio, etc”.

97. Y, en tercer lugar, hay que precisar que la norma de conflicto del art. 4.2.e) se ha de aplicar a convenios arbitrales que localicen la sede del arbitraje tanto en el territorio de la Unión Europea como fuera de ella. Es cierto que los considerandos del Reglamento y el Informe Virgós/Schmit²⁸⁷ recalcan el alcance “intracomunitario” del instrumento, esto es, su aplicación “*vis-à-vis* la ley de otros Estados Miembros”.²⁸⁸ Sin embargo, no hay indicación alguna en el tenor del art. 4.2.e) que exija que los contratos estén concluidos con acreedores domiciliados en otros Estados Miembros o que el objeto de la transacción esté localizado en territorio de la Unión. De lo contrario sería posible para dos partes domiciliadas en Estados Miembros evadir la concepción de la *vis attractiva* de la *lex fori concursus* a través de la elección de una sede arbitral fuera de la Unión (como, por ejemplo, Suiza).²⁸⁹

Al fin y al cabo, el procedimiento arbitral involucra a la parte concursada con centro de intereses principales en la Unión y el laudo resultante habrá de ser traído en condiciones normales al seno del concurso. En efecto, a diferencia de las críticas sobre extraterritorialidad que se han esgrimido contra *Schmid*,²⁹⁰ donde la resolución resultante iba a ser ejecutada probablemente en un Estado tercero, resulta razonable defender que los laudos arbitrales (al menos los dictados contra el deudor) tienen su destino natural en el foro concursal, pues es allí donde se lleva a cabo la posible distribución de los bienes de la masa. Por tanto, la eficacia extra-concursal que el laudo deba surtir en un Estado de fuera de la Unión no debería ser una consideración decisiva a la hora de someter el convenio a la *lex fori concursus*.²⁹¹

98. Finalmente, tras esas tres matizaciones deviene también necesario salir al paso de posibles reticencias esgrimibles contra la propuesta. Una primera crítica podría ir dirigida a rechazar que cuestiones relativas a la competencia sobre acciones civiles y mercantiles vengan resueltas a través de normas de ley aplicable.²⁹² Varias razones aconsejan descartar este recelo.

Primero, es necesario precisar que las normas de *vis attractiva concursus* tienen una naturaleza híbrida ya que, si bien tienen efectos innegablemente competenciales, también conjugan

²⁸⁷ Informe Virgós/Schmit, paras. 11 y 44-45.

²⁸⁸ M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *Comentario...*, cit., 29. En idéntico sentido, M. Robertson, “Cross-border insolvency...”, cit., 126; J. Israël, *European cross-border...*, cit., 252; B. Wessels, *Current Topics in International Insolvency Law* (Deventer: Kluwer, 2004) 39; y A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho concursal...*, cit., 97.

²⁸⁹ Similar riesgo menciona M. Robertson, “Cross-border insolvency...”, cit., 126. El efecto real que pueda tener este régimen sobre tribunales sitos fuera del territorio de la Unión se estudia en el Capítulo IV.

²⁹⁰ Vide n 181.

²⁹¹ La aplicación universal de las normas de ley aplicable del Reglamento ha sido defendida también por S. Kolmann, “Thoughts on...”, cit., 9.

²⁹² Como, entre otros, sugieren A. Espiniella Menéndez, “La Propuesta de la Comisión Europea para la reforma del Reglamento europeo de insolvencia” (2013) 29 *Anuario de Derecho Concursal* 423, 430; I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso...*, cit., 91-92; y M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *The European...*, cit., 59.

cuestiones sustantivas y procesales que la convierten en una institución potencialmente poliédrica a afectos de las normas de conflicto.²⁹³ Así, desde un punto de vista normativo estricto, el artículo 4.2.e) no regula directamente la competencia del tribunal, sino al sustrato contractual que subyace a la obligación de someterse a arbitraje y de cumplir con la decisión emitida por los árbitros. Una segunda razón para rechazar esa crítica se encuentra en la práctica arbitral internacional, donde la validez y eficacia de los convenios arbitrales no se evalúa únicamente a través de normas jurisdiccionales sino que se somete a un análisis conflictual para determinar su régimen de ley aplicable.²⁹⁴ En último lugar, la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia demuestra que la producción de efectos jurisdiccionales a través de normas de ley aplicable no es un resultado ajeno al Reglamento.

En efecto, en *Erste Bank Hungary v Magyar Állam y otros*,²⁹⁵ el banco húngaro Erste Bank solicitó a los tribunales de Hungría una declaración sobre la existencia y el alcance de los derechos de garantía que la entidad ostentaba con respecto a unos fondos propiedad de una sociedad austríaca. Los fondos habían sido concedidos por el Estado húngaro a la sociedad austríaca a cambio de unas acciones que el Estado estuvo obligado a adquirir como consecuencia de su entrada en la Unión. La sociedad de Austria gravó esos fondos con ciertas cargas a favor de un banco húngaro, cuyo sucesor era Erste Bank. Ante la apertura de un procedimiento concursal contra la sociedad austríaca en Austria, Erste Bank requirió ante sus tribunales nacionales la declaración de supervivencia y eficacia de los derechos de garantía.

Dado que el Derecho austríaco impide la existencia de procedimientos individuales (incluso declarativos) relativos a la propiedad del concursado, el tribunal húngaro dudó si debía aplicarse dicha concepción amplia de *vis attractiva* por ser la de la *lex fori concursus* o si, por el contrario, los derechos en juego podían caer dentro del ámbito del art. 5 RI. Este artículo prevé la ineficacia de la declaración concursal sobre derechos reales de garantía ostentados por acreedores sobre todo tipo de bienes (inmateriales, muebles o inmuebles) que pertenezcan al deudor y que, en el momento de apertura del procedimiento, se encuentren en el territorio de otro Estado Miembro.²⁹⁶ El Tribunal de Justicia optó por esta segunda opción y concluyó

²⁹³ Así lo ha declarado de forma contundente L. Carballo Piñeiro, “*Vis attractiva concursus...*”, *cit.*, 13-14.

²⁹⁴ El art. V.1.a) CNY es claro ejemplo de ello al prever como causa de denegación del reconocimiento y la ejecución que la cláusula arbitral no sea “válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia”.

²⁹⁵ Asunto 527/10 (*Erste Bank Hungary v Magyar Állam y otros*) [2012] Rec. I-417.

²⁹⁶ De forma decepcionante, ni el tribunal húngaro ni el Tribunal de Justicia se plantearon la opción de si la acción tenía naturaleza concursal y, por tanto, caía dentro de la competencia exclusiva del *forum concursus* o si, por el contrario, estaba incluida en el Reglamento Bruselas I, con la concepción liberal de *vis attractiva* que ello comportaba. El carácter concursal de la acción y la inaptitud del art. 5 para contestar a la cuestión planteada fueron defendidas sin éxito en la Opinión del AG Ján Mazák, paras. 36-37 y 43.

que la necesidad de garantizar la eficacia de la norma del art. 5 y del Derecho húngaro producía también la exclusión de la prohibición austríaca de procedimientos individuales y la posibilidad de tramitar acciones relativas a los derechos reales de garantía.²⁹⁷ En suma, permitió que la norma de ley aplicable del art. 5 actuara como elemento decisivo para determinar la competencia sobre la acción planteada.

99. Una segunda crítica a la posibilidad de someter los convenios arbitrales al art. 4.2.e) podría fundamentarse en el distinto tratamiento que esta solución produce entre los acuerdos de elección de foro y las convenios arbitrales. En efecto, no cabe duda de que los acuerdos de sumisión a tribunales nacionales también participan de cierta naturaleza contractual²⁹⁸ y que puede resultar *a priori* sorprendente que la elección entre la vía judicial o arbitral, incluso en el mismo Estado, vaya a producir la aplicación de diferentes soluciones de *vis attractiva concursus*.²⁹⁹ Sin ignorar la valía de estas consideraciones, tampoco se puede negar que, aun existente, la faceta contractual de los acuerdos de elección de foro es mucho menos intensa que la de los convenios arbitrales y, en todo caso, viene superada con creces por la faceta puramente procesal de este tipo de cláusulas. Mientras que en los primeros el único ámbito de decisión para las partes es la de la localización geográfica del tribunal (atribución de competencia a los tribunales de un Estado, sin perjuicio de los casos que permiten también la elección territorial), en el arbitraje la potestad moduladora de las contratantes es mucho más amplia y alcanza al órgano decisor, la institución supervisora, el procedimiento empleado, el recurso a normas nacionales o anacionales, la posibilidad de apelación e, incluso, de anulación.

Asimismo, el análisis de la Sección anterior ha pretendido demostrar que la equiparación entre estos dos tipos de cláusulas a efectos de competencia es inviable bajo la actual redacción del Reglamento de Insolvencia,³⁰⁰ que ni siquiera otorga un tratamiento uniforme a las cláusulas de elección de foro. Solo aquellas que caigan dentro del ámbito del Reglamento Bruselas I o del Convenio de Lugano se benefician de una *vis attractiva* atenuada, mientras que los otros casos quedan sujetos a normas nacionales. La única forma de obtener un régimen homogéneo

²⁹⁷ Con aprobación de esta conclusión vide G. Moss, “More than COMI: update on EC Regulation case law: Part 1” (2013) 26(1) *Insolvency Intelligence* 14, 15.

²⁹⁸ De ello deriva que su infracción por una de las partes pueda producir indemnización por daños. Vide, en general, K. Takahashi, “Damages for breach of a choice-of-court agreement” (2008) 10 *Yearbook of Private International Law* 57 y S. Dutson, “Breach of an arbitration or exclusive jurisdiction clause: The legal remedies if it continues” (2000) 16(1) *Arbitration international* 89, 96-99.

²⁹⁹ Algo que los tribunales ingleses en *Elektrim* tacharon de “casi irracional” (High Court, párs. 51-52) y de “incorrecto” e “irrealista” (Court of Appeal, párs. 17 y 33).

³⁰⁰ Como se explica en el siguiente apartado, sí es posible otorgar un mismo tratamiento a las dos vías en cuanto a cuestiones procedimentales al amparo de la redacción más amplia de los arst. 4.2.f) y 15.

para todas las cláusulas a la vez que se garantizara el *effet utile* de estos instrumentos pasaría por extender la solución atenuada de *vis attractiva* a todas ellas, lo que ya ha quedado descartado *supra*. Además, la adopción de un régimen específico para convenios arbitrales no es una práctica ajena al legislador de la Unión. Todos sus instrumentos en materia de competencia internacional y reconocimiento y ejecución excluyen expresamente el arbitraje de su ámbito de aplicación.

100. La comunidad arbitral también podría mostrar una tercera reticencia a la interpretación aquí mantenida, sobre la base de que, a diferencia de la posición del Profesor Heredia, su aplicación puede llevar a resultados hostiles al arbitraje. Es decir, dado que la competencia de los árbitros emana directamente del acuerdo de sumisión de las partes, tan pronto como dicho acuerdo devenga inválido o inoperativo por mandato de la *lex fori concursus*, la competencia de los árbitros también decaerá y, por tanto, deberán declararse incompetentes y ordenar la conclusión sobrevenida del procedimiento.³⁰¹ No puede ello constituir una razón para excluir la solución que se defiende.

El espíritu pro-arbitral que impera en algunos sectores de la práctica y en varias iniciativas legislativas no puede viciar la interpretación del Reglamento de Insolvencia hasta el punto de imponer soluciones resultadistas que no tienen cabida en el marco normativo creado por el legislador de la Unión. Por el contrario, la posibilidad de que el concurso prime sobre la vía arbitral forma parte del legítimo derecho de cada Estado a tener la política nacional sobre el arbitraje que entienda más apropiada, siempre y cuando respete las obligaciones que vengan impuestas por tratados o convenios internacionales de los que sea parte.³⁰²

En cualquier caso, resulta fundamental subrayar que cuando la *lex fori concursus* prevea la invalidez o ineficacia del convenio arbitral, el resultado no será directamente la acumulación del procedimiento al foro concursal, como erróneamente entendió Lord Longmore en *Elektrim*.³⁰³ La desaparición de la obligación de arbitrar implicará la activación de las normas ordinarias de competencia judicial internacional para acciones civiles y mercantiles y, por tanto, la posibilidad de que asuma la competencia otro tribunal distinto al de apertura.³⁰⁴ Por

³⁰¹ Esta es la razón por la que M. Robertson, “Cross-border insolvency...”, *cit.*, 133 rechaza una interpretación amplia del art. 15.

³⁰² Como ha quedado dicho en la nota 245, y se explica con detalle en el Capítulo III.B.1.b, la existencia de normas que prevean la invalidación o inefectividad del convenio arbitral en situaciones concursales no es *per se* contraria a regímenes favorecedores del arbitraje como la CNY o la Convención de Ginebra.

³⁰³ *Syska & Elektrim v Vivendi Universal* [CA], pár. 15.

³⁰⁴ Así lo defiende también I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso...*, *cit.*, 96. No obstante, cabe plantearse si este razonamiento, aun favorecedor del *effet utile* de las normas europeas, equivale en realidad a la aplicación de un doble régimen de *vis attractiva concursus*. Es decir, una primera noción inspiraría la normativa nacional que

autonomasia éste será el resultado cuando la acción esté comprendida por el Reglamento Bruselas I o el Convenio de Lugano. La aplicación sobrevenida de estos instrumentos no demuestra la incorrección de aplicar el régimen de contratos sobre los convenios arbitrales, como ha esgrimido algún autor,³⁰⁵ ya que este mismo resultado podría haber derivado también de la aplicación de los arts. 4.2.f) y 15. Lo que demuestra es que, existiendo una regulación europea que prevé una *vis attractiva* reducida para acciones judiciales, carece de sentido que existan en el territorio de la Unión normas que prevean la invalidez o ineficacia de convenios arbitrales bajo la (falsa) asunción de que como consecuencia de esa norma la vía arbitral será reemplazada por la competencia centralizada del juez concursal. Obviamente, otra cosa es que, aun siendo consciente de este régimen, el legislador de un Estado decida conscientemente excluir el arbitraje constante concurso, lo cual no viene prohibido ni por el Reglamento de Insolvencia ni por los instrumentos internacionales de arbitraje.³⁰⁶

El mismo razonamiento debería aconsejar la exclusión de los regímenes concursales que otorgan a los administradores la posibilidad de invalidar convenios arbitrales, incluso cuando existen procedimientos en curso.³⁰⁷ En esos casos la decisión de la administración reavivará en régimen imperativo del Reglamento Bruselas I o del Convenio de Lugano y reabrirá las alternativas jurisdiccionales previstas en sus normas. La única excepción podrá encontrarse con respecto a las impugnaciones que la contraparte pueda realizar contra la invalidación acordada por los administradores. Salvo que ésta sea una cuestión puramente concursal y, por tanto, de competencia exclusiva para el Estado de apertura,³⁰⁸ el principio de *kompetenz-kompetenz* debería otorgar al tribunal arbitral la potestad de decidir primero respecto a la válida terminación del convenio arbitral y la extinción de su competencia.³⁰⁹

101. En último lugar, la aplicación del art. 4.2.e) a los convenios arbitrales podría encontrar oposición entre aquellos foros que prefieren conceder plena primacía reguladora a la sede del arbitraje, sobre todo en cuanto al impacto del concurso sobre procedimientos en curso.³¹⁰

previera la eliminación de la vía arbitral y, en vez de acumular esa acción directamente al foro concursal de acuerdo con esa filosofía de *vis attractiva*, la sumisión de la disputa a los instrumentos europeos de competencia conllevaría la entrada en juego de una segunda noción de *vis attractiva*. Quizá resultaría más correcto permanecer dentro del régimen nacional de la *lex fori concursus*, como indica el art. 4.2.e), independientemente de cuán beneficioso fuera...

³⁰⁵ A. Espiniella Menéndez, “La contratación internacional...”, *cit.*, 108-117.

³⁰⁶ Como se verá, ésto es precisamente lo que hacía la Ley Concursal española hasta la reforma de 2011.

³⁰⁷ Vide *supra* nota 255.

³⁰⁸ Como así lo defiende L. Carballo Piñeiro, “*Vis attractiva concursus...*”, *cit.*, 17.

³⁰⁹ El debate sobre si esta es una cuestión cubierta por el ámbito objetivo del convenio arbitral ha existido en los tribunales de los Circuitos estadounidenses desde hace décadas. Vide, a título de ejemplo, M. D. Fielding, “Elevating business above the constitution: Arbitration and bankruptcy proofs of claim” (2008) 16 *American Bankruptcy Institute Law Review* 563, 597-601.

³¹⁰ Reino Unido es un claro ejemplo, como quedó evidenciado en el fallo de la Court of Appeal en *Elektrim*.

Según *Elektrim*, recurrir a la ley de la sede debería constituir la opción más razonable y acorde con las legítimas expectativas de las partes. Sin embargo, es necesario plantearse si la ley de la sede y no la ley concursal es realmente la solución más apropiada para fortalecer la certidumbre perseguida por el legislador.

En efecto, la aplicación de la *lex fori concursus* para las cuestiones competenciales ha de verse en el contexto no solo del procedimiento arbitral sino también del procedimiento concursal. En el procedimiento concursal, la *lex fori concursus* constituye la norma de aplicación general, de modo que la aplicación de otro orden jurídico es vista siempre como una excepción. Asimismo, salvo en los escasos supuestos en los que la determinación del COMI presenta ciertas dificultades, la *lex fori concursus* es fácilmente previsible por las partes con antelación al advenimiento de la situación concursal.³¹¹ Incluso, desde una perspectiva arbitral, recurrir a la ley de la sede para concretar el impacto de la declaración de insolvencia sobre la competencia de los árbitros no es necesariamente acorde con el régimen general del arbitraje. Como se ha expuesto arriba, la competencia del tribunal se origina en el acuerdo de las partes, y este convenio no viene regulado siempre por la ley de la sede del procedimiento sino que está sometido a la elección de las partes y a un ya tradicional debate sobre el régimen conflictual más apropiado para los convenios arbitrales.³¹² La ley de la sede no es más que una de las opciones en ese debate y, a pesar de contar con el refrendo normativo del art. V.1.a) CNY, está siempre sujeta a la elección de otra ley por las partes. Por tanto, la aplicación de la ley de la sede a las cuestiones competenciales en virtud de la interpretación del art. 15 RI sin perjuicio de la ley que gobierne el convenio arbitral no constituye necesariamente una norma previsible y certera. Frente a esto, la opción de acudir a la *lex fori concursus* resulta más coherente desde la perspectiva concursal y no presenta los serios problemas de previsibilidad sugeridos por los tribunales ingleses en *Elektrim*, incluso desde la perspectiva arbitral. Es, al fin y al cabo, una norma de conflicto certera y acorde con los fines de seguridad jurídica perseguidos por el legislador de la Unión.³¹³

³¹¹ En este sentido, J. L. Westbrook, "International Arbitration and Multinational Insolvency" (2011) 29(3) *Penn State International Law Review* 635, 649.

³¹² Vide el Capítulo IV.A.3.a.

³¹³ Vide, en general, Asunto T-115/94 (*Opel Austria*) [1997] Rec. II-39 y el análisis sobre él en D. Chalmers, G. Davies y G. Monti, *European Union Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010) 2ª ed., 454-455.

b. *El ámbito normativo de los arts. 4.2.f) y 15 RI*

102. Si ya ha quedado expuesto que los efectos que la apertura del concurso pueda producir sobre la validez y eficacia de los convenios arbitrales y sobre la competencia de un tribunal arbitral han de venir determinados por la *lex fori concursus*, resta ahora concretar la función de los arts. 4.2.f) y 15 RI. Esto es, establecer su *ratio iuris*. Este es un ejercicio hermenéutico que requiere, precisamente por las conclusiones que se han alcanzado en las secciones anteriores y por la generalidad con la que aparentemente están redactados los arts. 4.2.f) y 15, un enfoque sistemático que evite la generación de solapamientos entre estos preceptos y el art. 4.2.e). Y ello empieza por excluir de su ámbito normativo toda regla que afecte directamente a la competencia de un tribunal, pues el alcance de los arts. 4.2.f) y 15 ha de quedar restringido únicamente a todas las adaptaciones procedimentales que sea necesario realizar para acomodar el proceso (nuevo o en curso) a la circunstancia concursal de una de las partes intervinientes.³¹⁴ Sin perjuicio de la relevancia práctica de tales cuestiones, esta delimitación rebaja la mayor importancia que a primera vista podría darse a los arts. 4.2.f) y 15 y obliga a que la expresión “exclusivamente” empleada en el art. 15 sea interpretada a la luz de estos parámetros.

De acuerdo con las normas de conflicto contenidas en estos preceptos, cuando la acción sea interpuesta tras la apertura de la insolvencia, la legislación procesal encargada de especificar esas adaptaciones procesales será la propia de la *lex fori concursus*, mientras que cuando el procedimiento ya se encuentre en curso habrá que acudir a la ley del lugar de tramitación del mismo. Esta solución ha de operar tanto si el deudor concursal comparece en calidad de demandante como si lo hace como demandado.³¹⁵ Asimismo, como ya quedó dicho en epígrafes anteriores, los dos preceptos abarcan todas las vías jurisdiccionales (judicial y arbitral) y su eficacia es independiente del régimen de *vis attractiva* que se haya aplicado para determinar la competencia internacional del tribunal (nacional o arbitral). Desde esta perspectiva, la concreción del alcance de los arts. 4.2.f) y 15 requiere diferenciar entre cuestiones competenciales y cuestiones procedimentales. En definitiva, no es sino otro ejercicio de calificación en el seno del Reglamento de Insolvencia.³¹⁶

³¹⁴ La exclusión de las cuestiones de competencia internacional del ámbito de estos artículos ya quedaba apuntada en M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *The European...*, cit., 77 y 141. Resulta cuanto menos curioso que los tribunales ingleses, a pesar del detallado análisis de esta obra, no mencionaran este pasaje que, obviamente, desmontaba su interpretación de los arts. 4.2.f) y 15.

³¹⁵ Vide I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso...*, cit., 111.

³¹⁶ Así lo enfatizan K. Pannen y S. Riedemann, “Article 4...”, cit., 206 con respecto a la delimitación del art. 4 con respecto a los arts. 5 y 15.

103. El art. 15 ofrece un buen punto de partida para este análisis. En esos casos, el Informe Virgós/Schmit prevé que

“el Derecho procesal de dicho Estado [en donde se tramite el procedimiento en curso] decidirá sobre la suspensión o no del proceso, sobre la forma en que debe continuar el proceso y sobre la modificaciones procesales que sean pertinentes para reflejar la pérdida o limitación de la facultades de disposición y de administración del deudor, y la intervención del síndico en su lugar”.³¹⁷

La expresión “suspensión o no del proceso” únicamente viene referida a las normas que ordenen la detención meramente provisional con el fin de internalizar la situación concursal en el procedimiento individual. En general, esto ocurrirá en los supuestos de suspensión dirigidos a que el administrador, nombrado según la *lex fori concursus*, pueda tomar conocimiento de la causa arbitral y haga efectiva su participación en el litigio. Entre otros, éste es el caso de la Ley Concursal española (como se verá en el siguiente Capítulo) y del régimen concursal francés, en el que si bien parece que la declaración de insolvencia supone una suspensión automática de todas las acciones en las que está involucrada la parte concursada, el objetivo único no es sino permitir a la parte actora del procedimiento individual que se persone en el concurso con el fin de incluir su crédito contingente en la lista de acreedores. Una vez realizado este trámite no existen obstáculos para que el arbitraje pueda continuar, aun restringido al fin único de verificar y cuantificar la existencia del crédito.³¹⁸ Estas dos cuestiones (esto es, la posibilidad de suspender temporalmente el procedimiento y de modificar la naturaleza del pronunciamiento de condenatorio a declarativo) constituyen aspectos procesales que no afectan a la existencia de la competencia del tribunal.

104. En cambio, será necesario distinguir estos casos de aquellos que prevean la personación del acreedor contencioso en el procedimiento concursal como una condición de admisibilidad del procedimiento individual paralelo al concurso. La relevancia procesal de este trámite quedó plasmada en la sentencia del Tribunal de Justicia *Semiconductor*. A pesar de reconocer la procedencia de la acción declarativa solicitada por la Comisión Europea frente a una sociedad austríaca inmersa en un procedimiento concursal, la AG Kokott declaró en su Opinión que el

³¹⁷ Informe Virgós/Schmit, pág. 142.

³¹⁸ Vide Sentencia de la Cour de cassation, Ch. Com. (*Soc. Gaussin et autres v soc. Alstom Power Turbomachines*), de 2 junio 2004, publicada en (2004) 3 *Revue de l'Arbitrage* 593, y con comentario de A. Mourre en (2005) *Journal de Droit International* 103. Respecto a la necesidad de restringir el objetivo del procedimiento a los meros reconocimiento y cuantificación del crédito vide el Capítulo V *infra*, así como P. Fouchard “Arbitrage et faillite” (1998) 3 *Revue de l'Arbitrage* 471, 488 y J. Rosell y H. Prager, “International Arbitration and Bankruptcy: United States, France and the ICC” (2001) 18(4) *Journal of International Arbitration* 417, 423.

hecho de que la Comisión no se hubiera personado en el concurso para incluir el crédito en la masa pasiva de acuerdo con la *lex fori concursus* austríaca impedía que el Tribunal de Justicia, aun siendo competente, pudiera tramitar el litigio. Incluso, la AG concluyó que dicha personación era necesaria para esclarecer la utilidad de la acción individual. Si la administración concursal aceptaba el litigio, el crédito devenía no contencioso y desaparecía la contienda. Por el contrario, era en el caso de impugnación del crédito por la administración concursal cuando el procedimiento arbitral cobraba pleno sentido. De acuerdo con esta regulación, es la *lex fori concursus* y no la *lex fori procesus* la que impone tanto en procedimientos en curso como en procedimientos nuevos un paso procesal imperativo antes de que el tribunal pueda ejercitar su competencia.

El mismo razonamiento es aplicable con respecto de aquellos casos que prevén la suspensión *sine die* del procedimiento o la paralización de actuaciones hasta la finalización de toda la tramitación concursal. Estas normas “congelan” la competencia del tribunal y frecuentemente encuentran su fundamento en el principio de *vis attractiva*.³¹⁹ Igualmente, tampoco pueden quedar incluidas en el ámbito de los arts. 4.2.f) y 15 las normas que condicionen el levantamiento de la suspensión o la posibilidad de interponer una nueva acción civil o mercantil a que exista una autorización expresa por parte del juez concursal.³²⁰ Estos regímenes también afectan a la competencia del tribunal, ya que la someten a un pronunciamiento positivo por parte de un tribunal estatal ajeno al de la sede del arbitraje, desplazan al principio de *kompetenz-kompetenz* (ya que desde ese momento el tribunal pierde la competencia para decidir sobre su propia competencia) y desactivan la eficacia del convenio arbitral. Por tanto, solo serán aplicables si así lo prevé la *lex fori concursus* en virtud del art. 4.2.e).

105. En cambio, los arts. 4.2.f) y 15 sí regularán la forma de participación de la administración concursal en el procedimiento individual, la articulación de la aparición separada del deudor mediante representación o defensa propias si así lo permite el régimen concursal, la personación de los acreedores como partes legítimamente interesadas en el resultado del procedimiento, la posibilidad de incluir nuevas pretensiones en un procedimiento ya existente,

³¹⁹ En el mismo sentido, I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso...*, cit., 113.

³²⁰ Este es el caso, por ejemplo, de la sec. 130(2) *Insolvency Act* 1986 del Reino Unido, cuya aplicación reciente ofrece casos a favor y en contra del levantamiento de la suspensión. A favor, *Philpott v Lycee Francais Charles de Gaulle School* [2015] EWHC 1065 (Ch) y *Re Pan Ocean Co. Ltd; subnom Seawolf Tankers Inc and another v Pan Ocean Co Ltd and another* [2015] EWHC 1500 (Ch). En contra, *Kombinat Aluminjuma Podgorica AD (In Bankruptcy), Re* [2015] EWHC 750 (Ch).

incluso por vía de reconvención,³²¹ y la suspensión que en su caso sea necesaria para que un posible acuerdo o transacción alcanzado por el deudor o la administración concursal en el seno del arbitraje pueda ser confirmado por la autoridad concursal competente y formalizado en un laudo conciliatorio.³²²

Frente a ello, existen materias que claramente no quedan comprendidas por estos preceptos. Por una parte, ello incluye el impacto que la apertura de la insolvencia produce sobre la capacidad jurídica y procesal del concursado, el grado de vinculación de la administración con respecto a los convenios arbitrales concluidos por el deudor con anterioridad a la declaración de concurso,³²³ la necesidad de personación de la administración concursal en sustitución o junto con el concursado como consecuencia de su pérdida de capacidad y las facultades de desistimiento, allanamiento y transacción del administrador en el seno del procedimiento (todas ellas cubiertas por la *lex fori concursus* en virtud del art. 4.2.c) RI),³²⁴ la posibilidad de que los acreedores del deudor concursal u otros sujetos interesados se subroguen en los derechos del concursado³²⁵ y los efectos que la apertura del procedimiento de insolvencia tenga sobre los plazos de prescripción y caducidad de cada una de las acciones.³²⁶

Más allá de este listado abierto, la concreción de otras materias procedimentales sometidas a la norma de conflicto de los arts. 4.2.f) y 15 tendrá que realizarse de acuerdo con la legislación procesal de cada Estado³²⁷ y a la luz del requisito de que no regulen la competencia del tribunal y la eficacia del convenio arbitral. Incluso es posible que algunos ordenamientos no contengan una regulación concreta de adaptaciones procesales para situaciones concursales, sobretodo en sede arbitral, lo que hará necesario recurrir a normas análogas para procedimientos judiciales y a los principios procesales generales de ese Estado.³²⁸

³²¹ Vide *Isis Investments Ltd v Oscatello Investments Ltd, Kaupthing Bank hf, Elfar Adalsteinsson (as a representative party), Eliza Ltd* [2013] EWCA Civ 1493, citando el Asunto C-85/12 (*Landsbanki Islands hf v Kepler Capital Markets SA*) [2012] Rec. I-697.

³²² M. Balz, “The European Union...”, *cit.*, 513.

³²³ Con la misma opinión, I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso...*, *cit.*, 22-23.

³²⁴ M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *The European...*, *cit.*, 75 y 141. En cambio, como afirma M. Robertson, “Cross-border insolvency...”, *cit.*, 133 será la *lex fori* la encargada de regular las modificaciones procesales necesarias para adaptar el procedimiento a la posible alteración de capacidad procesal.

³²⁵ I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso...*, *cit.*, 113.

³²⁶ Estas últimas cuestiones se rigen por la *lex causae*, como confirma la Sentencia del Tribunal de Justicia en *Hermann Lutz*, pár. 49, en consonancia con la Opinión que ya había avanzado el AG Szpunar, párs. 59 y 80-87.

³²⁷ Así lo ha reconocido el Tribunal de Justicia con respecto al art. 4.2.f) en el Asunto C-116/11 (*Bank Handlowy w Warszawie SA v Christianapol sp. z.o.o.*) [2012] Rec. I-739, pár. 49, citando el Asunto C-396/09 (*Interedil*) [2011] Rec. I-9915, pár. 42.

³²⁸ Esta es la postura que adoptó la Corte Suprema austríaca (OGH) en su sentencia de 23 de febrero de 2005 (9 Ob 135/04z), citada por M. V. Benedetelli, “Cross-border insolvencies...”, *cit.*, 814. En el mismo sentido, A.

106. En línea con la exposición realizada en el anterior epígrafe, la puesta en práctica de la interpretación aquí mantenida requiere algunas matizaciones generales. En primer lugar, hay que precisar que el recurso a los arts. 4.2.f) y 15 para determinar las adaptaciones procedimentales oportunas no implica el desplazamiento absoluto del régimen elegido por las partes. Esas reglas permanecerán plenamente aplicables en tanto en cuanto no cercenen el *effet utile* de dichos preceptos.³²⁹

En segundo lugar, la delimitación del supuesto de hecho de los arts. 4.2.f) y 15 reclama precisar el momento concreto de apertura del procedimiento de insolvencia y el significado de “procedimiento en curso”. Sin el esclarecimiento *rationae temporis* de estos hitos no es posible concretar el precepto aplicable. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de la Unión, a efectos del Reglamento el procedimiento de insolvencia se considera abierto desde el momento en el que se produce la presentación de la solicitud de apertura ante la autoridad o tribunal competente, siempre y cuando la resolución por la que se resuelva tal solicitud produzca los efectos descritos por el artículo 1.1 RI, en particular el desapoderamiento del deudor y el nombramiento de un síndico.³³⁰ Resulta irrelevante, sin embargo, que la resolución sea o no definitiva (art. 2.f) RI), que la declaración plena de insolvencia se produzca en un momento posterior y que dicha decisión genere un procedimiento principal o territorial. Este criterio ha quedado confirmado por la reforma pendiente de aprobación del Reglamento de Insolvencia, que enfatiza en el nuevo art. 2.8 el criterio anteriormente contenido en el art. 2.f) RI.

La determinación de cuándo un procedimiento arbitral se encuentra “en curso”, en cambio, no cuenta con una regulación expresa en el Reglamento de Insolvencia, lo que hace dudar acerca de la conveniencia de optar por un concepto autónomo definido a nivel de la Unión o la necesidad de acudir a la normativa arbitral. No parece que la primera opción pueda ser beneficiosa. Por una parte, la Unión se encuentra actualmente desprovista de un instrumento regulador de ninguna de las cuestiones procesales relativas al arbitraje y en varias ocasiones ha expresado su voluntad de permanecer ajena en esa esfera legislativa. Por otra parte, ante la ausencia de un consenso expreso entre los Estados Miembros tampoco resultaría apropiado recurrir a los criterios interpretativos desarrollados por el Tribunal de Justicia para concretar

Espiniella Menéndez, “La contratación internacional...”, *cit.*, 120 y I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso...*, *cit.*, 109.

³²⁹ La coexistencia de normas no es contraria al Reglamento de Insolvencia, como sancionó el Tribunal del Justicia en *German Graphics*, párr. 37.

³³⁰ Asuntos C-1/04 (*Stanbitz v Schreiber*) [2006] Rec. I-701 y C-341/04 (*Eurofood IFSC Ltd.*) [2006] Rec I-03813, párr. 54.

cuándo un procedimiento judicial se encuentra “en trámite”. De acuerdo con esta doctrina, desarrollada principalmente a raíz de disputas relativas a litispendencia y *antisuit injunctions* en el seno del Reglamento Bruselas I,³³¹ es posible concluir que un procedimiento se encuentra “en curso” a partir del momento de la presentación de la demanda, con independencia de que ésta sea o no admitida a trámite. Sin embargo, ésta no es una opción por la que se decanten todos los Estados Miembros en sus legislaciones arbitrales ya que, además de proclamar la autonomía de las partes para la definición de este punto, introducen otros criterios en ausencia de acuerdo entre las partes.³³²

Ello lleva a inclinarse a favor de la segunda opción, que se remite a la legislación arbitral para determinar el momento procesal en el que a efectos concursales el procedimiento arbitral debe considerarse iniciado y terminado. No es ésta una opción que esté exenta de problemas pues, ante la mencionada variedad de soluciones presentes entre los Estados Miembros, obliga a determinar qué ley ha de gobernar esta cuestión, siendo las principales candidatas la *lex fori concursus*, la ley de la sede del arbitraje (*lex loci arbitri*) o, si fuese diferente, la ley que gobierne el procedimiento arbitral (*lex arbitri*).

A pesar del indudable atractivo inicial que ofrece la remisión a la *lex fori concursus*, no puede olvidarse que la verdadera eficacia de las soluciones competenciales y procedimentales prescritas por el Reglamento de Insolvencia dependerán fundamentalmente de la aplicación que de ellas hagan tanto el tribunal arbitral como los tribunales de la sede. En esos casos no cabe duda de que la falta de claridad de la solución del Reglamento llevará a estos órganos a recurrir al régimen ordinario que rija cada uno de los arbitrajes. Esto es, será la *lex loci arbitri* (probablemente basada en una doble solución: autonomía de la voluntad y régimen aplicable en defecto de elección) la que marcará el inicio y la terminación del arbitraje. Por tanto, en aras a la unidad y coherencia de tratamiento, deberá ser también ésta la ley que emplee el juez concursal para determinar si, a efectos del régimen conflictual previsto en el Reglamento, el procedimiento arbitral se encuentra “en curso”. Este misma deferencia a la *lex loci arbitri* es

³³¹ Vide, por todos, el Asunto C-185/07 (*Allianz v West Tankers*) [2009] Rec. I-663.

³³² A título de ejemplo, en España el arbitraje se considera iniciado desde la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje (art. 27 Ley de Arbitraje), mientras que en Reino Unido el comienzo del procedimiento se produce con la comunicación a la contraparte o a la autoridad escogida para proceder a la determinación del tribunal arbitral (sec. 14 *Arbitration Act* de 1996). Finalmente, en Francia es necesario que el tribunal haya sido constituido, esto es, que todos los árbitros hayan aceptado su mandato (arts. 1456, primer párrafo, y 1506(2) del *Code de Procédure Civile* tras la reforma introducida por el importante *Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage*, que consolidan la doctrina asentada por la Cour de Cassation en su sentencia de 30 marzo 2004 (*R. contra Sté Frabalex*) (2004) 20 *Recueil Dalloz cahier droit des affaires* 1425 y que incluso ya había sido defendida en sede de arbitraje y concurso por A. Lienhard, “Recadrage de l’articulation entre arbitrage et procédure collective” (2004) 24 *Recueil Dalloz cahier droit des affaires* 1732).

la que inspira la regulación de los causales de naturaleza procesal previstos en el régimen de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros del Convenio de Nueva York (art. V.1.d) CNY), que ha sido adoptado por todos los Estados de la Unión.

Es cierto que esta opción abre la posibilidad a que puedan existir diferentes regímenes arbitrales aplicables a los varios procedimientos arbitrales que afectan al deudor concursal, y que esta variedad pueda desembocar en tratamientos conflictuales y concursales distintos a pesar de encontrarse en un mismo estado de tramitación. Sin embargo, es la única solución que garantiza que cada uno de los procedimientos arbitrales gozará del mismo tratamiento desde un punto de vista arbitral y desde un punto de vista concursal, evitando así las disfunciones que podrían derivarse de la disparidad de criterios dentro de un mismo proceso individual.

Una tercera matización es la relativa al ámbito territorial de los arts. 4.2.f) y 15, esto es, a si sus normas se aplican a todos los procedimientos arbitrales y judiciales o únicamente a aquellos tramitados en territorio de la Unión. En este caso, el tenor del art. 15 proporciona la respuesta, al indicar expresamente que su ámbito se extiende a los Estados Miembros.³³³ La misma solución será aplicable a los nuevos procedimientos cubiertos por el art. 4.2.f), por lo que para procedimientos sitios fuera de la Unión habrá que acudir a normativa nacional equivalente, si existiera.³³⁴ Esta limitación geográfica encuentra su motivación en los límites reguladores de la Unión, que no puede imponer a Estados terceros el respeto al régimen procesal indicado por estos preceptos. Por tanto, es posible avanzar aquí que el debate acerca del carácter imperativo de las normas de conflicto previstas en estos artículos con respecto a tribunales sitios fuera de la Unión es un debate desviado. Esos no son escenarios territorialmente incluidos en el ámbito de dichas normas y, por tanto, aun siendo consideradas imperativas no serían aplicables a esos arbitrajes. Si acaso, como se defiende en próximos Capítulos, su aplicación podría justificarse por esos tribunales arbitrales a la luz de una interpretación analógica y en uso de su potestad de tramitar el procedimiento en cumplimiento con su mandato de dictar un laudo válido y ejecutable.³³⁵ Con esta opción, además, se superaría la indeseable disparidad geográfica existente entre el art. 4.2.e), cuya aplicación universal ha sido defendida en el apartado anterior, y los arts. 4.2.f) y 15.

³³³ Lo que, a efectos del Reglamento, también ha de excluir a Dinamarca.

³³⁴ En el caso español, como se explica en el Capítulo siguiente, los arts. 200 y 209 LC.

³³⁵ Vide el Capítulo IV respecto a la naturaleza imperativa y la aplicación potestativa de las normas procesales previstas en los arts. 4.2.f) y 15.

En cuarto lugar, la pluralidad de leyes relevantes en la práctica arbitral requiere añadir precisión a la norma del art. 15. Según este precepto, los efectos procedimentales han de venir marcados por “la Ley del Estado Miembro en el que esté en curso dicho procedimiento”. La propuesta de reforma demuestra que la aplicación de este criterio a la esfera arbitral implica la sumisión a la *lex loci arbitri*, esto es, a la ley de la sede arbitral.³³⁶ Sin embargo, la filosofía que subyace esta norma en su vertiente judicial no es tanto la de recurrir a la ley del lugar del tribunal sino a la ley que rige el procedimiento en curso. Aunque estas dos leyes siempre coinciden en la vía judicial, ello no tiene por qué ocurrir en la vía arbitral, en la que se distingue entre *lex loci arbitri* y *lex arbitri*. Mientras que la primera es la correspondiente a la sede del arbitraje, la segunda es la aplicable a la tramitación del mismo. El régimen arbitral en todos los Estados Miembros entiende que, en ausencia de indicación distinta por las partes, la *lex arbitri* será también la ley de la sede. No obstante, esta presunción legal de coincidencia no elimina el desacierto de la propuesta de la Comisión en remitir directamente a la *lex loci arbitri*. La lógica del art. 15 y la naturaleza procesal de las cuestiones por él cubiertas aconsejaría corregir la redacción en favor de la *lex arbitri*.³³⁷

Finalmente, hay que apuntar que la interpretación aquí defendida, tanto con respecto a los arts. 4.2.f) y 15 como al art. 4.2.e) no ha perdido viabilidad tras la publicación de la propuesta de reforma presentada por la Comisión.³³⁸ Lo que es necesario, no obstante, es desprender el tenor de los artículos resultantes de esa propuesta del razonamiento erróneo que los subyace y desconectarlos de las conclusiones de los Informes de INSOL Europe y de los Profesores Hess/Oberhammer/Pfeiffer que los precedieron.

³³⁶ El propuesto art. 15 habla de “ley del Estado Miembro en el que esté en curso dicha acción o en el que tenga lugar el procedimiento arbitral”.

³³⁷ Varias fuentes ya habían sugerido este matiz antes de la desafortunada propuesta de la Comisión. Vide, entre otros, A. Espiniella Menéndez, “La Propuesta...”, *cit.*, 430; “Cross-border insolvencias...”, *cit.*, 813; C. Carrara, “How does Insolvency affect international arbitration proceedings? An Italian and comparative perspective” presentado en el *Academic Forum* de INSOL celebrado en Viena (13-14 octubre 2010); y *Syska & Elektrim v Vivendi Universal* [Comm], pág. 76 (obiter).

³³⁸ Si acaso, la única modificación aconsejable iría en la dirección de eliminar la expresión “en relación con un activo o un derecho de la masa” del art. 15. Dada la propuesta del ampliar el Reglamento a procedimientos concursales en los que todavía no existe una masa formalmente constituida, le permanencia de dicha expresión (como actualmente respeta la propuesta de la Comisión) haría el art. 15 inaplicable en esos escenarios previos a la declaración de concurso. Este problema es particularmente evidente con la versión inglesa, que habla de procedimientos “concerning an asset or a right of which the debtor has been divested” y sobre cuyo tenor algunos tribunales han excluido el art. 15 de acciones meramente declarativas sobre relativas a bienes sobre los que el deudor no ha sido plenamente desapoderado. Vide la sentencia de la High Court irlandesa en *In re Flightlease* [2005] IEHC 274.

c. Arbitraje y procedimientos territoriales de insolvencia

107. La puesta en práctica del art. 4.2.e) en sede arbitral presentará una dificultad adicional cuando el procedimiento principal de insolvencia coexista con uno a más procedimientos territoriales. De acuerdo con el Reglamento, los procedimientos territoriales excepcionan la competencia universal del foro principal y la unidad de ley aplicable previstas por el legislador (art. 27). A pesar de constituir el único obstáculo permitido por el Reglamento para frenar la *vis expansiva* del procedimiento principal,³³⁹ la posibilidad de que los acreedores, el deudor o incluso los administradores concursales insten la apertura de un procedimiento territorial representa una importante concesión al modelo territorialista de insolvencia internacional.³⁴⁰ Según los arts. 27 y 28, el juez de ese procedimiento aplicará su propia ley concursal y su competencia quedará restringida a los bienes sitos en ese Estado Miembro. Pues bien, si el art. 4.2.e) remite a la *lex fori concursus*, en los casos de varios procedimientos de insolvencia, la pluralidad de *leges concursi* (y, probablemente, de soluciones con respecto a la interacción entre arbitraje y concurso) obliga a esclarecer cuál de ellas resulta aplicable. El Reglamento guarda absoluto silencio sobre este materia, al igual que la inmensa mayoría de los estudios especializados.³⁴¹

Parece que la identificación del régimen aplicable ha de venir marcada por el objeto de la controversia, esto es, por la relación contractual que subyace a la disputa. Cuando el contrato generador de la controversia quede cubierto por la competencia del procedimiento territorial, será la concepción de la *lex fori concursus* aplicable a ese procedimiento la que proporcionará la norma de *vis attractiva concursus*. Cuando, por el contrario, el contrato caiga bajo la jurisdicción del procedimiento principal, serán las normas de competencia de ese Estado relativas a arbitraje las apropiadas para el análisis competencial.

108. No cabe duda de que este criterio requiere de antemano la contestación a otra pregunta fundamental: ¿qué contratos quedan afectados por la apertura de un procedimiento territorial? No existe respuesta a esta cuestión en el Reglamento pues, de manera análoga a lo anteriormente dicho, la remisión del art. 4.2.e) a la *lex fori concursus* no distingue entre posibles *leges* diferentes. Tampoco resulta de utilidad acudir al criterio de localización

³³⁹ *Probud, cit.*, pág. 24.

³⁴⁰ Así lo reconoce la Sentencia del TJUE en el Asunto C-327/13 (*Burgo Group SpA v Illochroma SA y Jérôme Theetten*) [2014] Rec. I-2158, pág. 45, aunque según el art. 3.2 RI esta posibilidad queda condicionada a la existencia de una establecimiento real en ese Estado Miembro.

³⁴¹ A. Espiniella Menéndez, “La contratación internacional...”, *cit.*, 126 y J. Israël, *European cross-border...*, *cit.*, 299-301 constituyen las únicas referencias que el autor ha podido encontrar en toda la literatura consultada.

prescrito por el art. 2.g), según el cual un crédito se ha de considerar localizado en el Estado Miembro en cuyo territorio se encuentre el centro de los intereses principales de su deudor. Esta regla puede ser empleada para determinar si un crédito ha de quedar adscrito a un procedimiento secundario o al principal, como recientemente ha defendido el AG Mendozzi en *Nortel Networks SA*,³⁴² pero no puede resultar útil ni para los contratos en general, en donde existen posiciones deudoras y acreedoras recíprocas, ni para los contratos de sumisión a arbitraje, en donde la estructura de crédito y deuda no encaja con facilidad. De hecho, el propio AG reconoce en su Opinión la insuficiencia general de las reglas del art. 2.g) “debido a la complejidad de determinados patrimonios” (pár. 67), como demuestra que el precepto haya sido modificado en la versión reformada del Reglamento de Insolvencia, aunque con escasa utilidad para la problemática aquí estudiada.

Sobre esta base, parece adecuado optar por el criterio de atribuir al procedimiento territorial los contratos que estén vinculados con la actividad comercial del establecimiento o sucursal sito es ese Estado. A pesar de la complejidad de aplicación que este criterio puede ofrecer, es una solución acorde con la filosofía del art. 3.4.b) RI, que, entre otros extremos, restringe la legitimación para solicitar la apertura de procedimientos territoriales previos al principal a aquellos acreedores “cuyo crédito tenga su origen en la explotación de[l] establecimiento” territorial.³⁴³ Asimismo, es una regla que permite sujetar los arbitrajes al procedimiento de insolvencia con el que se encuentren naturalmente más próximos, en línea con la filosofía que inspira los criterios de localización empleados por el mencionado art. 2.g).³⁴⁴ Por último, es una solución que permite evitar los efectos inapropiados producidos por criterios alternativos. Así, las opciones de asignar contratos según su lugar de cumplimiento o de acuerdo con su centro de gravedad (utilizando criterios análogos al Reglamento Roma I) o atendiendo a su lugar de conclusión o ejecución podrían llevar a atribuir al procedimiento territorial contratos que se encuentran indubitablemente conectados con la actividad empresarial del establecimiento principal, a la vez que podría privar al juez territorial de la posibilidad de

³⁴² Opinión del AG Mendozzi de 29 enero 2015 en el Asunto C-649/13 (*Comité d’entreprise de Nortel Networks SA y otros v Me Rogeau, liquidador de Nortel Networks SA, y Me Rogeau, liquidador de Nortel Networks SA v Alan Robert Bloom y otros*), párs. 66-72.

³⁴³ Vide, en este sentido, la sentencia del TJUE en el Asunto C-112/10 (*Procureur-generaal bij het hof van beroep te Antwerpen v Zaza Retail BV*) [2011] Rec. I-743, pár. 30, aunque ha de tenerse en cuenta que esa restricción no se aplica si ya existe un procedimiento principal en tramitación. Vide el Asunto C-327/13 (*Burgo Group SpA v Illochroma SA y Jérôme Theetten*) [2014] Rec. I-2158, párs. 48-51.

³⁴⁴ Así lo reconoce el AG Medozzi en *Nortel Networks SA*, pár. 71.

incluir en la masa concursal contratos propios del establecimiento secundario que propició tal procedimiento.

Idénticos resultados se derivarían de extrapolar este criterio a la esfera arbitral. Esto es, someter los arbitrajes a la noción de *vis attractiva* prevista en la legislación concursal de su sede, sin justificar ninguna otra conexión con la misma e ignorando el contrato sobre el cual versa la disputa, no garantiza la aplicación del régimen concursal más cercano al *objeto litis*. Por tanto, desde la perspectiva concursal, en los casos en que coexistan procedimientos principal y secundario(s) parece apropiado determinar la competencia del tribunal arbitral de acuerdo con la nociones de *vis attractiva* propias de la *lex fori concursus* que se aplique a los contratos de los que haya surgido la disputa, esto es, la *lex fori concursus* más próxima a la actividad empresarial del establecimiento que haya participado en ellos.³⁴⁵

109. Esta solución requiere una última matización. Según el art. 32.1 RI, los acreedores están legitimados para presentar sus créditos tanto en el procedimiento principal como en los secundarios, lo que en alguna situación puede generar dudas sobre si el contrato sobre el que se basa el crédito ha de adscribirse a uno o a otro procedimiento.³⁴⁶ De acuerdo con el criterio de atribución aquí defendido, estas dudas también pueden crear incertidumbre en cuanto a la noción de *vis attractiva* aplicable al convenio arbitral contenido en el contrato. Con el fin de evitar resoluciones contradictorias, parece apropiado adherirse a la recomendación de la Evaluación externa que, sin hacer mención expresa al caso del arbitraje, aboga por aplicar por analogía las normas de litispendencia propias del Reglamento Bruselas I.³⁴⁷ Con ello se garantizará la prioridad de aplicación de las normas concursales en cuyo foro haya surgido la cuestión arbitral en primer lugar y se reconocerá el efecto vinculante que esa decisión desplegará en los otros Estados.

D. Breve recapitulación

110. A la luz de las Secciones anteriores, es posible concluir que el régimen de competencia internacional vigente en el sistema de insolvencia trasfronteriza de la Unión es el siguiente.

Con respecto a las acciones de naturaleza concursal, la competencia corresponde a los tribunales del Estado de apertura de forma exclusiva y excluyente. Además, la intensidad de

³⁴⁵ En favor de esta opción vide también A. Espiniella Menéndez, “La contratación internacional...”, *cit.*, 126.

³⁴⁶ Así lo explica la Evaluación externa, 212.

³⁴⁷ *Id.*

esta regla de extiende sus efectos de forma extraterritorial. Es decir, la *vis attractiva concursus* es predicable para todas las acciones concursales con independencia de que la competencia en ausencia de esa regla hubiera correspondido a tribunales de dentro o fuera del territorio de la Unión y de que la resolución judicial surtida de la tramitación ante el foro concursal pueda enfrentarse a dificultades de eficacia en Estados terceros.

111. Por su parte, el régimen competencias aplicable a las acciones civiles o mercantiles tramitadas antes órganos judiciales varía según queden o no cubiertas por el Reglamento Bruselas I bis o el Convenio de Lugano. Cuando cualquiera de estos instrumentos sea aplicable, la renuncia a una regla omnicomprendiva de *vis attractiva* produce que dichas acciones puedan existir de forma autónoma al procedimiento de insolvencia y continúen rigiéndose por las reglas ordinarias de atribución de competencia.

Por el contrario, en ausencia de esos instrumentos, el régimen europeo no contiene ninguna regulación relativa a la *vis attractiva*, ni a nivel material ni de Derecho internacional privado. Ello exige acudir a la noción de *vis attractiva* de cada Estado. Ésta será la solución aplicable incluso cuando las partes hayan concluido un acuerdo jurisdiccional, cuya eficacia no estará garantizada. No obstante, este escenario será harto improbable. El hecho de que una de las partes del acuerdo de foro sea el deudor insolvente cuyo COMI estará necesariamente en el territorio de la Unión, implica que casi con total probabilidad el acuerdo caerá dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I, que se aplica a las cláusulas atributivas de competencia “cuando al menos una de [las partes] tuviere su domicilio en un Estado Miembro” (art. 23.1 RBI).

Por último, se ha de distinguir una solución específica para las acciones civiles o mercantiles sujetas a convenio arbitral. Este régimen se aplica tanto cuando la sede se encuentre en el territorio del Reglamento de Insolvencia como cuando ésta se localice fuera de él. En estos casos, la vigencia y eficacia de los convenios arbitrales quedará sujeta a las reglas de la *lex fori concursus* en virtud del art. 4.2.e) RI. La eficacia que este régimen pueda tener ante tribunales arbitrales, sobre todo cuando dichos tribunales tengan su sede fuera de la Unión, se estudia en el Capítulo IV.

112. No puede negarse que esta disparidad de soluciones no proporciona una situación jurisdiccional óptima. Sin embargo, es la resultante del régimen actualmente contenido en el Reglamento de Insolvencia y de las limitaciones competenciales del legislador de la Unión. Con la interpretación aquí mantenida, al menos, se consigue unificar al tratamiento conflictual que los convenios arbitrales firmados por el concursado tienen en todos los Estados Miembros.

Se crea, por tanto, una *par conditio conflictual* para todos los potenciales acreedores que hayan acordado recurrir a arbitraje para solventar disputas comerciales con el deudor concursal. Sin lugar a dudas, ello representa un importante progreso en la eliminación de la fragmentación e incertidumbre normativas existentes hasta la fecha.

CAPÍTULO III. El tratamiento del arbitraje comercial internacional en la Ley Concursal

113. De acuerdo con la conclusión alcanzada en el Capítulo anterior, el Reglamento de Insolvencia no contiene una regla material relativa a la supervivencia y eficacia de los convenios arbitrales tras la declaración de concurso en un Estado Miembro. Por el contrario, la contribución del RI en el esclarecimiento de esta cuestión queda restringida al plano del Derecho internacional privado, esto es, a la provisión de una norma que indica que corresponderá a la *lex fori concursus* dar respuesta a los efectos del concurso sobre la cláusula compromisoria en tanto que sustrato competencial del tribunal arbitral (art. 4.2.e) RI). Por su parte, las adaptaciones procedimentales necesarias para integrar la situación concursal en el proceso arbitral vendrán determinadas ya por la *lex loci arbitri*, para procedimientos pendientes en el momento de la declaración concursal (art. 15 RI), ya por la *lex fori concursus* para arbitrajes comenzados tras la apertura concursal (art. 4.2.f) RI). Deviene por tanto necesario adentrarse en el régimen nacional para poder dar una respuesta específica a las cuestiones competenciales y procedimentales suscitadas por la concurrencia de arbitraje y concurso internacionales.

Sin perjuicio de breves apuntes de Derecho comparado que puedan aportarse durante la exposición, el presente Capítulo se centra en la Ley Concursal española. El estudio, no obstante, no queda restringido a casos de insolvencias cubiertas por el Reglamento de Insolvencia en los que la normativa española sea declarada aplicable, sino que también resulta útil explorar la respuesta que proporciona el ordenamiento jurídico español a concursos internacionales excluidos del Reglamento, aunque estén abiertos dentro del territorio de la Unión,³⁴⁸ y a los procedimientos de insolvencia extranjeros que sean reconocidos en España.

³⁴⁸ Entiéndase que Dinamarca es considerada a estos efectos como un Estado no Miembro. Además, el Reglamento no se aplica a “Los procedimientos de insolvencia relativos a las empresas de seguros y a las entidades de crédito, ni a las empresas de inversión que presten servicios que impliquen la posesión de fondos o de valores negociables de terceros, ni a los organismos de inversión colectiva” (art. 1.2 RI). Por último, tampoco estarán

Para estos dos últimos casos el Título IX de la Ley Concursal (arts. 199 a 230) proporciona un régimen de Derecho internacional privado que contiene normas sustancialmente similares a las soluciones del instrumento europeo.

114. Es decir, de manera análoga al art. 4 RI, el art. 200 LC prevé como regla general para las insolvencias declaradas en España que sea la ley española la competente para determinar los presupuestos y efectos del concurso, su desarrollo y su conclusión.³⁴⁹ A diferencia del Reglamento, no obstante, la Ley Concursal no contiene un listado ilustrativo de materias cubiertas por este precepto, pero sí prevé en los arts. 201 a 209 LC una serie de excepciones a la norma general, que reproduce con fidelidad la esencia de los arts. 5 a 15 RI.³⁵⁰ Así, por mandato del art. 209 LC y en línea con el art. 15 RI, los efectos del concurso sobre los juicios declarativos pendientes que se refieran a un bien o a un derecho de la masa quedan excluidos del alcance imperativo de la *lex fori concursus* y se regirán exclusivamente por la ley del Estado en el que estén en curso. Esta norma se aplica también a los procedimientos arbitrales.³⁵¹

En cuanto a los concursos extranjeros, el art. 223.1 LC establece que tras su válido reconocimiento,³⁵² dichas insolvencias producirán en España los mismos efectos que les atribuya la ley del Estado de apertura del procedimiento. No obstante, el propio precepto somete esta norma expresamente a las salvedades de los arts. 201 a 209 LC. En definitiva, la prevalencia de la *lex fori concursus* proclamada por el art. 223 LC y su sujeción a ciertas excepciones no hace sino bilateralizar en la medida de lo posible la norma del art. 200 LC.

115. Sobre esta base, es posible afirmar que las reglas de Derecho internacional privado del Derecho concursal español otorgan al arbitraje internacional el mismo tratamiento que el Reglamento de Insolvencia. El efecto que la apertura del concurso produce sobre la validez y

cubiertos por el Reglamento los concursos territoriales declarados en España con respecto a insolvencias principales abiertas fuera del territorio de la Unión.

³⁴⁹ Este era también el régimen previo a la aprobación de la LC, aunque la legislación no lo previera expresamente. Vide C. Esplugues Mota, “Procedimientos concursales” en J. C. Fernández Rozas (ed.), *Derecho del comercio internacional* (Madrid: Eurolex, 1996) 449, 460 y J. D. González Campos, “Aspectos internacionales...”, *cit.*, 341.

³⁵⁰ En este sentido, M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez “Artículo 200. Regla general” en E. Beltrán Sánchez y A. Rojo Fernández-Río (coords.) *Comentario...*, *cit.*, 2874, 2880.

³⁵¹ L. Carballo Piñeiro, “Aspectos de Derecho Internacional Privado de Derecho Concursal” en A.J. Pérez-Cruz Martín, *Estudios de Derecho Concursal* (Santiago de Compostela: Torculo, 2005) 705, 741; M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, “Artículo 209. Juicios declarativos pendientes” en E. Beltrán Sánchez y A. Rojo Fernández-Río (coords.) *Comentario...*, *cit.*, 2930, 2931-2932; y E. Torralba Mendiola, “Comentario al artículo 209 LC” en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal* (Madrid: Tecnos, 2004) t. II, 2101-2102.

³⁵² A diferencia del RI, el régimen de reconocimiento de insolvencias extranjeras no es automático, sino tal y como establece el art. 220.1 ha de tramitarse a través del procedimiento de exequátur regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

eficacia de los convenios arbitrales y sobre la viabilidad y continuación de los procedimientos arbitrales vendrá siempre regulado por la *lex fori concursus*. Por su parte, las modificaciones de naturaleza procedimental que haya que introducir en el proceso arbitral como consecuencia de la declaración concursal contra una de las partes intervinientes dependerá de la pendencia del juicio declarativo en el momento de la apertura de la insolvencia.

También deriva de los anteriores párrafos que el Título IX de la Ley Concursal, tal y como hace prever su rúbrica, no contiene ninguna norma de carácter sustantivo que permita determinar el efecto exacto que la apertura del concurso produce sobre el arbitraje comercial, sino que sus normas se limitan al plano del Derecho internacional privado. Para concretar ese efecto hay que acudir al resto del articulado de la Ley que, como se verá, es idéntico tanto para insolvencias cubiertas por el Reglamento de Insolvencia como para las que están excluidas de su ámbito de aplicación. En ambos casos, la aplicación de esos preceptos vendrá condicionada a que las normas de conflicto del Reglamento o de la propia Ley Concursal remitan a la ley española como la competente para determinar la validez y viabilidad del arbitraje en el entorno concursal.

116. Más allá de la innegable influencia que el Reglamento ha ejercido en el diseño del régimen de insolvencia trasfronterizo de la Ley Concursal, no cabe duda de que para determinados aspectos relacionados con la faceta internacional de las insolvencias, el legislador español también ha encontrado inspiración en el patrón normativo marcado por la Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza publicada por UNCITRAL. Así lo confiesa expresamente el apartado XI del Preámbulo de la propia Ley Concursal, aunque España no sea oficialmente uno de los 20 países adoptantes del Modelo UNCITRAL. También lo confirma una gran parte de la doctrina.³⁵³

Pues bien, a diferencia del Reglamento, la Ley Modelo sí contiene preceptos que pueden proporcionar un régimen material relativo a la eficacia del convenio arbitral constante concurso. Parece, por tanto, apropiado detenerse brevemente en estudiar su régimen de *vis attractiva* internacional (Sección A) para poder comprobar en la siguiente Sección (Sección

³⁵³ Vide, entre otros, M. Sánchez Álvarez, “Aplicación...”, *cit.*, 149; M. Guzmán Peces, “Globalización: Universalidad y fraccionamiento en los procedimientos de insolvencia. Un análisis desde el Derecho Internacional Privado” (2010) III *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá* 395, 397; A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho concursal...*, *cit.*, 182. La conveniencia de seguir la línea marcada por UNCITRAL ya había sido abogada, entre otros, por C. Esplugues Mota, “La reforma del régimen jurídico de la quiebra en España” en *Cursos de Derecho Internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz* (Vitoria: Tecnos, 1997) 237, 244 y, de forma premonitoria, por J. D. González Campos, “Aspectos internacionales...”, *cit.*, 339.

B) que paradójicamente la regulación de la Ley Concursal en materia de *vis attractiva* aplicable al arbitraje internacional no se adhiere a la filosofía de UNCITRAL.

A. *La Ley Modelo y el alcance universal de la vis attractiva concursus*

117. A pesar de su nombre, la Ley Modelo no contiene normas de competencia judicial internacional ni de ley aplicable. Como indica su art. 1, su perspectiva se centra principalmente en cuestiones como la determinación del efecto que las insolvencias tramitadas en el extranjero producen en el Estado adoptante, las posibles medidas de asistencia judicial internacional que pueden emplearse y los mecanismos de coordinación disponibles para casos en los que existan concursos tramitados simultáneamente en distintos Estados. Esto es, más que sobre insolvencia trasfronteriza, la Ley Modelo versa sobre insolvencia extranjera.³⁵⁴
118. Desde esta perspectiva, la Ley ofrece una serie de medidas de protección y conservación que persiguen incrementar la eficacia del procedimiento de insolvencia y facilitar la administración de la situación concursal.³⁵⁵ Dentro de ellas se encuadra el art. 20.1.a) LMI, según el cual,

“1. A partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero que sea un procedimiento principal:

a) Se paralizará la iniciación o la continuación de todas las acciones o procedimientos individuales que se tramiten respecto de los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor;”

Como sugiere el propio tenor del precepto, la paralización de acciones individuales no es una consecuencia que deriva directamente de la apertura de la insolvencia principal, sino que es un efecto que solo se despliega tras el reconocimiento de ese procedimiento en cada uno de los Estados adoptantes de la Ley Modelo³⁵⁶ y cuyo alcance, lejos de ser universal, queda restringido a los procedimientos nuevos o pendientes en el Estado del recepción. En este sentido, puede entenderse que el reconocimiento es un evento que produce sus propios

³⁵⁴ R. Sandoval López, “Ley Modelo de la CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza” (1997) 87(12) *Derecho de los Negocios* 1, 2.

³⁵⁵ Así lo explica la Guía para la incorporación de la Ley Modelo UNCITRAL al Derecho interno [Guía de incorporación], pág. 25.

³⁵⁶ Aunque la Recomendación 46 de la Guía de incorporación, 122, también sugiera a los Estados que este efecto debería producirse “en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia”.

efectos³⁵⁷ y que, al menos dentro de sus fronteras, otorga al deudor insolvente el “respiro” o margen de tiempo tradicionalmente necesarios en casos de falta de liquidez,³⁵⁸ a la vez que enfatiza “la índole colectiva del procedimiento, que exige el amparo de los intereses de todos los acreedores frente a toda actuación por separado de alguno de ellos”.³⁵⁹

En cuanto a su alcance, la Guía para la incorporación de la Ley Modelo UNCITRAL al Derecho interno no duda en afirmar en varias ocasiones que la paralización comprende tanto las acciones entabladas ante tribunales judiciales como ante tribunales arbitrales.³⁶⁰ Es decir, cubre todos los foros de tutela no-ejecutiva, mientras que el art. 20.1.b) LMI establece que “se paralizará asimismo toda medida de ejecución contra los bienes del deudor”.

119. Por otra parte, el concepto de paralización empleado por la Guía Legislativa ha de entenderse de forma lata, de modo que incluya a todos los regímenes que impongan la interrupción, suspensión o moratoria de cualquier acción emprendida de forma individual por los acreedores y que pueda perjudicar a los intereses del concurso.³⁶¹ Cubre tanto acciones en curso como nuevas y, en general, surte efecto de forma automática, esto es, sin necesidad de la aprobación expresa por parte de ningún tribunal.³⁶² En este sentido, la Guía califica las medidas de paralización como “imperativas”,³⁶³ con lo que se persigue evitar que los tribunales tengan que recurrir a criterios de reciprocidad o *comity* para ordenar unos u otros efectos según el origen de la insolvencia.³⁶⁴ Incluso en los casos en los que paralización no sea automática, el art. 21.1.a) LMI también permite que la misma medida sea impuesta a instancia de parte por el tribunal del Estado en el que se haya reconocido el concurso.

Corresponde a cada Estado, no obstante, concretar si la paralización ha de entenderse como la imposibilidad total de interponer o continuar acciones individuales fuera del foro concursal o si su alcance ha de reducirse a una mera suspensión temporal, en cuyo caso será necesario determinar su extensión en el tiempo.³⁶⁵ La Guía de incorporación parece mostrar preferencia

³⁵⁷ Guía de incorporación, pár. 143.

³⁵⁸ K. D. Yamauchi, “The UNCITRAL Model Cross-Border Insolvency Law: The Stay of Proceedings and Adequate Protection” (2004) 13 *International Insolvency Review* 87, 111.

³⁵⁹ Guía de incorporación, pár. 26. *Id.* en pár. 145.

³⁶⁰ Por todos, Guía de incorporación, pár. 31. En el mismo sentido, E. C. Hollander y R. A. Graham, “UNCITRAL Model Law, Article 20” en K. Pannen (ed.), *European Insolvency Law...*, cit., 774, 776.

³⁶¹ J. Garasic, “Tratamiento de los bienes al abrirse un procedimiento de insolvencia” en D. Morán Bovio (coord.), *Guía Legislativa de UNCITRAL sobre el régimen de la Insolvencia* (Madrid: La Ley, Monografía 5/2006) 53, 62-63 y 69, y K.D. Yamauchi, “The UNCITRAL...”, cit., 99.

³⁶² Guía de incorporación, pár. 41-42.

³⁶³ *Id.*, párs. 32 y 145. El pár. 141 enfatiza que, a diferencia de la paralización prevista por los arts. 19 y 21, los efectos del art. 20 “no son discrecionales”. No obstante, vide el comentario en el Capítulo IV.C.2.

³⁶⁴ Así lo indican las Actas de las Reuniones de UNCITRAL A/CN.9/422, para. 100.

³⁶⁵ L. Chan Ho (ed.), *Cross-Border...*, cit. ofrece un detallado análisis comparativo de cada Estado adoptante.

por la primera posibilidad, pues facilita la actividad de la administración concursal y resulta más económica que la tramitación de acciones individuales fuera de la insolvencia.³⁶⁶ Además, cuando el Estado adoptante opte por una paralización que solo comporte la interrupción temporal de la tramitación, los redactores de UNCITRAL no conciben la medida como un breve receso, sino que la Guía se inclina por las soluciones que imponen la paralización durante todo el periodo de tramitación de la insolvencia, incluso tras la aprobación de un posible plan de reorganización.³⁶⁷

En cualquier caso, constituye un escenario posible que la paralización derivada del reconocimiento de la insolvencia en un Estado sea mayor que la solución impuesta en origen por el propio Estado de apertura del procedimiento principal, produciendo la paradoja de que la insolvencia sea un evento procesalmente más “agresivo” en el Estado de recepción que en el de origen.³⁶⁸ Finalmente, el art. 20.4 LMI también confirma que la paralización irá acompañada frecuentemente de una regla de *vis attractiva*, de modo que las acciones individuales deban tramitarse o en el seno del concurso principal extranjero o, al menos, en el Estado en donde dicho procedimiento ha sido reconocido (Estado adoptante de la Ley Modelo) si allí se ha abierto un procedimiento secundario.

120. Nadie duda de que la referencia a la Ley Modelo desprendida de la adopción que cada Estado haya realizado a su ordenamiento interno carece de ningún efecto vinculante. Al fin y al cabo, ésta es una de las peculiaridades fundamentales de las Leyes Modelo³⁶⁹ e, igualmente, es uno de los rasgos que pueden hacer peligrar la armonización efectiva entre los Estados que las adopten.³⁷⁰ Sin embargo, esta breve Sección demuestra que para los redactores de UNCITRAL la insolvencia de una persona física o jurídica debería comportar en el plano internacional la paralización (al menos temporal) de todas las acciones judiciales o arbitrales que pudieran afectar a su patrimonio. Esto es, a los efectos del presente estudio, los convenios arbitrales deberían quedar desactivados de forma definitiva o, cuanto menos, provisional tras la declaración del concurso. Resulta interesante, no obstante, que la Ley Modelo no prevea las consecuencias que deberían derivarse de la infracción de esta paralización automática por parte de un tribunal arbitral ni concrete el valor que tendría la resolución que resultara de ella,

³⁶⁶ Guía de incorporación, pár. 33.

³⁶⁷ *Id.*, pár. 54.

³⁶⁸ E. C. Hollander y R. A. Graham, “UNCITRAL Model Law...”, *cit.*, 775 y I. Fletcher, *Insolvency in Private International Law. National and International Approaches* (Oxford: Oxford University Press, 2005), 2ª ed., pár. 8.34.

³⁶⁹ A. Marín López, “La Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado y el método de las leyes modelo” (1969) 24 *Revista de Derecho Español y Americano* 33, 38.

³⁷⁰ A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho concursal...*, *cit.*, 182.

dejando esta cuestión al arbitrio de cada Estado.³⁷¹ Parece acertado sugerir que, en sede arbitral y ante el silencio que la mayoría de Estados muestra al respecto,³⁷² los cauces para determinar la validez y eficacia del laudo internacional vendrán determinados por las normas reguladoras de los procedimientos de anulación y de reconocimiento y ejecución, que se estudian en los siguientes Capítulos.

B. La Ley Concursal y la limitación de la vis atractiva internacional

121. De acuerdo con las conclusiones alcanzadas en el Capítulo anterior, el estudio del tratamiento que la Ley Concursal otorga al arbitraje internacional requiere la división entre cuestiones competenciales y cuestiones procedimentales. Las primeras incluyen fundamentalmente las materias relativas al efecto que la apertura de la insolvencia produce sobre la validez y eficacia del convenio arbitral internacional y sobre los procedimientos derivados de él. Como se verá, España ofrece un régimen muy permisivo para ambos casos. Sin embargo, esta solución no es de aplicación absoluta, sino que el estudio completo del tratamiento concursal del arbitraje también ha de reflejar la existencia dos grupos de posibles excepciones a la regla general. Unas afectan a la eficacia misma del convenio arbitral; otras guardan relación con la limitación de la competencia enjuiciadora de los árbitros en materia cautelar y en materia de compensación de créditos. Finalmente, dentro de las cuestiones competenciales reguladas por la *lex fori concursus* también se han de examinar los efectos que la declaración del concurso despliega sobre la posibilidad de que el propio deudor o la administración concursal concluyan nuevos convenios arbitrales. El análisis de estos puntos ocupa los primeros cuatro epígrafes de esta Sección.

Por su parte, el estudio de las cuestiones procedimentales desde la perspectiva española requiere esclarecer cómo se ha de adaptar la tramitación arbitral con el fin de internalizar las peculiaridades impuestas por los imperativos concursales. Ello incluye dos aspectos fundamentales: el régimen de intervención de la administración concursal con el fin de suplir la merma de capacidad procesal por parte del deudor y la necesidad de suspender temporalmente el arbitraje durante los primeros pasos del procedimiento de insolvencia. Al estudio de estos aspectos se dedica la última parte del Capítulo.

³⁷¹ Guía de incorporación, pár. 147.

³⁷² Vide el análisis de cada Estado adoptante en L. Chan Ho (ed.), *Cross-Border...*, cit.

1. La regla general: El (reciente) respeto al arbitraje comercial internacional

122. De acuerdo con la legislación española, la declaración de concurso supone la inmediata prohibición de llevar a cabo cualquier tipo de apremio o ejecución singular (judicial o extrajudicial) que vaya dirigido contra el patrimonio del deudor (art. 55.1 LC).³⁷³ La misma regla se aplica a los procedimientos ejecutivos que se encuentren en curso en el momento de la apertura de la insolvencia, cuyos créditos generalmente entrarán a formar parte de la masa pasiva del concurso (art. 55.2 LC). Sin embargo, este régimen no implica necesariamente que la Ley Concursal prohíba la interposición o continuación de acciones de naturaleza civil, social o administrativa que tengan fines declarativos y no ejecutivos. Para esos casos los arts. 50, 51 y 52 LC incluyen un régimen separado y generalmente más permisivo. El arbitraje se encuentra dentro de esta categoría, pues es la ejecución del laudo y no el procedimiento que lo precede (por muy rápido que pueda llegar a ser y sin perjuicio de la elevada ejecutividad del laudo) lo que genera la verdadera disminución patrimonial del deudor.³⁷⁴

En este contexto, el art. 52 LC es el precepto encargado de prescribir un régimen específico para los convenios y procedimientos arbitrales. Su estudio requiere, en primer lugar, tener presente que la redacción de dicho artículo no ha permanecido incólume durante los 12 años de existencia de la Ley Concursal. Al contrario, el actual tenor del artículo responde a un cambio radical introducido en la normativa concursal por la Ley 11/2011,³⁷⁵ mediante la que el legislador español quiso demostrar su apoyo casi incondicional a la institución arbitral. En segundo lugar, el análisis de este precepto en sede de arbitraje internacional exige también concretar si, efectivamente, la Ley Concursal otorga un tratamiento uniforme a todos los arbitrajes o si, por el contrario, el régimen aplicable difiere dependiendo de la dimensión transfronteriza o no del procedimiento.

La relevancia de este segundo punto es fundamental desde un punto de vista conflictual. Como ya ha quedado dicho, tanto las normas de ley aplicable del Reglamento de Insolvencia como las de los arts. 199-220 LC remiten a *lex fori concursus* para la resolución de la cuestión

³⁷³ Este precepto redunda sobre la prohibición ya prescrita por el art. 582 LEC, que también fue modificado con ocasión de la reforma de la Ley Concursal introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre (BOE núm. 245, de 11 octubre). Vide, con detalle, J. Alonso-Cuevillas Sayrol, “Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)” (2012) 16(1) *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 43, 53-55.

³⁷⁴ El mismo razonamiento lleva a incluir los procedimientos monitorios dentro del régimen de los arts. 50-51 y fuera del art. 55 LC. Vide D. Huertas Lloret, “Los procedimientos monitorios interpuestos contra el concursado con anterioridad a la declaración de concurso” (2011) 1(4) *Actualidad Civil* 367, 368.

³⁷⁵ 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 (BOE núm. 121, 21 mayo 2011).

competencial del arbitraje. Cuando un tribunal arbitral o judicial ajeno al foro concursal tenga que decidir de acuerdo con la ley española *qua lex fori concursus*, la posible existencia de dos tratamientos distintos según la internacionalidad del arbitraje podría generar dudas acerca de cuál de los regímenes hay que aplicar.³⁷⁶ En estos casos, la obligación de aplicar el Derecho nacional designado por las normas de conflicto tal y como lo haría el propio foro concursal³⁷⁷ obliga, sin lugar a dudas, a aplicar aquel régimen que corresponda al tipo de arbitraje (interno o internacional) en cada caso.³⁷⁸ Es por esta razón que deviene imperativo esclarecer si el legislador español ha optado por un modelo monista o dualista en cuanto a la relación entre concurso y arbitraje.

a. La pretendida diferencia de tratamiento entre el arbitraje interno e internacional: Los arts. 11 y 52 LC

123. De acuerdo con la redacción original del art. 52 LC,

“1. Los convenios arbitrales en que sea parte el deudor quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales.

2. Los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza del laudo, siendo de aplicación las normas contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo anterior.”

Más allá de las complejidades de interpretación y puesta en práctica que este precepto pudiera generar,³⁷⁹ la lectura del art. 52.1 LC demostraba un régimen indudablemente contrario al arbitraje. No dejaba de sorprender, por tanto, que ese mismo año idéntico legislador hubiera promulgado una nueva Ley de Arbitraje que perseguía modernizar la regulación arbitral española, garantizar su eficacia y ofrecer ventajas e incentivos para promover su uso tanto por personas físicas como jurídicas.³⁸⁰

³⁷⁶ Problemática que ya había sido mencionada brevemente en el Capítulo II.C.3.a.

³⁷⁷ Informe Virgós/Schmit, pár. 92.

³⁷⁸ Por esa razón, se puede afirmar que I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso...*, cit., 86 yerra al acudir en estos casos al régimen previsto para los arbitrajes internos en el artículo 52 LC, en vez del que a su parecer es el aplicable a arbitrajes internacionales (art. 11 LC). Además, el autor se apoya en una breve referencia a la sentencia de la High Court inglesa en *Elektrim*, cuya argumentación en este punto fue acertadamente rechazada por la Court of Appeal (aunque con argumentos igualmente desafortunados, según se defendió en el Capítulo II).

³⁷⁹ Para un análisis detallado de éstas vide M. F. Martín Moral, *El concurso de acreedores y el arbitraje* (Madrid: Wolters Kluwer, 2014), Monografía núm. 18, 63-89.

³⁸⁰ Apartado I de la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje.

Reacios a contentarse con la aplicación de una solución tan hostil como la contenida en el art. 52 LC también al arbitraje internacional, la práctica totalidad de los estudios especializados comenzaron a defender la necesidad de diferenciar entre dos regímenes concursales aplicables según el arbitraje tuviera carácter interno o internacional.³⁸¹ Sobre esta base, se ha venido defendiendo en la doctrina que la aplicación de la solución del art. 52 LC debe quedar circunscrita a aquellas disputas sometidas a arbitrajes que no presenten un elemento trasfronterizo. Por el contrario, cuando la disputa tenga naturaleza internacional, incluso si el arbitraje tiene sede en España, estos autores abogan por la búsqueda de una solución inspirada en el régimen de *vis attractiva* internacional previsto en el art. 11 LC.³⁸² De acuerdo con este precepto, titulado “Alcance internacional de la jurisdicción”,

“En el ámbito internacional, la jurisdicción del juez del concurso comprende únicamente el conocimiento de aquellas acciones que tengan su fundamento jurídico en la legislación concursal y guarden una relación inmediata con el concurso”.

Tomando este precepto como pilar central de su argumento, los mencionados autores han defendido que, al igual que la renuncia del Reglamento de Insolvencia a una concepción amplia de *vis attractiva* permite defender la validez y eficacia de los convenios arbitrales internacionales (idea que ya fue rebatida en el anterior Capítulo), la adhesión del legislador español a la misma filosofía a través del art. 11 LC demuestra la vigencia de un régimen igualmente favorable al arbitraje internacional dentro de la legislación concursal interna. Esta conclusión permite obtener un resultado normativo acorde con las corrientes pro-arbitrales imperantes en las actuales tendencias legislativas y contribuye al tan buscado mensaje de que España es un país que promueve y respeta la institución arbitral. Sin embargo, crea una distinción entre tipos de arbitrajes que es ciertamente ajena al tenor literal del art. 52 LC y a

³⁸¹ Esta posición es liderada (todavía actualmente) por I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso...*, cit., 96. Idem en I. Heredia Cervantes, “Tratamiento concursal del convenio arbitral: la modificación del artículo 52.1 de la Ley Concursal (1)” (2011) 7576 *Diario La Ley* 1, 7 y “Tratamiento concursal del convenio arbitral (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 86/2009, de 29 de abril de 2009)” (2010) III(3) *Revista de Arbitraje comercial y de inversiones* 841. También se suman a ella P. Martínez-Gijón Machuca, “Efectos de...”, cit., 59; F. Cordon Moreno, “Concurso y convenios arbitrales (a propósito de la pretendida reforma del art. 52.1 LC)” (2011) 23 *Anuario de Derecho Concursal* 163, 173-175; J. L. Iriarte Ángel y M. Casado Abarquero, “Los efectos...”, cit., 860; A. Espiniella Menéndez, “La contratación internacional...”, cit., 120; M. Gómez Jene, “Concurso y arbitraje...”, cit., 102; y J. C. Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje...*, cit., 929-930.

³⁸² Dentro de los mencionados autores, “Concurso y arbitraje...”, cit., 94 defiende que dicho elemento se encontrará presente cuando los aspectos internacionales de la disputa fueran suficientes para activar las normas de competencia judicial internacional en ausencia de un convenio arbitral, es decir, cuando el supuesto permitiera plantearse la posible competencia de jueces extranjeros. Por el contrario, I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso...*, cit., 99 y M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional* (Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2007) 2ª ed., 335 acuden a los criterios mucho más amplios previstos en el art. 3 LA, que incluso califica de internacionales los arbitrajes en los que simplemente “la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional” (art. 3.1.c) LA).

sus antecedentes legislativos. Además, al restringir el ámbito del precepto a los arbitrajes internos, convierte la referencia a los tratados internacionales contenida en el art. 52.1 LC en una remisión sin sentido aparente.

Pues bien, sin perjuicio de que a efectos prácticos esta construcción argumentativa haya perdido algo de relevancia tras la introducción de un tratamiento más favorable en el art. 52 LC por la reforma del 2011 (como luego se verá), deviene necesario explicar por qué la remisión al art. 11 LC como único asidero normativo para defender la validez y eficacia de los convenios arbitrales internacionales constante concurso constituye una posición errónea. Aunque ese artículo revista una importancia innegable para arbitrajes internacionales y acciones civiles y mercantiles en general, el art. 52 LC representa una pieza igualmente fundamental para determinar el tratamiento que la Ley Concursal otorga al arbitraje en general. Y ello, independientemente de que el resultado alcanzado con anterioridad a la reforma de 2011 fuera contrario a la moda pro-arbitral o de que el régimen posterior a dicha modificación respete la vigencia de los compromisos arbitrales.

124. La comprensión plena del art. 11 LC requiere (re)definir tanto su ámbito objetivo de aplicación como el alcance de la consecuencia jurídica que deriva de la norma en él contenida. No cabe duda de que, como punto de partida, mediante el art. 11 LC el legislador español opta por una concepción estrecha de *vis attractiva* en el plano internacional³⁸³ y, por tanto, renuncia a la posibilidad de que la existencia de un procedimiento de insolvencia en relación con una de las partes intervinientes en un litigio pueda convertirse en razón suficiente para reclamar la competencia del juez del concurso e inaplicar los criterios ordinarios de competencia internacional. Esta solución es acorde con el régimen diseñado por el Reglamento de Insolvencia, como reconoce la propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal. Sin embargo, el art. 11 LC va más allá.

Según quedó explicado con detalle en el anterior Capítulo,³⁸⁴ la lectura de los arts. 3 y 25 RI en conjunción con la jurisprudencia europea relacionada permiten concretar las materias propiamente concursales cuyo enjuiciamiento corresponde exclusivamente a la autoridad

³⁸³ Así se declara de forma unánime la doctrina. Por todos, I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso...*, cit., 71; E. Zabalo Escudero, "Artículo 11. Alcance internacional de la jurisdicción" en F. Cordón Moreno (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal* (Cizur Menor: Aranzadi, 2004) 168, 171; A. Espiniella Menéndez, "Comentario al artículo 11" en J. Sánchez Calero y V. Guilarte Gutiérrez, *Comentarios a la Legislación Concursal* (Valladolid: Lex Nova, 2004) Vol. I, 329, 345-346; E. Torralba Mendiola, "Comentario al artículo 11" en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios...*, cit., t. I, 142-143; y M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, "Artículo 199. De las relaciones entre ordenamientos" en E. Beltrán Sánchez y A. Rojo Fernández-Río (Coors.) *Comentario...*, cit., Vol. II, 2861, 2864.

³⁸⁴ Vide Capítulo II.B.1 y. 2.

concurstal que conoce de la insolvencia (faceta positiva de la *vis attractiva*). Pero también se expuso que el Reglamento de Insolvencia no es suficiente para delimitar el alcance de la jurisdicción de dicha autoridad en cada caso, sino que resulta necesario acudir también a los regímenes ordinarios de atribución de competencia para materias civiles y mercantiles con el fin de determinar si, además, existen otras cuestiones que también deban ser sometidas al foro concursal o si, por el contrario, la adjudicación de las mismas ha de continuar rigiéndose por las normas competenciales ordinarias (faceta negativa de la *vis attractiva*). En el caso español, esta última faceta se encuentra en el Reglamento Bruselas I, en el régimen convencional multilateral (Convenio de Lugano) y bilateral (Convenio con El Salvador) y, finalmente, en el régimen interno (judicial y arbitral).³⁸⁵

Frente a esta estructura bipartita (faceta positiva v faceta negativa), el art. 11 LC ofrece una regulación global de *vis attractiva*. Es decir, por una parte, el precepto se adhiere a la concepción europea de *vis attractiva* positiva al transcribir casi literalmente la fórmula *Gourdain*³⁸⁶ y, por tanto, otorga al foro concursal una competencia al menos tan amplia como la prescrita por el Reglamento de Insolvencia. Este régimen, por tanto, entrará en juego en aquellos casos en los que el procedimiento concursal no quede cubierto por el Reglamento de Insolvencia. Sin embargo, el art. 11 LC también clarifica que desde un punto de vista negativo la competencia del juez concursal en el plano internacional quedará circunscrita “únicamente” a esas materias, evitando que el juez del concurso tenga que convertirse en un “Juez Hércules”, con la carga de decidir todas las disputas domésticas e internacionales que puedan afectar al patrimonio del deudor.³⁸⁷ En este sentido se han pronunciado varias resoluciones españolas.³⁸⁸

³⁸⁵ Vide con detalle, Capítulo II.C.2, donde también se expone que el régimen internacional del arbitraje nada dispone al respecto.

³⁸⁶ Es cierto que la Ley Concursal no incorpora el adverbio “directamente” que se incluía en la formulación original de *Gourdain* y que ha inspirado la propuesta de art. 6 para el Reglamento (acción que “derive directamente del procedimiento de insolvencia y guarde una relación estrecha con él”). Sin embargo, B. Campuzano Díaz, *Aspectos internacionales...*, cit., 137 y M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, “Artículo 11. Alcance internacional de la jurisdicción” en E. Beltrán Sánchez y A. Rojo Fernández-Río (Coors.) *Comentario...*, cit., Vol. I, 344, 347 coinciden en afirmar que tal supresión “debe considerarse irrelevante, pues [el término] está implícito en la idea de fundamento jurídico”. En contra, A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho concursal...*, cit., 213, que califican la redacción del art 11 LC de “enigmática” y defienden su mayor amplitud con respecto al Reglamento.

³⁸⁷ Esta es la terminología que la High Court inglesa empleó en *Gibraltar Residential Properties Ltd v Gibralcon* [2010] EWHC 2595, pár. 42, para definir el régimen del art. 11 LC tras la deposición del Prof. Virgós Soriano y de D. Antoni Frigola Riera como expertos de parte en Derecho español. En cualquier caso, este era un caso en el que la aplicación de los Reglamentos de Insolvencia y Bruselas I debería haber excluido cualquier referencia al art. 11 LC, a pesar de que tanto las partes como la High Court así lo hicieran.

³⁸⁸ Entre ellas vide, el Auto de la AP Álava (Sección 1ª) de 14 marzo 2012 (relativa a una acción de resolución de un contrato con indemnización de daños y perjuicios); el Auto de la AP León (Sección 3ª) de 1 de abril de 2005 (relativa a una acción de nulidad contractual), con “Nota” de M. Requejo Isidro en (2006) LVIII(1) *Revista Española de Derecho Internacional*, 431; o la Sentencia del JPI (núm. 2) de Ontinyent de 5 marzo 2001 (sobre una acción de

Pues bien, el empleo de la partícula “únicamente” es lo que hace que el art. 11 LC también pueda ser aplicable en los concursos regulados por el Reglamento de Insolvencia, a pesar de que esta idea haya sido descartada por algunos autores.³⁸⁹ Así, cuando haya que determinar la competencia para una acción civil y mercantil que afecte a una parte sometida a un procedimiento concursal del Reglamento, y dicha acción no caiga dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I o de los Convenios inspirados en él, el art. 11 LC permitirá excluir esa competencia del juez concursal y limitarla a “acciones que tengan su fundamento jurídico en la legislación concursal y guarden una relación inmediata con el concurso”.

Esa misma función es atribuible al art. 11 LC cuando los procedimientos concursales no estén cubiertos por el Reglamento de Insolvencia. Ello demuestra que, incluso en esos supuestos, la aplicación de este precepto queda condicionada a que el régimen competencial de las acciones civiles y mercantiles en cuestión no esté cubierto por ningún instrumento internacional en materia de competencia judicial internacional y se tenga que determinar por normas de origen interno o por el régimen arbitral.

125. De acuerdo con esta interpretación, es cierto que el art. 11 LC es la norma que dentro del ordenamiento jurídico español prevé que cuando una disputa civil o mercantil concerniente a una parte concursada debiera ser resuelta mediante arbitraje internacional, el hecho de que esa parte haya sido declarada insolvente no es razón suficiente para desactivar o invalidar el convenio arbitral y someter la disputa a la jurisdicción concursal. Pero esta lectura no equivale ni puede confundirse con una proclamación activa por parte del legislador de que las cláusulas arbitrales son plenamente eficaces en escenarios concursales. Ése es el contenido normativo adicional que emplean varios autores para defender que la renuncia de la *vis attractiva concursus* en el plano internacional por parte del art. 11 LC equivale a la validación y respeto de los convenios arbitrales y que, en cambio, aquí se rebate.

Sobre esta base, no parece acertado confundir la delimitación de las materias que caen dentro de la jurisdicción concursal con la existencia de razones de política legislativa que, independientemente de esa delimitación, puedan llevar a un legislador a excluir el arbitraje

tercería de dominio respecto de un bien mueble de la concursada) con un comentario crítico en A. Espiniella Menéndez, “Nota a la Sentencia del Juez de Primera Instancia núm. 2 de Ontinyent de 5 de marzo de 2001, y a la Sentencia de la AP Valencia [6ª] de 6 de febrero de 2002”, (2003) LV(1) *Revista Española de Derecho Internacional* 437.

³⁸⁹ A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho concursal...*, cit., 213, y M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, “Artículo 11...”, cit., 344, cuya posición es seguida (casi *verbatim*) por el Auto de la AP de Álava (Sección 1ª) de 14 marzo 2012.

durante la tramitación del concurso. Es decir, al igual que cuando se trata de cláusulas jurisdiccionales, la jurisprudencia de la Unión permite identificar que el art. 1.2.b) del Reglamento Bruselas I, del Convenio de Lugano y del Convenio bilateral con El Salvador es portador de una política favorable a que dichas cláusulas permanezcan operativas, en el caso de los convenios arbitrales, el completo silencio que guarda la regulación internacional al respecto³⁹⁰ hace posible que el legislador español introduzca su propia normativa en la materia.

126. Haciendo uso de esta posibilidad, el art. 52 LC trata de manera específica el impacto del concurso sobre la validez y eficacia del convenio arbitral, tanto interno como internacional. De acuerdo con la transcripción al comienzo de esta Sección, el tenor de este artículo antes de la reforma de 2011 mostraba un claro desfavor hacia el arbitraje. Prescribía la pérdida de todo valor y efecto de los convenios arbitrales tras la apertura del procedimiento de insolvencia, independientemente de que hubieran sido válidamente concluidos por el concursado antes del comienzo del procedimiento. La aplicación de este régimen al plano internacional no implicaba que la disputa originalmente sometida a arbitraje debiera traerse al foro concursal, pues ésta es una opción excluida por la faceta negativa de la *vis attractiva concursus* que recoge el art. 11 LC (“únicamente”). Lo que implicaba era la necesidad de acudir a las normas ordinarias de atribución de competencia para determinar el órgano judicial apropiado para resolver la disputa.

Éste no era un resultado “absolutamente grotesco”, como ha sugerido algún autor,³⁹¹ sino que reflejaba que la verdadera *raison d’être* de la anterior redacción del art. 52 LC no era la promoción de una política de concentración competencial del *forum concursus*,³⁹² sino la especial desconfianza del legislador en que existieran arbitrajes con trascendencia patrimonial de forma simultánea al concurso. Esa misma aversión es la que justificaba que tanto el art.

³⁹⁰ Como ya quedó explicado en el Capítulo II.C.2 y se expone con detalle *infra*.

³⁹¹ I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso...*, cit., 94.

³⁹² Prueba de ello incluso a nivel interno es que el art. 52 LC también se aplicaba a convenios arbitrales que dieran lugar a procedimientos de trascendencia patrimonial en los que la concursada ocupara la parte actora y cuya competencia, una vez declarada la ineficacia del convenio, no correspondía al *forum concursus* (art. 8.1 LC) sino a los tribunales civiles y mercantiles ordinariamente competentes. Así lo confirman, D. García Bartolomé, “Los efectos del concurso sobre el arbitraje tras la Ley 11/2011” en J. Damián Moreno (dir.), *La reforma de la ley de arbitraje de 2011: comentarios a la Ley 11/2011, de 20 de mayo* (Las Rozas: La Ley, 2011) 211, 225; L. Montes Saralegui y C. Velasco Papineschi, “Convenio arbitral y concurso de acreedores. Reflexiones sobre el art. 52.1 de la Ley Concursal a la luz de su próxima modificación” (2010) 7 *Revista del Club Español del Arbitraje* 93, 95; I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso...*, cit., 51; J. Alonso-Cuevillas Sayrol “Artículo 52. Procedimientos arbitrales”, en J. M. Sagraera Tizón, A. Salas Reixachs y A. Ferrer Barriendos (coords.) *Comentarios a la Ley Concursal* (Barcelona: Bosch, 2004) 592, 596; y R. Bellido Penadés, “Artículo 52...”, cit., 1014. En contra, Sentencia del TSJ Andalucía (Sala 1ª) de 25 noviembre 2011.

53.2 como el art. 86.2 LC previeran (y continúen previendo) una acción de impugnación específica para los casos de fraude orquestados a través del arbitraje.³⁹³ También la razón por la cual, incluso tras el régimen favorable introducido por la reforma del 2011, el legislador permite al juez del concurso suspender los efectos del convenio arbitral cuando “pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso” (art. 52.1 LC).³⁹⁴ Ninguna de estas opciones se ofrece en relación con cláusulas de jurisdicción.

Por tanto, no es cierto que la Ley Concursal española previa a 2011 autorizara el arbitraje internacional con respecto a partes insolventes. Tal posicionamiento estaba basado en una interpretación *praeter legem* del art. 11 LC, daba la espalda a la opción de política legislativa conscientemente proclamada por el art. 52 LC y asumía una igualdad de trato entre las cláusulas jurisdiccionales y los convenios arbitrales que contravenía el régimen previsto por el propio legislador en otros puntos de la Ley Concursal.

b. La referencia a los “tratados internacionales” en el art. 52 LC

127. El recurso al art. 11 LC no ha sido la única vía utilizada para defender la existencia de dos tratamientos distintos según el arbitraje sea interno o internacional, sino que la referencia a los tratados internacionales introducida por el legislador de 2003 en el art. 52 LC también ha actuado como base argumental para esta postura. Según esta norma, la ineficacia de los convenios arbitrales originalmente prescrita por el art. 52.1 había de entenderse “sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales”. De acuerdo con la mayoría de la doctrina, la remisión a la normativa de los tratados en este punto era (y sigue siendo) innecesaria y carente de sentido.

Por una parte, la falta de necesidad de incluir una expresión en este sentido deriva de la supremacía que reconoce la propia Constitución española a los tratados internacionales válidamente celebrados, de modo que entrarán a formar parte del ordenamiento interno de forma automática una vez publicados oficialmente en España.³⁹⁵ Por otra parte, la crítica acerca de la falta de sentido de esta referencia viene fundada sobre la base de que ninguno de los instrumentos internacionales ratificados por España en materia arbitral o concursal

³⁹³ Vide Capítulo V.A.3 para un análisis detallado de esta acción.

³⁹⁴ Vide Capítulo III.B.2.b para un análisis detallado de esta posibilidad.

³⁹⁵ Art. 96.1 CE. En el mismo sentido se pronuncia el art. 1.5 Código Civil y la reciente Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (BOE núm. 288, de 28 noviembre 2014).

contiene reglas relativas a cómo ha de regularse de forma conflictual o material la relación entre ambas disciplinas.³⁹⁶ Este silencio es especialmente claro en los dos principales convenios en materia arbitral, la Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 y el Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961.³⁹⁷

128. Sin embargo, más allá de estas justificadas críticas, algunos autores y un relevante auto de la Audiencia Provincial de Barcelona han entendido que la referencia a los tratados internacionales esconde una función reguladora adicional a los apuntes mencionados en el párrafo anterior.³⁹⁸ De acuerdo con este sector, la mención a los tratados constituye implícitamente una exclusión consciente del arbitraje internacional del ámbito normativo del art. 52 LC e implica una remisión *in totum* a lo dispuesto en instrumentos convencionales. Desde esta perspectiva, el punto de partida del precepto sería que los convenios arbitrales permanecerán válidos y operativos tras la apertura del concurso, mientras que su eficacia sólo quedaría mermada cuando así lo dispusieran los tratados internacionales vigentes en España. Siguiendo con esta postura, y a la luz del ya mencionado silencio de esos tratados con respecto a la problemática estudiada, este sector concluía que la declaración de concurso en España no producía ningún efecto extintivo sobre los convenios o procedimientos arbitrales en que participara el deudor insolvente.

Pues bien, esta postura tampoco puede acogerse. Principalmente, porque la remisión a los tratados internacionales es una fórmula o cláusula de estilo empleada en numerosas ocasiones por el legislador español y su uso no puede identificarse en ninguno de esos casos como la total ausencia de régimen interno, sino que ha de interpretarse de acuerdo con lo que realmente dice (“sin perjuicio”). Es decir, representa una subordinación del régimen efectivamente previsto por la norma interna (la prohibición de arbitraje) a la posibilidad de que existan otras soluciones de mayor jerarquía normativa cuya aplicación goza de prioridad por mandato constitucional. Idéntico supuesto ocurre con el art. 73.1.c) LOPJ, que condiciona la competencia de las Salas de lo Civil y lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia para

³⁹⁶ Como se explica en el Capítulo IV.C, la aparente inutilidad de esta remisión cobra mucho más sentido cuando se analiza también la forma en la que tribunales arbitrales han intentado dar respuesta a la interacción entre arbitraje y concurso.

³⁹⁷ La doctrina es unánime en este punto. Vide, por todos, M. F. Martín Moral, “Impugnación de convenios...”, *cit.*, 296; P. Martínez-Gijón Machuca, “Efectos de...”, *cit.*, 69-71; R. Bellido Penadés, “Artículo 52...”, *cit.*, 1014; P. Perales Viscasillas, “Los efectos del concurso...”, *cit.*, 1845; y J. M. Asencio Mellado, “Artículo 53...”, *cit.*, 645.

³⁹⁸ Auto de la AP Barcelona (Sección 15ª) de 29 abril 2009. En cuanto a los autores, vide V. Lazic, “Cross-Border Insolvency and Arbitration...”, *cit.*, 344-345; G. Pérez del Blanco, *Efectos procesales de la declaración del concurso: La vis atractiva concursal* (Madrid: Reus, 2007) 236-240 y P. Perales Viscasillas, “Los efectos del concurso...”, *cit.*, 1852.

el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros a “lo acordado en los tratados o las normas de la Unión Europea”, cuando realmente ninguno de estos instrumentos prevé solución alguna contraria a la de la LOPJ.³⁹⁹

Pero además, la deficiencia en la argumentación del auto de la Audiencia Provincial de Barcelona queda en evidencia si se considera la articulación que la propia Audiencia sugiere en el contexto de los tratados arbitrales que sí prevén un régimen conflictual general.⁴⁰⁰ Según el auto, el régimen contrario al arbitraje previsto en el art. 52.1 LC se aplicará también a los casos internacionales “en la medida en que los citados Convenios internacionales suscritos por España designasen la ley española como ley aplicable para determinar la eficacia del convenio arbitral”. Esta afirmación parece pasar por alto la distinción entre (a) el análisis sobre ley aplicable (qué ley gobierna el impacto del concurso sobre los convenios arbitrales) y (b) la determinación del tratamiento material que cada ordenamiento otorga a esa cuestión según el arbitraje sea doméstico o internacional. Obviamente el art. 52 LC tendrá que aplicarse sólo cuando las normas de conflicto remitan al Derecho español, pero una vez superado ese escalón conflictual habrá que identificar el régimen sustantivo previsto por la ley declarada aplicable. Y si, como se ha mencionado en el párrafo anterior, el punto de partida de la Audiencia era que el art. 52 LC “es aplicable a los arbitrajes internos más no a los internacionales” y que en éstos últimos casos los convenios arbitrales han de permanecer válidos y operativos a pesar del concurso, la remisión a la ley española por la norma de conflicto en el contexto de un arbitraje internacional debería resultar en la aplicación de esa solución favorable y no en la prevista por el art. 52.1 LC para arbitrajes internos. En definitiva, a pesar de la aparente escisión entre escenarios internos e internacionales defendida por la Audiencia, la deficiencia argumentativa del tribunal le acaba llevando al reconocimiento implícito (y acertado) de que el art. 52 LC se aplica a los dos tipos de arbitrajes.

Por tanto, al igual que la sola remisión al art. 11 LC no puede prosperar como base argumental para defender el diferente trato al arbitraje internacional por la Ley Concursal, el empleo de la mención a los tratados contenida en el art. 52.1 LC tampoco puede evidenciar esa separación. La inclusión de esa expresión únicamente responde a una práctica criticable (por redundante) del legislador español de enfatizar la posibilidad de que soluciones externas a las contenidas en el precepto en cuestión puedan ser aplicables con prioridad sobre el mismo

³⁹⁹ S. Barona Vilar y C. Esplugues Mota, “Artículo 8. Tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje” en S. Barona Vilar (coord.), *Comentarios...*, cit., 307, 352.

⁴⁰⁰ Este es el caso, por ejemplo de la Convención de Nueva York (art. V.1.a).

supuesto de hecho. Si acaso, la referencia a los tratados internacionales no hace sino confirmar la voluntad del legislador de que tanto arbitrajes internos como internacionales queden cubiertos por la solución normativa del art. 52 LC, pues son precisamente éstos y no aquéllos los que quedan frecuentemente sujetos a un régimen convencional trasfronterizo.

c. El art. 52 LC tras la reforma de 2011

129. Tras la modificación del art. 52 por la Ley 11/2011, el texto del precepto pasó a tener la siguiente redacción:

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

2. Los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza del laudo, siendo de aplicación las normas contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo anterior.”

Esto es, los convenios arbitrales mantienen su vigencia y vinculan a la administración a pesar de que una de las partes firmantes haya sido declarada en concurso. Se permite, por tanto, la apertura de nuevos procedimientos arbitrales durante la tramitación de la insolvencia y la continuación de aquellos arbitrajes que estuviesen en curso en el momento de la declaración. De hecho, más allá de la posibilidad de suspender los efectos del convenio prevista en el primer apartado del precepto, el juez del concurso carece de autoridad para ordenar a un tribunal arbitral la suspensión o la finalización del arbitraje.⁴⁰¹ Además, para la aplicación del art. 52 LC resulta irrelevante que el deudor concursal ocupe la posición demandante o demandada en la disputa.

Con esta opción, el legislador adopta la versión más leve dentro del espectro de “paralizaciones” que pueden tener cabida dentro del art. 20 LMI y que consiste, como se verá,⁴⁰² en la imposición de una brevísima suspensión temporal de las acciones pendientes destinada a posibilitar la familiarización de la administración concursal con los detalles del

⁴⁰¹ A. Espiniella Menéndez, “La contratación internacional...”, *cit.*, 120. A diferencia de los sistemas *common law*, en España no existe una herramienta procesal equivalente a las *anti-arbitration injunctions*.

⁴⁰² Vide el epígrafe B.5 de este Capítulo.

procedimiento. Este régimen pretende que el concursado, así como el conjunto de acreedores, puedan continuar beneficiándose de las ventajas que ofrece el arbitraje como mecanismo de resolución de disputas relacionadas con la actividad habitual del deudor. No obstante, esta regla no se aplica a cualquier controversia, sino que queda restringida a aquellas acciones que, pese a que pudieran llegar a tener trascendencia patrimonial sobre el deudor concursal, podrían haberse planteado con independencia de la declaración del concurso. Ello incluye acciones como las 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.⁴⁰³ Todas ellas son cuestiones que han de considerarse arbitrables.⁴⁰⁴

130. De acuerdo con el apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley 11/2011, la introducción de una solución más respetuosa con la eficacia de los convenios arbitrales “se adapta a las soluciones comunitarias en la materia⁴⁰⁵ y elimina la incoherencia existente hasta la fecha entre los dos apartados del artículo 52”. En este sentido, es una reforma que ha de ser bienvenida.⁴⁰⁶ Sin embargo, su contribución real en cuanto a la viabilidad del arbitraje en escenarios concursales difiere según la disputa tenga una dimensión internacional o no.

La primera categoría incluye todas aquellas disputas que, por el arlequín fáctico que las caracteriza, podrían activar la competencia judicial de un tribunal extranjero.⁴⁰⁷ En esos casos, la solución introducida por el art. 52 LC coincide con el respeto que los instrumentos internacionales de competencia judicial internacional y la propia Ley Concursal otorgan a las cláusulas jurisdiccionales. De hecho, en línea con la exposición del primer apartado de este epígrafe, para la consecución de este régimen con respecto al arbitraje internacional hubiera

⁴⁰³ Lista ilustrativa proporcionada por el apartado IV de la Exposición de motivos de la Ley 11/2011. Ello también incluye arbitrajes societarios e, incluso, arbitrajes sucesorios que puedan tener algún elemento internacional. Con respecto a ellos, vide M. Penadés Fons, “Concurso y sucesiones internacionales” (2015) 35 *Anuario de Derecho Concursal* 127, 143.

⁴⁰⁴ Vide el Capítulo IV.A.2.c para un análisis de la arbitrabilidad de estas cuestiones.

⁴⁰⁵ Un referencia que se entiende dirigida al pretendido régimen permisivo del Reglamento de Insolvencia (vide M. Gómez Jene, “El nuevo art. 52.1 de la Ley Concursal” (2011) 7711 *Diario La Ley* 1, 4), pero que, a la luz de las conclusiones alcanzadas en el anterior Capítulo, ha de considerarse fallida.

⁴⁰⁶ Aunque algún autor la haya criticado por considerarla “antieconómica” y “perturbadora”. Vide J. F. Garnica Martín, “La *vis attractiva* del juez del concurso tras la reforma introducida por la Ley 38/2011” (2012) 26 *Anuario de Derecho Concursal* 205, 206.

⁴⁰⁷ Es decir, en opinión del autor, no cubre todos aquellos arbitrajes que podrían ser calificados de internacionales de acuerdo con los criterios del art. 3 LA, sino aquellos que hacen referencia a disputas cuyo elemento de extranjería accionaría los regímenes institucionales, convencionales o internos de competencia judicial internacional. Ese, y no el del art. 3 LA, es el ámbito de aplicación de las normas del art. 11 LC. En el mismo sentido, M. Gómez Jene, “Concurso y arbitraje...”, *cit.*, 94.

bastado con el silencio de la ley o con la limitación expresa del art. 52 LC a los arbitrajes internos, pues la concepción de *vis attractiva* negativa ínsita en el art. 11 LC hubiera derivado en la continuidad de las normas arbitrales ordinariamente aplicables a disputas internacionales. En este sentido, se puede afirmar que el actual tenor del art. 52.1 LC no incorpora ninguna consecuencia jurídica con respecto al arbitraje internacional que no se hubiese podido deducir del propio art. 11 LC (obviamente, una vez eliminada la norma del art. 52.1 LC originario). No obstante, no se duda de la conveniencia de que el precepto opere como confirmación expresa del abandono de la anterior solución y del nuevo empuje pro-arbitral del legislador.

Por su parte, la contribución de la reforma del art. 52.1 LC con respecto al arbitraje interno es mucho más significativa. Además de dejar atrás la prohibición anterior, la introducción de un régimen específico permite extraer al arbitraje del régimen general aplicable a las cláusulas jurisdiccionales y procedimientos pendientes previsto por la Ley Concursal para disputas civiles y mercantiles de ámbito interno.⁴⁰⁸ Para estos casos, el art. 8 LC prevé una norma de *vis attractiva concursus* mucho más amplia que el art. 11,⁴⁰⁹ pues otorga competencia exclusiva y excluyente al juez del concurso con respecto a cuestiones como las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, todas las ejecuciones frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, y todas las medidas cautelares que afecten al patrimonio del concursado (apartados 1º, 3º y 4º). En consecuencia, el art. 50.1 LC impone la obligación a los jueces de la jurisdicción civil de abstenerse de conocer de cualquiera de estas pretensiones, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso a través del incidente concursal (art. 192.1 LC). Más allá del régimen más permisivo del art. 51.1.I LC para los juicios declarativos pendientes, según esta regulación la apertura del procedimiento de insolvencia deja sin eficacia las cláusulas de atribución de competencia a favor órganos judiciales en disputas domésticas e impone la concentración de procedimientos para nuevas acciones.

Frente a ello, la aportación del art. 52.1 LC reside en exceptuar a los convenios arbitrales de este régimen general y permitir su funcionamiento también con respecto a procedimientos arbitrales que comiencen una vez ha sido declarado el concurso. Incluso, con respecto a los

⁴⁰⁸ Lo que ha motivado críticas en algún sector doctrinar favorable a un *vis attractiva* más fuerte. Así lo defiende J. F. Garnica Martín, “La *vis attractiva*...”, *cit.*, 206 y así lo advierten S. González Malabia, “Disposición final...”, *cit.*, 2120 y L. Montes Saralegui y C. Velasco Papineschi, “Convenio arbitral...”, *cit.*, 93.

⁴⁰⁹ J. M. Martín Pastor, “Declaración de concurso: presupuestos, competencia, procedimiento y efectos” (2003) 12 *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal* 1, 8.

procedimientos pendientes, el art. 52.2 LC tampoco se hace eco de la excepción de acumulación prevista para procedimientos judiciales en el art. 51.1.II LC en virtud de la cual los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores y contra los auditores (todas ellas disputas susceptibles de ser arbitradas) se acumularán de oficio al concurso siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista. Por el contrario, todos los arbitrajes pendientes, incluso los referidos a esas materias concretas, podrán continuar hasta su finalización⁴¹⁰ sin necesidad de ser acumulados.⁴¹¹ Esta disparidad de tratamiento entre arbitraje y litigación demuestra el radical viraje del legislador con respecto a la animosidad mostrada por la redacción original del art. 52.1 LC, y que ahora pasa a otorgar al arbitraje un tratamiento privilegiado tan excesivo como el desfavor anteriormente en vigor.⁴¹² En ambos casos, un régimen ajeno a la idea de “equivalencia jurisdiccional” tantas veces proclamada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo.⁴¹³

d. Los hitos procesales del art. 52 LC

131. La alineación entre las soluciones de los párrafos primero y segundo introducida por la modificación de 2011 reduce la importancia práctica que la concreción del momento exacto del comienzo del arbitraje y de la declaración del concurso tienen con respecto a la determinación del tratamiento concursal del arbitraje. Sin embargo, ambos hitos siguen cumpliendo varias funciones de envergadura. Por una parte, el art. 52 LC en su conjunto forma parte del Título III (“De los efectos de la declaración de concurso”), por lo que su aplicación queda sujeta en todo momento a que, en efecto, se haya producido tal declaración. En segundo lugar, la pendencia o no del procedimiento arbitral en el momento de la declaración constituye un factor clave en relación con una cuestión específica: la posibilidad del juez concursal de suspender los efectos del convenio arbitral cuando pudiera suponer un perjuicio para la

⁴¹⁰ El legislador yerra en indicar que la finalización será por laudo firme pues, por una parte, caben otros modos de terminación del procedimiento arbitral (vide siguiente apartado) y, por otra, todos los laudos finales son firmes por definición (vide Capítulo V.B.1.a).

⁴¹¹ Así lo reconocía también bajo el régimen anterior el Auto de la AP La Rioja (Sección 1ª) de 8 octubre 2009.

⁴¹² Esta crítica también se insinuaba en el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley 60/2003, de 23 diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, de 16 mayo 2010.

⁴¹³ Vide, por todas, en el Tribunal Supremo la Sentencia 939/2006 (Sala de lo Civil), de 9 octubre 2006, y en el Tribunal Constitucional las Sentencias 196/1997 (Pleno), de 13 noviembre 1997; 176/1996 (Pleno), de 11 noviembre 1996; 288/1993 (Sala Primera), de 4 octubre 1993; y 62/1991 (Pleno), de 22 marzo 1991.

tramitación del concurso (art. 52.1 LC).⁴¹⁴ Ello justifica detenerse brevemente en delimitar estos momentos procesales.

132. La declaración del concurso se produce en virtud del auto del Juez Mercantil por el que se reconoce la insolvencia actual o inminente de una persona física o jurídica de acuerdo con los presupuestos objetivos del art. 2 LC y se ordena la apertura de un procedimiento de concurso de acreedores destinado a la mejor gestión del patrimonio del deudor. Tal y como declara el art. 21.2 LC, esta resolución produce efectos “de inmediato”, por lo que la doctrina entiende que la activación general de los efectos previstos en el Título III (arts. 40-73 LC) no requiere ni la adquisición de firmeza del auto,⁴¹⁵ ni su notificación individualizada, ni su publicación o registro según los arts. 23 y 24 LC.⁴¹⁶ La aplicación de este régimen al caso específico del arbitraje implica que la eficacia del art. 52 LC se despliega *ope legis*, sin depender tampoco de que el tribunal arbitral sea informado de la apertura del concurso o de que la parte actora en el arbitraje haya obrado de buena o mala fe.⁴¹⁷ Asimismo, se deriva del tenor literal del art. 52 LC (así como de otros artículos como el 49, 51, 53, 55, 56, 58, etc.) que la mencionada “inmediatez” opera desde la fecha de emisión del auto, que tiene plenos efectos constitutivos, y no desde el día de la presentación de la solicitud o demanda de concurso, a pesar de que dicho día pueda considerarse retroactivamente como el comienzo del procedimiento concursal.⁴¹⁸ Finalmente, tampoco podrá entenderse que los efectos del art. 52 LC operan durante el periodo preconcursal de negociación de los acuerdos de refinanciación a los que hace referencia el art. 71 bis LC pues, tal y como prevé el art. 5 bis.5 LC, tal periodo no implica la declaración de concurso.⁴¹⁹

⁴¹⁴ Para un análisis de este punto vide la siguiente Sección.

⁴¹⁵ Por lo que, salvo decisión en contrario por el juez del concurso, el auto de apertura no pierde su carácter ejecutivo incluso si es recurrido en apelación (art. 20.2 LC), sin perjuicio de que la estimación de ese recurso lleve a entender que nunca hubo concurso (art. 176.1.1º LC). Así se posiciona C. Rosende Villar, “Artículo 176. Causas de conclusión de concurso” en F. Cordón Moreno (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal* (Cizur Menor: Aranzadi, 2010, 2ª ed.) Vol. II, 972, 973.

⁴¹⁶ J. Pulgar Ezquerro, *La declaración del concurso de acreedores* (Las Rozas: La Ley, 2005) 739 y R. Bellido Penadés, “Artículo 52...”, *cit.*, 1014.

⁴¹⁷ Así lo declara con relación a un arbitraje interno la Sentencia de la AP Cantabria (Sección 2ª), de 9 marzo 2011.

⁴¹⁸ Así lo ha declarado la Sentencia de la AP Sevilla (Sección 6ª), de 19 mayo 2011 (en un caso relativo también a arbitraje), así como los Autos de la AP Madrid (Sección 28ª), de 25 octubre y 22 noviembre 2007. En el mismo sentido, L.A. Soler Pascual, “Efectos de la declaración del concurso sobre el arbitraje en sus diversas facetas. Convenios arbitrales, procedimientos en curso y laudos” (enero 2008) 45 *Práctica de Tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil* 13, 16.

⁴¹⁹ Tanto el art. 5 bis como el art. 71 bis LC fueron introducidos mediante el artículo único del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (BOE núm. 58, de 8 marzo 2014) y posteriormente modificados por la Ley 17/2014, de 30 septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (BOE núm. 238, de 1 octubre 2014).

Por su parte, la conclusión del procedimiento se produce mediante auto del Juez Mercantil en el que se constata la existencia de alguno de los escenarios previstos en el art. 176 LC tras su reforma por la Ley 38/2011.⁴²⁰ Sin pretensión de exhaustividad, este precepto permite el archivo de las actuaciones cuando se produzca el cumplimiento íntegro del convenio, se compruebe la suficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa, finalice el periodo de liquidación, o cuando por cualquier otro medio conste el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos de modo que cese la situación de insolvencia que generó el procedimiento.

133. En cuanto al comienzo del arbitraje y, por tanto, el inicio de su pendencia, el silencio de la Ley Concursal al respecto obliga a recurrir a la normativa específica de arbitraje. En este sentido, tanto la doctrina⁴²¹ como la jurisprudencia⁴²² concuerdan en acudir al art. 27 LA (“Inicio del arbitraje”), en virtud del cual

Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje se considerará la de inicio del arbitraje.

De acuerdo con este precepto, es la recepción del requerimiento y no el momento posterior de la presentación de la demanda⁴²³ el hito procesal que inaugura el arbitraje. Es decir, a efectos procesales, no es necesario que el arbitraje cuente con unas partes y un objeto plenamente determinados ya que eso solo ocurre, como pronto, tras la interposición de la demanda.⁴²⁴ Por el contrario, la necesidad de evitar conductas obstruccionistas por parte de la contraparte del arbitraje ha llevado al legislador a avanzar temporalmente el comienzo del procedimiento y el

⁴²⁰ Ley 38/2011, de 10 octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal (BOE núm. 245, de 11 octubre).

⁴²¹ Así lo entiende la mayoría de la doctrina. Por todos, B. García-Alamán de la Calle, “Procedimientos arbitrales en tramitación y declaración de concurso de acreedores” (2013) 18(1) *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 333, 338; F. Cordón Moreno, “Concurso y convenios...”, *cit.*, 166; *id.* “Artículo 52. Procedimientos arbitrales” en F. Cordón Moreno (dir.), *Comentarios...*, 2010, *cit.*, 610, 616; R. de Ángel Yáñez y J. Hernando Mendivil, “Artículo 52. Procedimientos arbitrales” en P. Prendes Carril, *Tratado Práctico Concursal* (Cizur Menor: Aranzadi, 2009) 320, 323; J. L. González Montes, “Arbitraje y concurso de acreedores” en J. L. González Montes (ed.), *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves* (Las Rozas: La Ley, 2008) 373; I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso...*, *cit.*, 53; M. Marín López, “Comentario al artículo 52 LC” en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.) *Comentarios a la ley concursal* (Madrid: Tecnos, 2004) t.1, 505, 522; R. Bellido Penadés, “Artículo 52...”, *cit.*, 1015.

⁴²² Sentencias de la AP Madrid (Sección 8ª), de 20 septiembre 2010 y 15 abril 2010, Auto de la AP Madrid, de 5 mayo 2010 (que, a pesar de remitirse al art. 27 LA, equipara erróneamente el momento de recepción del requerimiento y el de interposición de la demanda) y Auto de la AP La Rioja (Sección 1ª) de 8 octubre 2009.

⁴²³ Aunque, como prevé C. Esplugues Mota, “Artículo 27. Inicio del arbitraje” en S. Barona Vilar (coord.), *Comentarios...*, *cit.*, 968, 981, pueden darse casos excepcionales en los que la parte actora no formule el oportuno requerimiento y proceda directamente a presentar la demanda arbitral.

⁴²⁴ En ese sentido, C. Esplugues Mota, “Artículo 27...”, *cit.*, 975 y F. Cordón Moreno, “Artículo 52. Procedimientos arbitrales” en F. Cordón Moreno (dir.), *Comentarios...*, 2004, *cit.*, 427, 429. Yerra, por tanto, el Auto de la AP Madrid (Sección 12ª), de 5 mayo 2010 al considerar el arbitraje comenzado solo cuando se recibe la demanda por la contraparte una vez constituido el tribunal.

despliegue de sus efectos, incluyendo el de litispendencia.⁴²⁵ Esa misma filosofía es la que subyace al art. 52 LC, donde el factor decisivo no es que exista un procedimiento conformado en todos sus extremos, sino simplemente que el convenio arbitral haya sido activado por la parte actora.⁴²⁶ La confirmación de esta pretensión se encuentra también en la jurisprudencia que ha interpretado el art. 51 LC (relativa a las acciones judiciales) y que ha entendido que la noción de procedimiento en curso, aun generalmente marcada por el momento de presentación de la demanda,⁴²⁷ también ha de entenderse a efectos del régimen concursal cuando se hayan llevado a cabo otras actuaciones procesales previas a la misma.⁴²⁸

Sin embargo, deriva de la propia literalidad del art. 27 LA que la solución expuesta está destinada a jugar un papel secundario. En efecto, en consonancia con las corrientes autonomistas imperantes en el arbitraje, el precepto relega su aplicación a los casos en los que no exista un acuerdo de las partes en relación a cuándo ha de entenderse iniciado el arbitraje. Por una parte, esta opción puede ejercitarse por los contratantes a través de la conclusión de un pacto expreso al respecto. Sin embargo, la infrecuencia de este proceder hace que la regla gane toda su relevancia en los (mucho más habituales) casos en los que la determinación se realiza de forma indirecta, esto es, a través de la remisión a reglas o reglamentos arbitrales. Mediante esta práctica la partes realizan una incorporación por referencia de un marco regulatorio de contenido procesal y naturaleza privada que entra en juego dentro de los márgenes de la autonomía normativa permitidos por la propia Ley de Arbitraje. Así lo reconoce el art. 4.b) LA, al indicar que

“Cuando una disposición de esta ley: [...] b) Se refiera al convenio arbitral o a cualquier otro acuerdo entre las partes, se entenderá que integran su contenido las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido”.

Pues bien, la práctica totalidad de reglas arbitrales contiene normas específicas relativas al inicio del arbitraje y todas ellas optan por una misma solución. El arbitraje no se entenderá comenzado cuando la parte demandada reciba el requerimiento de someter la controversia a

⁴²⁵ S. Barona Vilar “Artículo 31. Falta de comparecencia de las partes” en S. Barona Vilar (coord.), *Comentarios...*, cit., 560, 567.

⁴²⁶ La Sentencia de la AP Sevilla (Sección 6ª) de 19 mayo 2011 no consideró suficiente para entender que el arbitraje había sido iniciado a los efectos del art. 52.2 LC que la parte demandada ante un Juzgado de Primera Instancia hubiera presentado una declinatoria de jurisdicción invocando en convenio arbitral entre las partes.

⁴²⁷ Así deriva del art. 410 LEC relativo a la pendencia del proceso y ha sido reconocido a efectos del concurso por los Autos de la AP Madrid (Sección 28ª) de 5 febrero 2009 y 26 marzo 2008.

⁴²⁸ Auto de la AP Cáceres de 9 junio 2009 (con respecto a medidas cautelares *ante causam*) y Sentencia de la AP Madrid de 4 diciembre 2008 (en relación con un procedimiento monitorio con antelación a la presentación de la demanda). En contra, J. C. Jiménez Mancha, “Economic crisis and arbitration” en D. Arias y M. Á. Fernández-Ballesteros (eds.), *Liber Amicorum Bernardo Cremades* (Las Rozas: La Ley, 2010) 645, 664.

arbitraje, sino cuando tal solicitud haya sido recibida por la institución arbitral o por el órgano competente que vaya a administrar el procedimiento.⁴²⁹ Es decir, en un momento incluso anterior al previsto en el art. 27 LA⁴³⁰ y también previo al contemplado en la Ley Modelo de arbitraje comercial internacional de UNCITRAL.⁴³¹

No cabe duda de que el juego de la autonomía con respecto a este punto produce que, en caso de existir varios arbitrajes concernientes al deudor, cada uno de ellos puede haber sido sometido a un régimen diferente de determinación de su inicio y que, por tanto, no todos ellos quedarán necesariamente comprendidos por el mismo párrafo del art. 52 LC a pesar de que puedan haberse llevado a cabo el mismo número de actuaciones procesales en todos ellos. Aunque desde un punto de vista concursal este no sea un resultado deseable, como ha criticado la doctrina,⁴³² esta solución respeta la regulación procesal del arbitraje y favorece la univocidad de trato de cada procedimiento arbitral. De este modo se evita que la existencia de un criterio propio a los efectos concursales pueda llegar a producir que un mismo procedimiento sea considerado pendiente desde la perspectiva arbitral y no pendiente desde la concursal (o viceversa). Es, al fin y al cabo, una solución que favorece la coherencia de cada arbitraje individualmente considerado.

134. Por último, la aplicación del art. 52 LC viene acotada por el momento en el que cesa la pendencia del procedimiento arbitral, esto es, por la terminación del arbitraje. El Título VI de la Ley de Arbitraje (“Del pronunciamiento del laudo y de la terminación de las actuaciones”) destina varios preceptos a este evento, en el que la emisión de un laudo firme sobre el fondo del asunto constituye la forma ordinaria de finalización y extingue las funciones del tribunal (art. 38.1 LA). Además, el art. 52 LC carecerá de aplicación en otros cuatro supuestos: cuando antes de la declaración del concurso las partes hayan alcanzado un acuerdo respecto a la totalidad de la disputa y éste se haya formalizado en un laudo transaccional (art. 36 LA); cuando el demandante desista de su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y

⁴²⁹ Vide, entre otros, el art. 11 del Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA), el art. 5 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, el art. 17.1 del Reglamento de la Corte Española de Arbitraje, el art. 4.2 del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI), el art. 1.4 del Reglamento de la Corte de Londres de Arbitraje Internacional, y el art. 3.2 del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL.

⁴³⁰ Por esta razón no se acaba de entender que B. García-Alamán de la Calle, “Procedimientos arbitrales...”, *cit.*, 338 afirme que “La consonancia entre la Ley de Arbitraje y los Reglamentos de tan reputadas instituciones arbitrales es, por tanto, total”.

⁴³¹ En este sentido, resulta interesante apuntar que este régimen también podría haberse introducido en el art. 21 de tal Ley Modelo a propuesta de la delegación japonesa (Sesión 9ª del Grupo de Trabajo, celebrada en Nueva York entre los días 6 y 17 enero 1986, CN.9/263, 34), pero fue finalmente rechazada por el Grupo.

⁴³² M. F. Martín Moral, *El concurso...*, *cit.*, 55 y M. Gómez Jene, “Concurso y arbitraje...”, *cit.*, 96-97.

los árbitros le reconozcan un interés legítimo en obtener una solución definitiva del litigio (art. 38.2.a) LA); cuando las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones a pesar de no haberse resuelto la disputa (art. 38.2.b) LA); y cuando por cualquier otra razón los árbitros comprueben que la prosecución de las actuaciones resulta innecesaria o imposible (art. 38.2.c) LA).⁴³³ Dado que todos estos escenarios producen la terminación del arbitraje y que no todos ellos requieren la emisión de un laudo para su ordenación,⁴³⁴ resulta criticable que el art. 52.2 LC haya restringido la continuación de los procedimientos pendientes “hasta la firmeza del laudo”.⁴³⁵ Sin lugar a dudas, estos otros modos de terminación también han de quedar cubiertos por el precepto, aunque haya que recurrir a una interpretación *praeter legem*.

Conviene enfatizar, para concluir, que todas las soluciones aquí expuestas tanto respecto al comienzo y finalización del procedimiento de insolvencia como del procedimiento arbitral concuerdan con los apuntes que ya se hicieron en el Capítulo anterior respecto a los arts. 4.2.f) y 15 RI,⁴³⁶ evitando así las importantes disfunciones que podrían derivarse en caso de que el régimen conflictual previsto en el Reglamento no encontrará a su llegada al ordenamiento interno español una respuesta homóloga a la misma cuestión procesal.

2. Las posibles excepciones a la regla general

135. Como quedó apuntado en la introducción de esta Sección, el favor mostrado al arbitraje por parte del art. 52 LC no es de aplicación absoluta, sino que existen circunstancias en las que la legislación concursal prevé soluciones que pueden afectar a la eficacia de la vía arbitral. En primer lugar, esta cuestión surge de forma directa cuando el órgano jurisdiccional entiende que la mera existencia de pactos o convenios arbitrales puede suponer un perjuicio para la tramitación del concurso (art. 52.1 LC). En segundo lugar, la disponibilidad de la vía arbitral también puede verse comprometida en los casos en los que el contrato que contiene un convenio arbitral deja de existir como consecuencia de la potestad resolutoria del juez concursal (art. 61.2 LC). Tras estudiar cada una de estas posibilidades, el último apartado de este epígrafe analiza la eficacia que las mismas producen en el plano internacional.

⁴³³ Para un análisis detallado de estos preceptos, que excede del propósito de esta obra, vide S. Barona Vilar “Artículo 38. Terminación de las actuaciones” en S. Barona Vilar (coord.), *Comentarios...*, cit., 1283 y M.J. Molina Caballero, “Terminación de las actuaciones arbitrales” en J. L. González Montes (ed.), *Estudios...*, cit., 132.

⁴³⁴ El pronunciamiento de cierre definitivo podrá instrumentarse a través de otras resoluciones arbitrales permitidas por la Ley de Arbitraje. Misma crítica realiza M. F. Martín Moral, *El concurso...*, cit., 189.

⁴³⁵ Respecto a la (también) errónea referencia a la firmeza del laudo, vide con detalle el Capítulo V.B.1.a.

⁴³⁶ Vide Capítulo II.C.3.b.

a. *La suspensión del convenio arbitral por el juez concursal ex art. 52.1 LC*

136. Haciendo un guiño al régimen de ineficacia de los convenios arbitrales previsto en el art. 52.1 LC previo a la reforma de 2011, el tenor actual del precepto faculta al juez del concurso para ordenar la suspensión de tales convenios en determinadas circunstancias excepcionales. No obstante, la parquedad del precepto, la ausencia de práctica judicial al respecto y la inexistencia de una figura comparable en el Derecho comparado,⁴³⁷ convierten a esta cuestión en una de las más inciertas dentro del régimen concursal aplicable al arbitraje.⁴³⁸ Cuando, además, la posibilidad de suspensión se plantea en el contexto de convenios arbitrales internacionales, el elemento trasfronterizo introduce dificultades adicionales en materia de Derecho internacional privado que han permanecido esencialmente inexploradas hasta la fecha. A continuación se estudian los tres aspectos más problemáticos.

i. El alcance territorial, objetivo y subjetivo de la suspensión

137. Desde un punto territorial, la facultad de suspensión se aplica a todos los convenios arbitrales que obliguen al deudor concursal, sean domésticos o internacionales. Esta lectura es coherente con la interpretación omnicomprendensiva del art. 52 LC defendida en la Sección anterior e implica que la posibilidad de desactivar los compromisos arbitrales depende exclusivamente del perjuicio que su existencia pueda causar para los intereses del concurso y no de la internacionalidad de la disputa, de la procedencia de las partes involucradas o de la localización de la sede arbitral.⁴³⁹

En este contexto resulta correcto hablar de desactivación y no de invalidación, terminación, extinción o resolución del convenio arbitral, pues lo que permite el art. 52.1 LC es únicamente la suspensión. Es decir, la congelación temporal y sobrevenida de los efectos competenciales prorrogatorios y derogatorios derivados de forma ordinaria de una cláusula compromisoria. Por tanto, ésta no es una medida definitiva, sino que el convenio arbitral recobrará su eficacia

⁴³⁷ Si acaso, algunos Estados de la Unión (Reino Unido e Italia) permiten la resolución de un convenio arbitral que vincule al concursado cuando el contrato subyacente que contenía tal convenio también haya sido resuelto *ex lege* o *ex parte* tras la apertura del procedimiento de insolvencia, pero, como se expone en el apartado siguiente, esta es una posibilidad conceptualmente distinta a la aquí estudiada.

⁴³⁸ Así lo demuestra el minucioso análisis de M. F. Martín Moral, *El concurso...*, *cit.*, 103-114, que habla de las “imprecisiones” y “numerosas dudas interpretativas”.

⁴³⁹ Así lo defiende también M. Gómez Jene, “El nuevo art. 52.1...”, *cit.*, 3-4 aunque realmente esta posición case mal con la posición del mismo autor, quien defiende que por efecto del art. 11 LC la primera frase del art. 52.1 LC no es de aplicación a los arbitrajes internacionales.

plena tan pronto como el procedimiento de insolvencia concluya por cualquiera de los medios previstos en el art. 176 LC o, incluso, cuando el juez competente ordene el levantamiento de la suspensión por entender que ha desaparecido el riesgo de perjuicio para la tramitación del concurso.⁴⁴⁰

138. En cualquier caso, la posibilidad de que un órgano jurisdiccional pueda pronunciarse de forma tan directa sobre la eficacia de un convenio arbitral ha llevado a algunos autores⁴⁴¹ a calificar el art. 52.1 LC como una excepción a la regla general de *kompetenz-kompetenz*. Este principio viene establecido en el art. 22 LA, según el cual

“Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia [...]”.

La posición de estos autores parece desacertada. Primero, porque como ya quedó dicho en el Capítulo anterior,⁴⁴² *kompetenz-kompetenz* no supone necesariamente una regla de exclusividad en cuanto a la persona autorizada para decidir sobre la competencia del tribunal. Simplemente implica el reconocimiento de la potestad de los árbitros para decidir sobre esta cuestión de forma adicional (y, según Estados, también prioritaria) a los órganos judiciales. Segundo, porque la razón que subyace la decisión de suspensión tiene origen exclusivamente concursal y, por lo tanto, nunca podría quedar sujeta al poder decisorio de un tribunal arbitral, cuya competencia excluye las materias atribuidas de forma exclusiva y excluyente al juez del concurso incluso en situaciones internacionales (arts. 11 LC y 3 RI). Y tercero, porque la posibilidad de suspensión solo se aplica a los convenios que todavía no se encuentran activados y que no han dado lugar a un procedimiento arbitral en trámite, por lo que carece de sentido definir esta regla a la luz de un principio (*kompetenz-kompetenz*) que requiere para su eficacia de la existencia (aun futura) de un tribunal arbitral. Es decir, no es posible que el art. 52.1 LC coincida con la actividad arbitral pues, tan pronto como haya sido activado el convenio, el juez del concurso carece de competencia para ordenar la suspensión del arbitraje.

139. Más allá de esta cuestión, lo verdaderamente relevante de la suspensión autorizada por el art. 52.1 LC es que durante su periodo de vigencia la ineficacia del convenio arbitral produce la aplicación de las normas de atribución de competencia y de *vis attractiva* propias del régimen

⁴⁴⁰ La doctrina es unánime al respecto. Vide, por todos, M. F. Martín Moral, *El concurso...*, cit., 105 y S. González Malabía, “Disposición final...”, cit., 2126-2127.

⁴⁴¹ Entre ellos, P. Martínez-Gijón Machuca, “Efectos de...”, cit., 58 y M. Gómez Jene, “El nuevo art. 52.1...”, cit., 4.

⁴⁴² Capítulo II.C.3.a.

concurzal. Es decir, a pesar de su carácter temporal, la suspensión no se trata de una medida que produzca la mera detención provisional de los efectos del convenio con el fin único de adaptar la vía arbitral a las peculiaridades concursales, sino que la misma despliega efectos prolongados en el tiempo y muta íntegramente el régimen competencial aplicable a la disputa civil o mercantil en cuestión.

Esta precisión tiene importantes implicaciones conflictuales. En efecto, como ha quedado expuesto con anterioridad, a la hora de identificar el régimen apropiado de ley aplicable para las situaciones concursales transfronterizas resulta necesario distinguir entre cuestiones de naturaleza competencial y aspectos de carácter procedimental. Mientras las primeras quedan siempre gobernadas por la *lex fori concursus*, los segundos tienen un tratamiento conflictual variable dependiendo del estado de tramitación del procedimiento individual de que se trate. Sobre esta base, el efecto claramente competencial de la suspensión prevista en el art. 52.1 LC lo convierte en una materia que siempre vendrá regulada por la *lex fori concursus*. Ello implica que la posibilidad de que se pueda recurrir a esta medida quedará en todo caso condicionada a que el concurso se haya abierto ante tribunales españoles. También será solo en esos casos que podrá plantearse la posibilidad de someter a acción de anulación a los laudos que hayan sido dictados en contravención con la suspensión ordenada por el juez concursal (art. 41.1.a) LA),⁴⁴³ al igual que también podrá predicarse la inviabilidad de esos laudos a efectos de reconocimiento y ejecución (art. 44 LA).⁴⁴⁴ Por el contrario, cuando una de las partes de un convenio arbitral con sede en España esté sometida a un procedimiento de insolvencia en el extranjero, los tribunales españoles (en tanto que tribunales de la sede) no podrán recurrir al art. 52.1 LC para ordenar la suspensión del convenio, incluso si tal procedimiento ha sido plenamente reconocido en España.

140. Finalmente, resulta necesario explorar brevemente la eficacia de esta medida en el contexto de los arbitrajes multiparte. En estos supuestos, la doctrina general se posiciona a favor de reconocer un efecto relativo a la suspensión, de modo que ésta solo opere frente al concursado

⁴⁴³ S. González Malabia, “Disposición final...”, *cit.*, 2124. Misma solución era defendida antes de la reforma de 2011 en relación con los laudos contrarios a la prohibición de la anterior versión del art. 52.1 LC. Vide E. Herrera Cuevas, *Manual de la Reforma Concursal* (Madrid: Editorial Jurídica Europea de Derecho, 2004) 314 y R. Bellido Penadés, “Artículo 52...”, *cit.*, 1014.

⁴⁴⁴ Con respecto a la problemática que surge en estos casos cuando la sede del arbitraje o el lugar en el que se pretende la ejecución no coinciden con el *forum concursus* vide los Capítulos IV.D y V.B.

y no frente a las otras partes obligadas.⁴⁴⁵ Sin embargo, no es posible aceptar esta posición sin realizar varias matizaciones.

Es cierto que si la regla general sobre la que se asienta el art. 52.1 LC es la eficacia plena de los convenios arbitrales a pesar de la declaración de concurso, la posibilidad excepcional de que se ordene su suspensión ha de interpretarse de forma restrictiva, de modo que no afecte a los compromisos arbitrales asumidos por otras partes a través del mismo convenio. Aunque esta medida genere el riesgo de producir procedimientos paralelos y pronunciamientos inconsistentes, es una solución acorde con la jurisprudencia desarrollada al amparo de la actual Ley Concursal en materia de acumulación de acciones e incidente concursal.⁴⁴⁶ En esos casos, los órganos judiciales se han mostrado de acuerdo en reconocer que el régimen concursal obliga a fragmentar procedimientos y a denegar la acumulación de las acciones en el foro concursal, a pesar de que ésta no sea la alternativa más económica desde la perspectiva de cada una de las disputas.⁴⁴⁷

Sin embargo, la puesta en práctica de esta solución encuentra importantes obstáculos en aquellos casos en los que la disputa involucre de forma necesaria a una pluralidad de partes entre las que se encuentre el deudor concursal. Es decir, casos de litisconsorcio necesario. Estos escenarios se caracterizan por la existencia de una única relación jurídica que vincula de forma sustantiva a una pluralidad de sujetos y a los que el ordenamiento jurídico impone un tratamiento unitario tanto en el plano material como procesal. La jurisprudencia demuestra que la introducción de este régimen de inescindibilidad⁴⁴⁸ en el contexto concursal produce un cambio de criterio respecto a la fragmentación y desacumulación de procedimientos generalmente permitida, pasando a decantarse de forma indubitada por una solución que permite la tramitación conjunta de la disputa de acuerdo con la necesidad de respetar el

⁴⁴⁵ Vide en este sentido M. F. Martín Moral, *El concurso...*, cit., 106; “Efectos de...”, cit., 60; S. González Malabia, “Disposición final...”, cit., 2123 y 2127; F. Cordón Moreno, “Concurso y convenios...”, cit., 173; L. Montes Saralegui y C. Velasco Papineschi, “Convenio arbitral...”, cit., 98; y, en relación con el anterior régimen, y J. M. García-Quílez Gómez, “Arbitraje y deudor concursal. Panorama anterior y posterior a la Ley concursal 22/2003”, en *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia* (Madrid: Marcial Pons, 2005), Vol. 3, 2766, 2783; J. Alonso-Cuevillas Sayrol, “Comentario al artículo 52” en A. Salas Reixachs, F. Mercadal Vidal y J. Alonso-Cuevillas Sayrol (coords.) *Nueva Ley Concursal* (Barcelona: Bosch, 2004) 294, 297; y R. Bellido Penadés, “Artículo 52...”, cit., 1014.

⁴⁴⁶ Vide F. Cordón Moreno, *Proceso Concursal* (Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi, 2013) 3ª ed., 53-55, con referencia a los Autos de la AP Guipúzcoa (Sección 2ª), de 30 diciembre 2010, y de la AP Sevilla (Sección 6ª), de 30 junio 2010, y al Acuerdo alcanzado por los Jueces de lo Mercantil con ocasión de su encuentro en Valencia en diciembre de 2004.

⁴⁴⁷ *Id.*

⁴⁴⁸ Como así la califica la Sentencia del TS de 29 enero 1996, tal y como explica F. Cordón Moreno, *Proceso Concursal...*, cit., 54.

litisconsorcio de partes litigantes.⁴⁴⁹ Se deriva de esta postura que, cuando una disputa esté cubierta por un convenio arbitral, la escisión de procedimientos generalmente derivada de la suspensión del mismo no tendrá cabida en aquellos casos en que el contenido de la disputa y la naturaleza de la relación obligacional subyacente demuestren la existencia de vínculos inescindibles que impidan su disponibilidad parcial por parte de uno o varios de sus sujetos parte y requieran la emisión de un único pronunciamiento.

Sobre esta base, corresponde ahora determinar cuál es el cauce procesal adecuado para poner en práctica esta solución. Dos opciones son posibles: ignorar la suspensión del convenio y mantener la vía arbitral abierta para todas las partes, incluido el concursado,⁴⁵⁰ o, por el contrario, extender la ineficacia del convenio con respecto a todas las partes involucradas y someterlas a un procedimiento judicial único. A pesar de la escasa doctrina jurisprudencial al respecto,⁴⁵¹ parece acertado decantarse por la segunda alternativa pues, a pesar de contradecir el alcance relativo tradicionalmente predicado de la suspensión del art. 52.1 LC, representa la única vía para conjugar con éxito la obligación de garantizar la primacía del interés concursal con la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario. Es, además, una solución acorde con la respuesta dada en otros países cuando el régimen de invalidez sobrevenida prevista en la legislación concursal afecta a convenios arbitrales multiparte⁴⁵² y, finalmente, constituye una postura coherente con la doctrina jurisprudencial que se ha forjado en España en sede de acumulación de acciones e incidente concursal. En efecto, cuando órganos judiciales se han encontrado con situaciones litisconsorciales equivalentes a las aquí estudiadas y en las que la competencia podría haberse atribuido tanto al Juez Mercantil que conoce del concurso como al Juzgado de Primera Instancia o Mercantil ordinariamente competentes, la jurisprudencia ha

⁴⁴⁹ Auto de la AP Madrid (Sección 3ª), de 17 diciembre 2010. Con detalle, M. Díaz Martínez, *El incidente concursal. Un instrumento autónomo de la tutela en el concurso de acreedores* (Valencia: Tirant lo Blach, 2012), 33-36.

⁴⁵⁰ Esta opción equivaldría a forzar al deudor concursal a que se sumara al arbitraje a pesar de que el convenio arbitral hubiera sido suspendido por el juez concursal, e iría en la línea con el régimen de *joinder* o acumulación forzosa de partes, cada vez más frecuente en el arbitraje internacional y crecientemente incorporado en los reglamentos institucionales.

⁴⁵¹ El autor únicamente ha podido identificar el Auto del JM Barcelona (núm. 3) de 15 abril 2009. Para un análisis del mismo, vide A. Colorado Arroyo, “Validez y eficacia de una cláusula de sumisión a arbitraje en un contrato multilateral, cuando una de las partes es declarada en concurso de acreedores. Comentario al Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona de 15 de abril de 2009” (2010) *Anuario contencioso para Abogados 2010. Los casos más relevantes sobre litigación y arbitraje en 2009 de los grandes despachos* 927.

⁴⁵² El caso más paradigmático lo constituye el ya mencionado Asunto *Elektrim* (vide *in extenso* el Capítulo II.A), en el que la invalidez ordenada por el art. 142 de la Ley Concursal polaca no solo se extendió a la sociedad concursada sino a las otras ocho partes codemandadas que también se encontraban obligadas por el convenio y que no habían sido sujetas a un procedimiento de insolvencia.

optado por anteponer el interés concursal sobre el de la partes litisconsorciales y ha otorgado competencia al juez concursal.⁴⁵³

En último lugar, la articulación de esta posición requiere una precisión adicional cuando la disputa tenga naturaleza trasfronteriza. Así, aunque la consecuencia natural de la doctrina descrita es que la competencia del juez del concurso con respecto al deudor se extiende también a terceras partes *a priori* no sujetas a dicho juez,⁴⁵⁴ no quiere ello decir que éste sea también el resultado en el caso de convenios arbitrales internacionales. Como ha quedado dicho, el verdadero efecto de la suspensión es la reactivación de las normas ordinarias de *vis attractiva* aplicables en ausencia de convenios arbitrales, por lo que, aunque en casos domésticos ello remita generalmente al juez concursal *ex arts.* 8 y 192.1 LC, en el plano trasfronterizo sólo implica el funcionamiento ordinario del régimen de competencia judicial internacional previsto en instrumentos institucionales (Reglamento Bruselas I bis), convencionales (Convenio de Lugano y Convenio bilateral con El Salvador) e internos (LOPJ y LC), lo que en los casos aquí analizados activará, sin lugar a dudas, las soluciones de cada uno de estos instrumentos en materia de pluralidad de partes y acumulación de procedimientos.

ii. Aspectos procesales de la adopción de la suspensión

141. El art. 52.1 LC no contiene una atribución competencial expresa en favor del juez concursal, sino que su tenor se refiere únicamente al “órgano jurisdiccional”. Sin embargo, no debe entenderse que con ello la Ley permite que existan otros órganos jurisdiccionales facultados para ordenar la suspensión del convenio distintos a ese Juez mercantil. Esto es, se ha de excluir la competencia de los tribunales nacionales y extranjeros pertenecientes a la sede del arbitraje, a pesar de las funciones de apoyo que generalmente desarrollan. También se ha de descartar a los tribunales que en ausencia de la cláusula arbitral serían ordinariamente competentes para conocer de la demanda civil o mercantil, ante los que no se podría presentar de forma supletoria a la acción principal una solicitud para que declarasen la suspensión del convenio arbitral antes de confirmar su competencia para resolver la disputa. Tal y como se

⁴⁵³ Vide así, el ya mencionado Auto de la AP Madrid (Sección 3ª), de 17 diciembre 2010 en el que se establece que “la existencia de terceros no sujetos al juez del concurso no es razón bastante para eludir la atribución en bloque del asunto a dicho juez”.

⁴⁵⁴ Aunque esta extensión subjetiva también viene condicionada a que el juez cuente con competencia objetiva sobre la materia de la disputa, como precisa acertadamente F. Cerdón Moreno, *Proceso Concursal...*, *cit.*, 55-56.

concluyó en el apartado anterior, la decisión acerca de la conveniencia de suspender la cláusula compromisoria para evitar el perjuicio en la tramitación del procedimiento de insolvencia es una cuestión estrictamente concursal que pertenece exclusivamente al juez del concurso español. Esta no es una solución que haga falta fundamentar en criterios de conveniencia, sino que deriva directamente de la distribución competencial impuesta por la legislación concursal, tanto en el plano interno como internacional.

142. Lo que no regula la Ley Concursal, sin embargo, es si la evaluación de la conveniencia acerca del mantenimiento de la eficacia del convenio ha de realizarse siempre a instancia de parte (el deudor, un acreedor o la administración concursal) o si, por el contrario, el propio juez del concurso goza de autoridad para llevar a cabo dicho análisis de oficio. En este sentido, parece que la necesidad de ofrecer el mayor número posible de canales que permitan tutelar el interés prioritario del concurso obliga a decantarse por una interpretación amplia del precepto, de modo que el juez no dependa de la iniciativa de las partes para ordenar la suspensión, ya que éstas ni siquiera tienen la obligación de comunicar la existencia de los convenios arbitrales que las vinculan.⁴⁵⁵ Ello no debe implicar, sin embargo, que la decisión al respecto pueda adoptarse *inaudita parte*. En este punto, como han afirmado algunas autoras,⁴⁵⁶ resulta conveniente apoyarse en una aplicación analógica del art. 61.1 LC que, en materia de resolución de contratos en interés del concurso, requiere la comparecencia ante el juez del concursado, de la administración concursal y de la otra parte en el contrato. No cabe ignorar, además, que la posibilidad de realizar alegaciones sobre este extremo permitirá al juez concursal evaluar con más detalle la conveniencia de la suspensión, contribuirá a fortalecer la motivación obligatoria que ha de contener el auto que, en su caso, ordene la medida y, en última instancia, permitirá evaluar la viabilidad de un eventual recurso de reposición contra tal resolución (arts. 197.3 LC y 451 LEC).⁴⁵⁷
143. Más allá de un efecto puramente ritual, la determinación de las posibles vías procedimentales por las que pueda empezar a debatirse la conveniencia de suspender la eficacia de un convenio arbitral tiene una importantísima relevancia práctica. Dado que el art. 52.1 LC está limitado a los casos en los que el convenio no ha sido activado y no ha dado lugar a ningún procedimiento

⁴⁵⁵ P. Martínez-Gijón Machuca, “Efectos de...”, *cit.*, 58-59.

⁴⁵⁶ L. Montes Saralegui y C. Velasco Papineschi, “Convenio arbitral...”, *cit.*, 98.

⁴⁵⁷ P. Martínez-Gijón Machuca, “Efectos de...”, *cit.*, 60; M. Gómez Jene, “El nuevo art. 52.1...”, *cit.*, 3; y J. M. de Alfonso Olive, “Un arbitraje más eficiente después de la Ley 11/2011: Comentarios prácticos iniciales” (2011) 3 *Revista Jurídica de Cataluña* 601, 620, aunque este último autor se muestra contrario a la posibilidad de interponer recurso contra el auto. La aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil para todo aquello que no esté previsto en la Ley Concursal está estipulada en la Disposición Final 5ª LC.

arbitral,⁴⁵⁸ surge el riesgo de que la parte que se oponga a la suspensión protagonice una *race to the arbitrator* tan pronto como sea informada de la declaración concursal, frustrando así la posibilidad de recurrir al art. 52.1 LC. Con el fin de evitar este tipo de prácticas, parece que será necesario recurrir a la teoría general de la litispendencia, de modo que goce de prioridad temporal la decisión de suspensión cuando en el momento de activación del arbitraje ya se hayan dado los pasos procesales mínimos que permitan identificar que la cuestión relativa a la activación del art. 52.1 LC ha sido solicitada por una de las partes o está siendo considerada por el juez concursal.

iii. Aspectos sustantivos del análisis requerido para la suspensión

144. Según el propio tenor del precepto, la posibilidad de ordenar la suspensión del convenio arbitral está sometida a dos requisitos. Sin lugar a dudas, el primero y principal hace referencia a la necesidad de que el juez mercantil entienda que tal convenio pudiera suponer un perjuicio para la tramitación del concurso, mientras que el segundo simplemente condiciona la viabilidad de esta medida a que no sea contraria al régimen previsto por los tratados internacionales ratificados por España. La innecesaridad de incluir una referencia expresa a la primacía del régimen internacional sobre el de origen interno ya fue tratada con detalle en la Sección anterior. Sin embargo, resulta interesante reseñar en este punto que tal remisión había sido eliminada del precepto tanto en el Anteproyecto como en el Proyecto de Ley previos a la reforma de 2011, cuya redacción se limitaba a disponer que

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

Frente a la sencillez de esta solución, fue la enmienda número 65, de modificación, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista⁴⁵⁹ la que añadió la segunda frase al art. 52.1 LC, introduciendo así la posibilidad de suspensión del convenio en interés del concurso y sometiendo esta facultad a “lo dispuesto en los Tratados internacionales”.

Esta adición convierte al actual tenor del art. 52.1 LC es merecedor de un doble reproche. Primero, porque reintroduce una remisión al régimen internacional que había sido criticada en repetidas ocasiones por la doctrina y cuya redundancia había llevado a los redactores del

⁴⁵⁸ Para la determinación de este momento, vide el apartado B.1.d) en este mismo Capítulo.

⁴⁵⁹ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Serie A: Proyectos de Ley, 22 diciembre 2010, núm. 85-15, 38.

Proyecto y Anteproyecto a eliminarla. En segundo lugar, porque el tenor aprobado parece limitar la importancia de los tratados internacionales a la cuestión de la posible suspensión de los convenios arbitrales vinculantes para el concursado, cuando realmente la primacía de la solución internacional ha de aplicarse no solo a esta posibilidad sino también a la regla general del art. 52.1 LC. Es decir, la superioridad jerárquica de los tratados actúa con respecto a todas las normas españolas de origen interno y, con excepción de la cláusula *favor arbitrii* prevista en el art. VII.1 del Convenio de Nueva York,⁴⁶⁰ opera independientemente de que su régimen sea más o menos favorable para la eficacia de los convenios arbitrales, por lo que también podría producir la inaplicación de cualquier otro aspecto del art. 52 LC si existiera una solución que la contraviniera.

145. Más allá de este inciso, el verdadero punto crítico para la aplicación del precepto es la necesidad de determinar el contenido específico de la expresión “perjuicio para la tramitación del concurso”, pues la ausencia de orientaciones hermenéuticas de origen legislativo y la falta de jurisprudencia relacionada acentúan el enigma que envuelve a esta expresión y permiten la existencia de interpretaciones abusivas contrarias a la visión favorable al arbitraje que inspira la regla general del art. 52.1 LC.⁴⁶¹ Varios apuntes han de realizarse en este respecto.

El perjuicio no puede venir referido a la existencia misma del convenio arbitral, en el sentido de que el régimen del art. 52 LC tras la reforma de 2011 ha demostrado que el legislador no concibe el arbitraje como una opción menos válida o más perjudicial que la tramitación judicial, sino que parte de su equivalencia a efectos concursales.⁴⁶² Sin embargo, no quiere ello decir que el perjuicio haya de encontrarse únicamente en los efectos nocivos que el convenio arbitral, en sí mismo considerado, pueda desplegar con respecto a la insolvencia. También puede incluir los perjuicios que podrían derivarse de su activación y conversión en un procedimiento arbitral. Esto no contradice el régimen permisivo del art. 52.2 LC, pues una cosa es que el legislador haya optado por permitir que los arbitrajes en curso en el momento de la declaración del concurso puedan continuar hasta su finalización y otra muy distinta es que ese mismo régimen permita la desactivación excepcional y anticipada de aquellos convenios cuya derivación en un procedimiento podría resultar perjudicial.

⁴⁶⁰ Que otorga prioridad a las soluciones convencionales o nacionales que proporcionen un régimen más favorable para el arbitraje que el previsto en el CNY.

⁴⁶¹ Así lo advierte R. Escaler Bascompte, “La injustificada reforma de la ley de arbitraje por los escasos cambios sustanciales que comporta” (2012) 1 *Justicia: revista de derecho procesal* 389, 423.

⁴⁶² J. M. de Alfonso Olive, “Un arbitraje...”, *cit.*, 619-620.

Sin lugar a dudas, los escenarios más claros para el ejercicio de la potestad suspensiva del art. 52.1 LC se darán cuando sea posible identificar la existencia de maquinaciones fraudulentas entre el deudor y alguno o algunos de sus acreedores que pretendan emplear el arbitraje como mecanismo evasor de los imperativos concursales.⁴⁶³ Sin perjuicio de la obvia dificultad de probar el fraude a través de la mera conclusión de un convenio arbitral sin que ésta haya dado lugar a procedimiento o laudo alguno,⁴⁶⁴ la posibilidad de suspender en estos casos el pacto arbitral es coherente con la acción especial que también prevén los 53.2 y 86 LC para impugnar los laudos dictados como consecuencia de prácticas fraudulentas en el seno del arbitraje.⁴⁶⁵

146. Fuera de estos supuestos, el silencio hermenéutico que rodea a este precepto puede suplirse a través del recurso a expresiones similares empleadas por el legislador en otros puntos de la Ley Concursal. En este contexto, el art. 61 LC ofrece un útil criterio interpretativo pues, a pesar de proclamar como regla general que la declaración de concurso no afecta a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, su segundo apartado autoriza al juez concursal para que pueda ordenar la resolución de dichos contratos “si lo estimara conveniente al interés del concurso”.⁴⁶⁶ Aunque este precepto no se aplica directamente a los convenios arbitrales, como se explica en el siguiente epígrafe, la frecuencia con la que su tenor ha sido objeto de discusión doctrinal y jurisprudencial ofrece orientaciones interpretativas válidas para el art. 52 LC.

En este sentido, puede defenderse que el posible perjuicio en la tramitación del concurso no ha de definirse a la luz del interés de la contraparte del arbitraje, ni del de un acreedor en particular o de los terceros, sino que ha de venir referido al interés colectivo de todos los acreedores concurrentes en el concurso.⁴⁶⁷ Es decir, el interés de la masa,⁴⁶⁸ independientemente de que esa decisión pueda perjudicar a la otra parte signataria del

⁴⁶³ Con la misma opinión, M. F. Martín Moral, *El concurso...*, cit., 254 y P. Martínez-Gijón Machuca, “Efectos de...”, cit., 98.

⁴⁶⁴ Así lo apunta F. Cordón Moreno, “Artículo 53. Sentencias y laudos firmes” en F. Cordón Moreno (dir.), *Comentarios...*, 2010, cit., Vol. I, 620, 623.

⁴⁶⁵ Acción que se explica con detalle en el Capítulo V.A.3.

⁴⁶⁶ La expresión “interés del concurso” también se emplea en los arts. 33, 42, 62, 84, 92, 148 y 165 LC, aunque carece de definición en todo el texto de la Ley.

⁴⁶⁷ M. Olivencia Ruiz, *La terminología jurídica de la reforma concursal* (Madrid: Iustel, 2006) 203 y A. Martínez Flores, “Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas” en E. Beltrán Sánchez y A. Rojo Fernández-Río (coord.) *Comentario...*, cit., 1117, 1147.

⁴⁶⁸ Aunque la equiparación entre interés de la masa e interés del concurso sea una materia polémica. Vide E. Aznar Giner, *La resolución del contrato en interés del concurso* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2009) 19-22 y J. Hernández Martí, “Efectos de la declaración del concurso” en J. Hernández Martí (coord.) *Concurso e insolvencia punible* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004) 248, 259.

convenio arbitral.⁴⁶⁹ No cabe duda de que la definición de este interés ha de venir guiada principalmente por un criterio de carácter económico o patrimonial, de modo que su concreción, aun pudiendo variar en el tiempo,⁴⁷⁰ vendrá marcada por la necesidad de conservar o, en su caso, incrementar la integridad y el valor de los activos del deudor en beneficio de los acreedores.⁴⁷¹

147. La aplicación de este criterio para evaluar el perjuicio que un procedimiento arbitral pueda producir para la tramitación del concurso requiere algunas precisiones cuando se trate de disputas internacionales. Tal y como quedó expuesto en la Sección anterior, el alcance de la competencia del juez del concurso no es idéntico para todas las acciones, sino que cuando exista un elemento internacional ésta queda restringida a “aquellas acciones que tengan su fundamento jurídico en la legislación concursal y guarden una relación inmediata con el concurso”. Esto implica que la suspensión de convenios arbitrales sobre disputas de naturaleza civil y mercantil en escenarios transfronterizos no genera necesariamente los efectos de concentración competencial (*vis attractiva concursus*) que tradicionalmente se anudan a la decisión de suspensión en casos internos, sino que el único efecto de la decisión suspensiva en situaciones internacionales será la reactivación de las normas ordinarias de competencia judicial internacional de origen institucional, convencional e interno. Desde esta perspectiva, la evaluación sobre los posibles perjuicios derivados de la existencia de un convenio arbitral que vincule al deudor insolvente no han de ser evaluados tomando como referencia los parámetros propios de la resolución de la disputa a través de un incidente concursal en el seno del procedimiento del insolvencia, sino de acuerdo con los costes y trámites requeridos por el foro que sería verdaderamente competente en ausencia de pacto arbitral.

Sobre esta base, resultará generalmente imposible afirmar con certeza que el arbitraje *per se* vaya a constituir un foro más o menos favorable para los intereses sustantivos del concursado, incluso si el juez del concurso pretende objetivizar el análisis de conveniencia sobre criterios basados en las expectativas de coste y tiempo derivados de resolver una posible disputa a través de arbitraje o frente a tribunales nacionales. Así, es cierto que el arbitraje, sobre todo

⁴⁶⁹ A diferencia de la opinión general en el marco del art. 61 LC (vide la Sentencia del JM Palma de Mallorca (núm. 1), de 28 septiembre 2007, FJ 7º), no resulta claro que esa parte esté legitimada a recibir compensación como consecuencia de la suspensión del convenio arbitral y, en su caso, cómo habrá de cuantificarse el daño causado, pues este no es un caso ni de incumplimiento ni de resolución del convenio.

⁴⁷⁰ La definición del “interés del concurso” como un concepto dinámico en el tiempo la defiende I. Tirado Martí, “Interés del concurso” en E. Beltrán Sánchez y J.A. García Cruces (dirs.), *Enciclopedia de Derecho Concursal* (Cizur Menor: Aranzadi, 2012).

⁴⁷¹ En este sentido, vide el Auto del JM Córdoba, de 25 febrero 2005, y M. Gómez Mendoza, “Efectos del concurso sobre los contratos: cuestiones generales” en *Estudios sobre la Ley concursal...*, cit., Vol. 3, 2812.

en el plano internacional, puede venir tradicionalmente vinculado a elevados costes de asesoría y resolución, pero tampoco puede ignorarse que la existencia de diversas instancias de apelación propias de la vía judicial y la posible necesidad de superar los trámites de exequátur para hacer valer la resolución resultante en el seno del procedimiento de insolvencia⁴⁷² dificultan poder concluir de antemano que la mera existencia del convenio arbitral vaya a resultar en un perjuicio para el concurso.

Otra cuestión, no obstante, es que la ausencia de recursos inherente a la situación de insolvencia impida la realización de los pagos iniciales que son frecuentemente requeridos para el comienzo de la tramitación arbitral (sobre todo cuando existen instituciones arbitrales involucradas) y que tal impedimento actúe como obstáculo fáctico para la activación efectiva del convenio arbitral y para el ejercicio del derecho de acción.⁴⁷³ Aunque, a diferencia de otros Estados, la jurisprudencia española ha permanecido ajena a la calificación de esta circunstancia como una causa de ineficacia *de facto* de la cláusula compromisoria,⁴⁷⁴ es posible defender que la previsión de que pueda darse esta situación constituirá motivación suficiente para recurrir a la suspensión prevista en el art. 52.1 LC.⁴⁷⁵

148. En último lugar, parece que tampoco resulta acertado equiparar la definición del perjuicio de la tramitación del concurso con el posible daño al principio de la *par conditio creditorum*, como erróneamente ha indicado algún autor.⁴⁷⁶ Aunque esa lógica pueda tener mucho más sentido en el contexto del art. 61.2 LC,⁴⁷⁷ la verdadera relevancia de dicho principio se despliega con ocasión de la satisfacción de las deudas y la eventual distribución de los bienes entre los acreedores. En cambio, no produce ningún efecto directo e invocable en relación con la determinación del procedimiento empleado para resolver las posibles disputas entre el

⁴⁷² Respecto a este punto vide, con detalle, el Capítulo V.B.

⁴⁷³ Respecto a este problema vide, por todos, C. Dupeyron y F. Poloni, “Procédure de Liquidation d’une partie, arbitrage et droit d’accès à la justice: vers une réconciliation?” (2013) 31(4) *ASA Bulletin* 904; *id.* “Procédure de liquidation d’une partie, arbitrage et droit d’accès à la justice: l’impossible équation?” (2012) 30(2) *ASA Bulletin* 467; A. C. Cremades, “La falta de recursos económicos para participar al arbitraje pactado” (2010) 8 *Revista del Club Español del Arbitraje* 151.

⁴⁷⁴ De hecho, el art. 21.2 LA prevea que “A falta de provisión de fondos por las partes, los árbitros podrán suspender o dar por concluidas las actuaciones arbitrales”, aunque cabe la posibilidad de que una parte supla la falta de provisión de la otra. A pesar de ello, resulta sorprendente que el Auto de la AP Barcelona (Sección 15ª) de 29 abril 2009 (Asunto *Pirelli*) ofreciera un tratamiento tan escueto al respecto (“La carencia o insuficiencia de medios económicos para afrontar el coste del procedimiento arbitral ante la CCI no es una razón jurídica válida para establecer la ineficacia del convenio arbitral”). Sobre todo porque en esa misma disputa, pero ante tribunales franceses, esa cuestión devino el centro del debate judicial. Vide las Sentencias de la Cour d’appel de Paris, de 17 noviembre 2011, y de la Cour de cassation, de 28 marzo 2013, disponibles respectivamente en (2012) 30(2) *ASA Bulletin* 459 y (2013) 31(4) *ASA Bulletin* 899.

⁴⁷⁵ Aunque en sede del art. 61.2 LC se haya dicho que la mera imposibilidad de cumplir con las obligaciones sea razón suficiente para resolver el contrato. Vide el Auto del JM Barcelona (núm. 3), de 25 noviembre 2004.

⁴⁷⁶ S. González Malabia, “Disposición final...”, *cit.*, 2126.

⁴⁷⁷ Así lo declara la ya mencionada Sentencia del JM Palma de Mallorca (núm. 1), de 28 septiembre 2007.

concurtido y sus acreedores, pues en esa fase la tutela solicitada tiene naturaleza declarativa y no ejecutiva. No obstante, incluso si se entiende que la *par conditio* impregna toda la tramitación del concurso y se manifiesta en un tratamiento igualitario de los acreedores desde un punto de vista procesal, ha de enfatizarse la idea ya mencionada de que la disparidad que pueda derivarse por la existencia de varios cauces procesales en los que diferentes partes interesadas resuelvan sus controversias con el concursado no puede equipararse con una infracción de dicho principio, pues tal variedad de procedimientos ha sido implícitamente sancionada por el propio legislador mediante el trato favorable hacia el arbitraje en el art. 52 LC y la autorización de procedimientos individuales internacionales en el art. 11 LC.

b. Las implicaciones arbitrales de la potestad resolutoria del art. 61.2 LC

149. Tal y como se apuntó sucintamente en la anterior Sección, el art. 61 LC proporciona el régimen general relativo a los efectos de la declaración de concurso sobre la validez y eficacia de los contratos con obligaciones recíprocas. La regla general prevé que la apertura de un procedimiento de insolvencia no afectará a la vigencia de estos contratos cuando las obligaciones estén pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte (art. 61.2 LC). Ello opera incluso en los casos en los se haya incluido una cláusula por la que se establezca la extinción automática del contrato o la facultad de resolverlo por la sola causa de que una de sus partes sea declarada en concurso. Por efecto del art. 61.3 LC, tales cláusulas se tienen por no puestas. Es decir, la Ley no contempla ni la resolución *ex lege* ni permite la resolución *ex contractus*. Este régimen es predicable tanto con respecto de contratos internos como internacionales.

Sin perjuicio de este régimen claramente continuista, el mismo artículo proporciona una importante excepción en línea con otros Estados de la Unión.⁴⁷⁸ Así,

“[...] la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso. El secretario judicial citará a comparecencia ante el juez al concursado, a la administración concursal y a la otra parte en el contrato y, de existir acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, el juez dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con

⁴⁷⁸ Vide, en general, R. Cabrillac, “Effets des crises financières sur la force obligatoire des contrats” (2014) 2 *Revue internationale de droit comparé* 337 y M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *The European...*, cit., 122, citando el Informe Virgós/Schmit, pár. 116.

lo acordado. En otro caso, las diferencias se sustanciarán por los trámites del incidente concursal y el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa.[...]"

Es decir, el art. 61.2 LC permite dos modos excepcionales de resolución: la prescrita mediante auto en el que se sanciona el acuerdo alcanzado entre todas las partes del contrato y la administración concursal tras la apertura del procedimiento;⁴⁷⁹ y la ordenada por el juez concursal a instancia de parte y en interés del concurso, aun no existiendo acuerdo entre el deudor, la contraparte y la administración con respecto a la procedencia de la resolución y los efectos de la misma.

150. Sin lugar a dudas, el régimen contenido en este precepto es subsumible dentro de lo que el art. 4.2.e) RI describe como “los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los contratos en vigor en los que el deudor sea parte”.⁴⁸⁰ Ello implica, por tanto, que su aplicación vendrá condicionada a que el concurso de acreedores haya sido declarado en España.⁴⁸¹ Mención aparte merece la regla del art. 61.3 LC, pues no debe confundirse el hecho de que la eficacia de una cláusula resolutoria se active como consecuencia de la declaración del concurso, con el hecho de que ésta tenga que venir sometida al régimen concursal *ex* art. 4.2.e) RI. Por el contrario, la cláusula forma parte de la infraestructura contractual diseñada por las partes, por lo que ha de ser la ley aplicable al contrato, generalmente determinada a través del Reglamento Roma I, la que regule su validez y eficacia. Únicamente cabrá excepcionar esta solución si el régimen del art. 61.3 LC es calificado de norma de policía aplicable en virtud del art. 9 Roma I, lo cual parece poco acertado dados los estrictos requisitos exigidos por el primer apartado de dicho precepto y, además, ha sido ya descartado por algún autor.⁴⁸²
151. El régimen del art. 61.2 LC plantea varias cuestiones relevantes para el arbitraje. En primer lugar, se ha de enfatizar que de la misma manera que la suspensión de la cláusula arbitral según el art. 52.1 LC no afecta a la eficacia del contrato principal,⁴⁸³ tampoco puede defenderse, de forma inversa, que la resolución de dicho contrato en virtud del art. 61.2 LC

⁴⁷⁹ El juez no puede oponerse a la resolución si hay acuerdo entre las partes. E. Aznar Giner, *La resolución...*, *cit.*, 46, citando la Sentencia del JM Madrid (núm. 1), de 21 octubre 2005.

⁴⁸⁰ K. Pannen y S. Riedemann, “Article 4...”, *cit.*, 226.

⁴⁸¹ La misma regla deriva del art. 200 LC para casos en los que no se aplique el Reglamento de Insolvencia, aunque no recoja una expresión equivalente al art. 4.2.e) RI.

⁴⁸² Vide, en este sentido, A. Espiniella Menéndez, “La contratación internacional...”, *cit.*, 112 aunque el autor se muestre a favor de incluir el art. 61.3 LC dentro del ámbito regulatorio de la ley concursal y del art. 4.2.e) RI.

⁴⁸³ Esta separación de efectos era incluso defendible bajo el régimen anterior a la reforma del 2011, como afirmaba F. Cerdón Moreno, “Las relaciones entre el concurso y el arbitraje” (2008) 15 *Anuario de Derecho Concursal* 19, 29.

despliegue necesariamente el mismo efecto extintivo sobre el convenio arbitral. Ello deriva del principio de separabilidad recogido en el art. 22 LA, que reconoce entidad propia y autonomía legal al compromiso arbitral. El acierto de esta diferenciación en el marco del art. 61.2 LC constituye una cuestión pacífica en la doctrina española,⁴⁸⁴ en línea con la consolidada jurisprudencia nacional en materia de separabilidad.⁴⁸⁵ Además, es la solución que también puede encontrarse en las legislaciones concursales de otros Estados como Francia y Suiza,⁴⁸⁶ aunque también sea posible identificar propuestas menos pro-arbitrales en el Reino Unido⁴⁸⁷ e Italia.⁴⁸⁸

152. En segundo lugar, también ha de excluirse la posibilidad de que la facultad de resolución del art. 61.2 LC pueda emplearse directamente contra los convenios arbitrales en tanto que contratos individualmente considerados. Esta opción había sido propuesta por algunas autoras

⁴⁸⁴ Por todos, P. Iñiguez Ortega, “Los efectos del concurso del empresario en el sistema arbitral” (2012) 27(2) *Anuario de Derecho Concursal* 179, 192; F. Cordón Moreno, “Las relaciones...”, *cit.*, 29; P. Perales Viscasillas, “Los efectos del concurso...”, *cit.*, 1843.

⁴⁸⁵ Sentencia del TS (Sala de lo Civil), de 28 abril 1994; y Sentencias de la AP Asturias (Sección 7ª), de 14 junio 2011; AP Madrid (Sección 10ª), de 3 junio 2002; AP Alicante (Sección 4ª), de 22 septiembre 1999; y AP Álava (Sección 3ª), de 16 febrero 1993.

⁴⁸⁶ Vide A. Mourre, “Arbitraje y Derecho Concursal: Reflexiones sobre el papel del juez del concurso y del árbitro” (2006) *Revista Española de Arbitraje* 227, 230 con referencia a jurisprudencia de ambos estados.

⁴⁸⁷ La sec. 349A *Insolvency Act* 1986 (para concursos en Inglaterra y Gales) y la sec. 320A de la *Insolvency (Northern Ireland) Order* 1989 (en el caso de Irlanda de Norte) disponen que la renuncia de un contrato del deudor concursado persona física por parte de la administración produce la desactivación tácita del convenio, aunque el juez del concurso puede reactivarlo si lo considera conveniente a solicitud de la contraparte o de la administración con consentimiento de la junta de acreedores. Este régimen no es aplicable en el caso de insolvencia de personas jurídicas, aunque la jurisprudencia ha entendido que la posibilidad del administrador en estos concursos de desprenderse de los contratos gravosos (sec. 178(3)(a) IA) incluye también la posibilidad de excluir la aplicación de convenios arbitrales individual o conjuntamente con el contrato que los acoge. Esta solución se suma, además, al *moratorium* de acciones individuales impuesto con carácter general por el pár. 43 *Schedule B1* IA (para los casos de *administration*) y por la sec. 130 IA (para los casos de *liquidation*). De forma crítica con la solución inglesa se expresan G. Kaufmann-Kohler y L. Lévy, “Insolvency...”, *cit.*, 268.

⁴⁸⁸ A pesar de que la Sentencia de la Corte de Casación de 17 abril 2003, núm. 6165, ya estableció que el administrador del concurso está vinculado por el convenio arbitral que haya sido concluido por el deudor antes de la declaración del concurso, tras la reforma de 2006 del art. 83 bis de la *Legge Fallimentare* italiana (*Regio Decreto* de 16 marzo 1942, núm. 267, de *disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa - Gazzetta Ufficiale* de 6 abril 1942, núm. 81) se entiende que cuando un administrador concursal decida poner fin a un contrato del que es parte la concursada, si en ese momento existe un procedimiento arbitral abierto en relación con dicho contrato, el arbitraje se dará por concluido. Según la doctrina italiana, que es mayoritariamente crítica con el precepto, este régimen afecta tanto a los procedimientos arbitrales pendientes como a los convenios que no han sido activados en el momento de la declaración de concurso. Vide S. Ballestrazzi, *L'arbitrato nel fallimento alla luce delle recenti riforme* (Universita di Bologna, 2011) disponible en www.osservatorio-oci.org, 122; E. Frascaroli Santi, “L’art. 83-bis e i problemi irrisolti nei rapporti tra fallimento e giudizio arbitrale” en F. Auletta, G.P. Califano, G. Della Pietra y N. Rascio (coord.), *Sull’arbitrato...*, *cit.*, 367, 372; M. Farina, “Commento all’art. 83 bis” en L. Ghia et al., *Trattato delle procedure concorsuali* (Turín: Utet, 2010) vol. 2, 629; E. Bertacchini et al., *Manuale di Diritto Fallimentare* (Milán: Giuffrè, 2007) 267-268; A. Nigro y M. Sandulli, *La riforma della Legge Fallimentare* (Turín: Giappichelli, 2006) Vol. II, 491; G.U. Tedeschi, *Manuale del nuovo Diritto Fallimentare* (Padua: CEDAM, 2006) 358-359. Así lo confirma también la escasa jurisprudencia en la materia (Sentencia del Tribunal de Udine, de 23 agosto 2013, n. 1085, disponible en <http://www.unijuris.it/node/2035>). La misma literatura también parece entender que la misma solución ha de aplicarse tanto al arbitraje doméstico como al internacional.

durante el proceso legislativo previo a la reforma del art. 52 LC en 2011, pero acabó por no recibir refrendo legal.⁴⁸⁹ En efecto, la facultad del art. 61 LC va referida exclusivamente a contratos con obligaciones sinalagmáticas y onerosas.⁴⁹⁰ Los convenios arbitrales carecen de esa reciprocidad, pues el cumplimiento del deber (y derecho) de arbitrar no depende del cumplimiento por la otra parte, siendo los laudos dictados en rebeldía una opción absolutamente admitida. Además, el régimen del art. 61 LC queda restringido a contratos de contenido pecuniario, o al menos con traslación pecuniaria, como demuestra que el art. 92.7.º LC mencione a estos contratos como potencial fuente de créditos subordinados. En definitiva, la facultad de resolución en cuestión solo puede operar para “liberar determinados activos, sujetos a unas relaciones contractuales, que desde el punto de vista de los intereses colectivos, podrían suponer un ‘freno’ al buen fin del proceso judicial”.⁴⁹¹ Ni los convenios arbitrales comportan un obligación de contenido o traslación pecuniaria⁴⁹² ni su objeto son “activos” susceptibles de liberación.

Por esta razón, los efectos de la declaración del concurso sobre los compromisos de arbitrar entre las partes han de regirse exclusivamente por el régimen especial previsto en el art. 52 LC. Un precepto que, además, cuenta con su propia “válvula de escape”⁴⁹³ mediante la posibilidad de suspensión del convenio en interés del concurso. Esta posición, sin embargo, no impide reconocer que la reforma del art. 52 LC supuso un acercamiento sustancial entre el tratamiento concursal de los convenios arbitrales y de los contratos recíprocos,⁴⁹⁴ confirmando así la relevancia de la faceta contractual de estos convenios a la hora de precisar su validez y eficacia tras la declaración de concurso⁴⁹⁵ y respondiendo también a las críticas que parte de la doctrina había proferido con respecto a la separación radical de tratamientos prevista en la versión original de la Ley Concursal.⁴⁹⁶

⁴⁸⁹ L. Montes Saralegui y C. Velasco Papineschi, “Convenio arbitral...”, *cit.*, 98, aunque las autoras reconocen las “importantes complicaciones” que surgirían de dicha aplicación analógica.

⁴⁹⁰ F. de P. Blasco Gascó, *Declaración en concurso y contratos. Resolución sin incumplimiento e incumplimiento sin resolución* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2009), 14-19. En el mismo sentido, M. Antón Sancho, “Los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso de acreedores: la reciprocidad como presupuesto para la aplicación de los artículos 61 y 62 de la Ley concursal” (2014) 32(2) *Anuario de derecho concursal* 285, 291.

⁴⁹¹ Sentencia del JM Palma de Mallorca (núm. 1), de 28 septiembre 2007.

⁴⁹² Sin perjuicio de que el incumplimiento de un convenio arbitral pueda generar derecho a indemnización.

⁴⁹³ M. Gómez Mendoza, “Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas” en J. Sánchez Calero y V. Guilarte Gutiérrez (dirs.), *Comentarios...*, *cit.*, t.2, 1154.

⁴⁹⁴ M. F. Martín Moral, *El concurso...*, *cit.*, 94; S. González Malabia, “Disposición final...”, *cit.*, 2120; L. Montes Saralegui y C. Velasco Papineschi, “Convenio arbitral...”, *cit.*, 93.

⁴⁹⁵ Como ya se enfatizó en el Capítulo II.C.3.a.

⁴⁹⁶ P. Perales Viscasillas, “Los efectos del concurso...”, *cit.*, 1858 y E. Verdura Tuells, “Reflexiones preliminares sobre el arbitraje en la Ley Concursal” (2004) *Revista de la Corte Española de Arbitraje* 11, 35.

Tampoco puede esta separación llevar a la conclusión de que los convenios arbitrales solo pueden dejar de operar a través de suspensión del art. 52.2 LC. De ser así, ello produciría la paradoja de que la eficacia de los compromisos de arbitrar sería más elevada en situaciones concursales que preconcursales. Lo único que deriva de la postura aquí defendida es que el juez no está autorizado para resolver convenios arbitrales a través del art. 61.2 LC. Sin embargo, las partes y la administración continuarán pudiendo acordar el cese de los efectos del convenio si así lo tuvieran por conveniente, como ocurre en circunstancias no concursales. Asimismo, cada una de las partes tendrá la posibilidad de renunciar y revocar el convenio (mediando la oportuna indemnización) si así lo permite el Derecho que le sea aplicable.⁴⁹⁷

153. En tercer lugar, y una vez ha quedado claro que el art. 61.2 LC no puede afectar a la continuidad de los convenios arbitrales, procede detenerse en los problemas de atribución de competencia que derivan de esta postura. En efecto, no puede ignorarse que de forma simultánea a la remisión que realiza el precepto en favor del trámite del incidente concursal para determinar la cuestiones relativas a la resolución del contrato y los efectos que de ella derivan (principalmente, cuestiones de restitución e indemnización), el art. 22 LA incluye dentro del ámbito competencial ordinario atribuido por los convenios arbitrales las materias relativas a la validez del contrato principal y a la existencia de causas que puedan producir su anulación o rescisión (art. 22 LA). Ésa es precisamente una de las consecuencias del principio de separabilidad.

La resolución de las tensiones producidas por estos potenciales solapamientos de competencia en el plano internacional requiere identificar las cuestiones que son realmente concursales *stricto sensu* de aquellas que gozan de naturaleza civil o mercantil (arts. 3 RI y 11 LC). En este sentido, no podrá invocarse la competencia arbitral para solicitar que sea un tribunal arbitral y no el juez del concurso quien declare la resolución del contrato. Ésta es una cuestión sustancialmente concursal, que deriva exclusivamente del tenor de la Ley y cuya sola justificación se encuentra en el “interés del concurso”. Así, la competencia para resolver sobre la resolución del contrato corresponde exclusivamente al *forum concursus*.⁴⁹⁸

⁴⁹⁷ En España, la Exposición de Motivos, III de la propia Ley de Arbitraje dispone que: “El título II regula los requisitos y efectos del convenio arbitral, sin perjuicio de la aplicación de las normas generales sobre contratos en todo lo no específicamente previsto en esta ley”. Con la misma postura, L.A. Cucarella Galiana, *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje)* (Bologna: Publicaciones del Real Colegio de España, 2004) 64. De forma unánime en el panorama comparado, G. Born, *International Arbitration...*, cit., 49.

⁴⁹⁸ J. M. Fernández Seijo, *Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos. Especial referencia a los contratos bancarios y de financiación* (Barcelona: Bosch, 2013) 71-72, haciendo referencia únicamente a la esfera interna, pero advirtiendo de que este no es el caso en las resoluciones por incumplimiento de contrato del art. 62 LC promovidas por el propio concursado, en cuyo caso no será el juez del concurso sino los tribunales ordinarios

Distinta, sin embargo, ha de ser la conclusión con respecto a determinadas cuestiones que, aun relacionadas, carecen de dicha esencia concursal. Por una parte, ello incluye la determinación de si concurren los requisitos necesarios para la activación del art. 61.2 LC. Esto es, tal y como establece el propio precepto, la posibilidad de solicitar la resolución contractual por parte del juez del concurso viene sometida a que ninguna de las partes haya cumplido íntegramente con el contrato, pues de lo contrario la aplicación del art. 61.2 LC decae en favor del art. 61.1 LC, que no permite la resolución contractual. Ello puede darse “bien porque ninguna de ellas haya cumplido todavía las obligaciones que asumió al celebrar el contrato [...] o bien porque se trata de un contrato de tracto sucesivo o de duración, que ha sido cumplido por ambas partes antes de la declaración de concurso, pero que también está previsto su cumplimiento en el futuro”.⁴⁹⁹ Estas cuestiones requieren un análisis de los términos del contrato y del cumplimiento de cada una de las partes.

Deriva de ello que no son aspectos que deban resolverse mediante el recurso al instituto de la “cuestión previa” recogido en el art. 9.1 LC,⁵⁰⁰ pues no puede entenderse que una cuestión que desencadene la resolución definitiva de un contrato pueda venir precedida de una resolución que, como reconoce el propio el art. 9.2 LC, “no surtirá efecto fuera del proceso concursal en que se produzca”. Por el contrario, la determinación de estas cuestiones ha de someterse a la competencia arbitral cuando las partes hayan incluido una cláusula compromisoria en su contrato. Y será solo cuando los árbitros las resuelvan que el juez del concurso podrá confirmar la aplicabilidad del art. 61.2 LC y, en su caso, decidir acerca de la conveniencia de resolver el contrato en interés del concurso.

Por otra, también podrá atribuirse al poder decisor de los árbitros la concreción de los efectos que tal resolución desplegará en aquellos casos en los que exista acuerdo entre las partes en relación a la voluntad de extinguir la relación obligacional, pero no hayan alcanzado a concretar los efectos derivados de la resolución (restitución de prestaciones e indemnización de daños y perjuicios). En efecto, éstos no son aspectos impregnados por los imperativos del concurso, sino que requieren la realización de una evaluación que es propia de toda resolución

quienes conocerán de la solicitud. Sin lugar a dudas, esta postura abre también las puertas a la jurisdicción arbitral si las partes así lo han previsto en el contrato cuya resolución se solicita.

⁴⁹⁹ Sentencia del JM Alicante (núm. 1), de 19 junio 2006. En el mismo sentido, E. Valpuesta Gastaminza, “Artículo 61” en F. Cerdón Moreno (dir.), *Comentarios...*, 2004, cit., 479, 481 y F. Herrero de Egaña y Octavio de Toledo, “Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas” en M.A. Fernández Ballesteros (coord.) *Derecho concursal práctico* (Madrid: Iurgium, 2004) 325, 326.

⁵⁰⁰ En virtud del cual “la jurisdicción del juez se extiende a todas las cuestiones prejudiciales civiles [...] directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal”.

civil o mercantil que sigue a la decisión de finalización de una relación contractual. De este modo, si las partes se encuentran vinculadas por un convenio arbitral internacional, corresponderá a los árbitros y no al juez del concurso conocer y resolver este aspecto de la disputa.

No cabe duda de que ninguna de estas dos limitaciones a la competencia del juez del concurso es acorde con el principio de economía procesal y con la conveniencia de evitar una pluralidad de procedimientos en escenarios carentes de recursos como los concursales. Sin embargo, éste es el régimen que deriva, por una parte, del tratamiento privilegiado que el legislador concursal ha decidido otorgar al arbitraje desde la reforma de 2011 y, por la otra, de la acotación que los arts. 3 RI y 11 LC imponen a la *vis attractiva concursus* en el plano internacional. Estos escenarios, por tanto, constituyen óptimos ejemplos de casos en los que la facultad de suspensión del convenio arbitral prevista en el art. 52.2 LC cumplirá una función fundamental.

c. La eficacia internacional de la eventual suspensión del convenio arbitral

154. En teoría, la consecuencia de la suspensión de los convenios arbitrales internacionales es la reactivación del funcionamiento ordinario de las reglas de atribución de competencia judicial en el plano transfronterizo. Sin embargo, la eficacia real de esta medida queda condicionada a que su adopción surta plenos efectos con respecto a los órganos judiciales no concursales frente a los que se puede plantear la disputa originalmente cubierta por el convenio.⁵⁰¹ Es decir, a si el hecho de que el convenio haya sido suspendido por la autoridad concursal constituye un factor con efectos jurídicos vinculantes a la hora de decidir entre asumir competencia para conocer del fondo del asunto o remitir las partes a arbitraje de acuerdo con el efecto derogatorio que de forma ordinaria deriva del convenio. No existen estudios al respecto.

Por ejemplo, piénsese en la decisión del juez concursal de suspender los efectos de un convenio arbitral con sede en Londres entre un concursado español (A) y una sociedad alemana (B). La posibilidad de que el juez concursal pueda recurrir al art. 52.1 LC deriva de la norma de conflicto contenida en el art. 4.2.e) RI, según la cual ha de ser la *lex fori concursus*

⁵⁰¹ Sin lugar a dudas, la eficacia de la suspensión también puede plantearse frente a un tribunal arbitral o frente a un órgano judicial en la fase post-laudo. Estos casos se estudian, respectivamente, en los Capítulos IV y V.

la que regule el efecto que la declaración de insolvencia produce sobre los convenios arbitrales concluidos por el deudor.⁵⁰² Sin embargo, si la administración concursal decide ejercitar una acción judicial contra B y ésta presenta una declinatoria de jurisdicción solicitando el reconocimiento del convenio, ¿es este régimen directamente aplicable en ese contexto? El análisis de esta cuestión requiere distinguir entre varios tipos de escenarios según la localización de los tribunales frente a los que se ejercitara la acción.

155. En primer lugar, es posible que la administración presente la demanda ante tribunales españoles. En este caso, el análisis de la competencia judicial al amparo del instrumento apropiado de Derecho internacional privado (probablemente el Reglamento Bruselas I bis), ha de venir precedido de una decisión acerca de la reconocibilidad del convenio arbitral. En España, como en la inmensa mayoría de Estados, este tipo de decisiones se rigen por las normas de Derecho arbitral contenidas en los tratados internacionales en vigor.⁵⁰³ En concreto, por el art. VI del Convenio de Ginebra y por el art. II de la Convención de Nueva York, que prevalecen sobre la normativa equivalente de origen interno (arts. 9 y 11 LA).⁵⁰⁴ Ambos instrumentos establecen la obligación general de los Estados parte de reconocer y ejecutar los compromisos arbitrales internacionales que caigan dentro de su ámbito de aplicación, de modo que no podrá existir competencia judicial sobre el fondo de la disputa cuando las partes hayan optado por arbitraje. Esta regla general solo se exceptúa en los supuestos en que el convenio arbitral adolezca de alguno de los vicios que se derivan del propio art. II NYC. Son cuestiones de incapacidad de una de las partes, de inarbitrabilidad de la disputa o de invalidez o ineficacia del convenio arbitral.⁵⁰⁵ La suspensión ordenada al amparo del art. 52.1 LC hace referencia a esta última categoría.⁵⁰⁶

⁵⁰² El análisis que se realiza en este epígrafe sería igualmente válido si el Reglamento de Insolvencia se interpretara en línea con la jurisprudencia inglesa en *Elektrim* y con los informes de los expertos que preceden la Propuesta de Reforma, aunque esta es una opción que se rechaza en el Capítulo II.

⁵⁰³ La exclusión de este tipo de cuestiones del Reglamento Bruselas I Bis queda clara en el Considerando 12 del propio Reglamento.

⁵⁰⁴ Así lo reconoce también el Tribunal Supremo (Sala 1ª) en su Sentencia de 14 noviembre 2007 y en sus Autos de 31 mayo 2005, 13 noviembre 2001 y 2 octubre 2001. En el mismo sentido se pronuncian los Autos de la AP Barcelona (Sección 17ª), de 28 mayo 2009, y (Sección 15ª), de 29 abril 2009. Además, es defendible que ambos instrumentos se aplicarían también si la sede del arbitraje estuviera en España. Esta no es una cuestión controvertida en el marco del Convenio Europeo, pero sí que lo ha sido en ocasiones en relación con el art. II.3 CNY. Vide D. Schramm, E. Geisinger y P. Pinsolle, “Article II” en N. Port, D. Otto *et al.* (eds.) *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (La Haya: Kluwer Law International, 2010) 37, 41.

⁵⁰⁵ Aunque la incapacidad no consta de forma expresa en el precepto, existe amplio consenso de que también puede ser un motivo para la irrecognoscibilidad del convenio. Por todos, G. Born, *International Commercial Arbitration* (La Haya: Kluwer Law International, 2014), 2ª ed., 721-722.

⁵⁰⁶ Para una explicación con detalle de esta calificación vide el Capítulo IV.A.3.

De acuerdo con el art. I.1 CG, su aplicación queda condicionada a que, en el momento de la conclusión del convenio arbitral, las partes tengan “su residencia habitual o su domicilio o sede social en Estados contratantes diferentes”. Este es el caso en el supuesto de hecho aquí planteado. En materia de declinatoria, el art. VI.2 CG prevé que el análisis de la validez y eficacia del convenio arbitral se tendrá que llevar a cabo a la luz de la siguiente norma de conflicto escalonada:

- “a) Según la ley a que hayan sometido las partes el acuerdo o compromiso arbitral;
- b) No existiendo una indicación al respecto, según la ley del país donde deba dictarse el laudo;
- c) Careciéndose de indicación sobre la ley a la cual hayan sometido las partes el acuerdo o compromiso arbitral y, si en el momento en que la cuestión sea sometida a un tribunal judicial no hubiere posibilidad de determinar cuál será el país en que habrá de dictarse el fallo arbitral, entonces según la ley aplicable en virtud de las reglas de conflicto del tribunal estatal concededor del asunto.”

156. Por su parte, la aplicación de la Convención de Nueva York en España no está sujeta a ningún requisito geográfico, sino que tiene eficacia universal, al no haber hecho el legislador uso de la facultad de limitar su alcance a base de reciprocidad (art. I.3 CNY). De acuerdo con el art. II CNY, la obligación de los Estados parte de dar efecto a los convenios arbitrales solo se exceptúa cuanto el convenio sea “nulo, ineficaz e inaplicable” (art. II.3 CNY).⁵⁰⁷ Se entiende que éste es un régimen de aplicación tasada e imperativa.⁵⁰⁸

Sin embargo, la expresión “nulo, ineficaz o inaplicable” no sólo no queda definida desde un punto sustantivo por la propia Convención, sino que, a diferencia del art. VI CG, viene desprovista de un régimen conflictual que permita determinar al amparo de qué ley se ha de evaluar la nulidad, eficacia o inaplicabilidad del convenio en la fase pre-laudo.⁵⁰⁹ Sin lugar a dudas, cuando la disputa también esté cubierta por el Convenio de Ginebra, las normas de conflicto previstas en su art. VI serán de aplicación obligatoria. Así lo ha reconocido la jurisprudencia española.⁵¹⁰

⁵⁰⁷ Como ya se ha dicho en el párrafo anterior, también se permite el no reconocimiento en casos de incapacidad e inarbitrabilidad, cuyo estudio aquí se excluye.

⁵⁰⁸ Por todos, G. Born, *International Arbitration...*, cit., 49 y 62-63, citando abundante legislación y jurisprudencia de varios Estados.

⁵⁰⁹ Paradójicamente, el art. V.1.a) CNY sí que proporciona para los casos de reconocimiento y ejecución del laudo una norma de conflicto similar a la del art. VI CG.

⁵¹⁰ Sentencia del TS (Sala 1ª) de 14 noviembre 2007 y Auto de la AP de Barcelona (Sección 15ª) de 29 abril 2009.

Por el contrario, cuando el asunto caiga fuera del ámbito de aplicación del Convenio de Ginebra, el silencio del art. II CNY abre la puerta a que cada Estado decida el régimen aplicable al análisis del compromiso arbitral. Existe un amplio consenso en que éste no ha de coincidir necesariamente en el régimen sustantivo del Estado frente al cual se invoca el convenio, esto es, la *lex fori*.⁵¹¹ De hecho, la práctica habitual recurre a someter el convenio a las normas de conflicto previstas en la *lex fori*. Más allá de la posibilidad de acudir a una solución análoga a prevista en el art. V.1.a) CNY para la fase post-laudo, el contenido concreto de estas normas y la intensidad probatoria en su aplicación dependerán del régimen conflictual arbitral de cada Estado⁵¹² y de su concepción nacional de *kompetenz-kompetenz*.⁵¹³

En este sentido, ciertos Estados como España o Suiza han optado por un régimen normativo que positiviza el principio de “validación” del arbitraje y que consiste en proporcionar un abanico de leyes aplicables alternativas. Según este régimen, si el convenio arbitral es válido de acuerdo a cualquiera de ellas, los jueces optarán por el reconocimiento de sus efectos y estarán obligados a abstenerse de conocer del fondo del asunto. En el caso del art. 9.6 LA, estas normas⁵¹⁴ son las elegidas por las partes para gobernar el convenio, las aplicables al fondo del asunto o el Derecho español.⁵¹⁵ La misma regla, pero con referencia al Derecho suizo, se prescribe en el art. 178.2 de la Ley suiza de Derecho internacional privado (LSDIPr).

157. Se deriva de esta breve descripción que el análisis requerido por la normativa arbitral para decidir acerca del reconocimiento de un convenio arbitral se ha de llevar a cabo a la luz de normas que no tienen por qué coincidir con la *lex fori concursus*. Es decir, el cumplimiento de las obligaciones convencionales de España podría generar serias dudas en cuanto a la efectividad que puede tener (incluso en el territorio español) una suspensión acordada al amparo del art. 52.1 LC, pues si bien es cierto que la legislación concursal española constituye la base jurídica para tal suspensión, esa legislación no es la aplicable al examen de validez y

⁵¹¹ Por todos, G. Born, *International Arbitration...*, cit., 55.

⁵¹² Por ejemplo, Reino Unido (*law with the real and closest connection with the arbitration agreement*), Francia (*règles matérielles du droit international de l'arbitrage*) o Suiza (ley elegida por las partes y, en su defecto, ley de la sede).

⁵¹³ Según esta concepción, podrá requerirse un examen completo de la validez y eficacia del convenio, o un análisis meramente superficial, en el que basta que exista evidencia *prima facie* o indiciaria de estos extremos para que el tribunal remita las partes a arbitraje. Así lo defienden D. Schramm, E. Geisinger y P. Pinsolle, “Article II...”, cit., 109.

⁵¹⁴ El precepto habla de “normas jurídicas” y no solo de leyes.

⁵¹⁵ La aplicación de este precepto en el contexto del art. II.3 CNY la confirma la Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 15ª), de 23 abril 2008.

eficacia del convenio de acuerdo con el régimen de Derecho internacional privado que los tribunales españoles están obligados a aplicar.⁵¹⁶

Esta tensión refleja la existencia de regímenes conflictuales aplicables a la intersección de estas dos disciplinas de forma aparentemente paralela y con resultados potencialmente contradictorios. La simultaneidad de soluciones de origen concursal y arbitral dentro de un mismo ordenamiento jurídico y la ausencia de normas claras que regulen esta concurrencia constituye un rasgo constante en la problemática estudiada en esta obra.⁵¹⁷ En el caso que aquí se analiza (fase pre-arbitral ante órgano judicial), su coexistencia ha de ordenarse mediante el recurso a las reglas de jerarquía normativa. En efecto, se trata de una colisión de regímenes conflictuales contenidos, por una parte, en los tratados internacionales firmados por España en materia arbitral y, por la otra, en el Reglamento europeo de Insolvencia. Como seguidamente se explica, aunque los primeros prevalezcan sobre el Derecho interno,⁵¹⁸ esta superioridad no puede predicarse de forma tan absoluta cuando el Derecho está originado en la acción legislativa de la Unión.

158. Así, la jurisprudencia del TJUE ha declarado de forma constante que los convenios celebrados por Estados Miembros con Estados terceros no pueden invocarse en las relaciones entre los Estados Miembros en detrimento de los objetivos del Derecho de la Unión.⁵¹⁹ Esto es, a pesar de que tanto la Convención de Nueva York como el Convenio de Ginebra cuenten con signatarios ajenos a la Unión, cuando la disputa haga referencia a situaciones exclusivamente intra-UE, el régimen previsto en dichos convenios no podrá aplicarse si ello frustrara el *effet utile* de la legislación de la Unión. Este régimen, por el contrario, no es aplicable con respecto a las relaciones entre un Estado Miembro y uno o varios Estados terceros, como expresamente recoge el art. 44.2 RI.

Esta solución es también acorde con los principios generales del Derecho internacional público,⁵²⁰ a los cuales se remite el propio Informe Virgós/Schmit para regular las relaciones

⁵¹⁶ Es por esta razón que tampoco parece suficiente que se puedan invocar los efectos extra-concursales y de cosa juzgada que derivan del auto de suspensión dictado por el juez tras la tramitación del incidente concursal pues, aunque estos efectos se den (M. Díaz Martínez, *El incidente...*, cit., 17-18), el elemento aquí problemático no es la resolución en sí sino la ley aplicable que la sustancia.

⁵¹⁷ Para el estudio de cómo puede resolverse esta coexistencia en la esfera arbitral y cuando los órganos judiciales evalúan el laudo en la fase post-arbitral, vide los Capítulos IV y V respectivamente.

⁵¹⁸ Así lo prevé el art. 96 CE y el art. 31 Ley de Tratados de 2014.

⁵¹⁹ Sentencias del TJUE los Asuntos C-533/08 (*TNT Express Nederland BV v AXA Versicherung AG*) [2010] Rec. I-4107, párs. 52; C-301/08 (*Bogiatzi v Deutscher Luftpool et al*) [2009] Rec. I-10185, pár. 19); C-242/91 P, (*RTE y ITP v Comisión*) [1995] Rec. I-743, pár. 84; y C-286/86 (*Deserbais*) [1988] Rec. I-4907, pár. 18. Esta doctrina inspira también la DA 2ª de la Ley de Tratados de 2014.

⁵²⁰ K. Ziegler, "The Relationship between EU law and International Law" (2015) *University of Leicester School of Law Research Paper No. 15-04* 1, 13.

entre el (por aquel entonces) Convenio de Insolvencia y otras obligaciones internacionales de los Estados Miembros.⁵²¹ Además es una solución que ha de añadirse al reemplazo que la aprobación del Reglamento supuso con respecto a un número importante de convenios intra-UE en materias cubiertas por el Reglamento, como se prevé en el art. 44.1 RI.

Desde esta perspectiva, no cabe duda que la aplicación del régimen conflictual de los mencionados Convenios puede hacer peligrar el *effet utile* de las soluciones universalistas previstas por el Reglamento de Insolvencia, y es por esta razón que su aplicación debería quedar subordinada al régimen de la Unión. De hecho, en el pasado el TJUE ha tenido pocas dudas en declarar que la obligación de juzgar en pro del *effet utile* del Derecho de la Unión también se aplica a los órganos judiciales de los Estados Miembros cuando éstos han de resolver disputas relacionadas con arbitraje comercial internacional.⁵²²

159. Dos precisiones más han de realizarse. Por una parte, esta solución no implica que el régimen previsto en la Convención de Nueva York y en el Convenio de Ginebra devenga plenamente inaplicable. La decisión relativa a la declinatoria arbitral deberá seguir adoptándose de acuerdo con los preceptos contenidos en estos instrumentos y solo será en relación con la aplicación concreta de las normas de conflicto que deberá tenerse en cuenta la remisión a la *lex fori concursus* efectuada por el art. 4.2.e) RI. Es decir, el órgano judicial español que tenga que decidir sobre la validez y eficacia del convenio arbitral podrá invocar directamente la legislación concursal española (art. 52.1 LC) aunque los puntos de conexión empleados tradicionalmente en sede de declinatoria arbitral remitan a otras leyes nacionales.

Por la otra, es cierto que el art. 52.1 LC somete expresamente la eficacia de sus soluciones a las previsiones de los tratados internacionales vigentes en España. Esta remisión no puede emplearse para afirmar que, incluso cuando el Reglamento de Insolvencia remita a la legislación española, ésta ha de integrarse también con las normas que se prevean en esos tratados (Convención de Nueva York y en el Convenio de Ginebra). Salvo que se trate de normas de naturaleza sustantiva (como es el caso del art. II.2 CNY en cuanto a los requisitos formales del convenio arbitral), las normas que tengan exclusivamente propósito conflictual (como es el caso de las mencionadas al comienzo de este epígrafe) no tienen cabida en la

⁵²¹ Informe Virgós/Schmit, pár. 300. El contenido del pár. 310 puede encontrarse en el actual art. 44.1 RI.

⁵²² Son ejemplos paradigmáticos las Sentencias del TJUE en los Asuntos C-185/07 (*Allianz v West Tankers*) [2009] Rec. I-663 (en materia de arbitraje y Reglamento Bruselas I); C-168/05 (*Elisa Maria Mostaza Claro v Centro Movil Milenium SL*) [2006] Rec. I-10421 (en materia de arbitraje y Derecho del Consumidor); y C-126/97 (*Eco Swiss China Time v Benetton International NV*) [1999] Rec. I-3019 (en materia de arbitraje y Derecho de la Competencia).

remisión a la *lex fori concursus* realizada por el Reglamento. Una interpretación contraria, aun siendo favorable al arbitraje, violaría la prohibición de reenvío que impone el Reglamento⁵²³ y vulneraría el principio de jerarquía normativa aquí defendido.

160. La resolución de este primer supuesto facilita la resolución del siguiente. Así, si la demanda se presentara ante otro Estado de la Unión, la aplicación preferente del Reglamento de Insolvencia sobre las obligaciones convencionales de ese Estado implicaría que los órganos judiciales quedarían vinculados por la suspensión del convenio de forma análoga a los propios tribunales españoles. Este es el efecto que deriva también del reconocimiento automático que prevé el art. 25.1.II RI con respecto a las resoluciones que se deriven directamente del procedimiento de insolvencia y que guarden inmediata relación con éste, como es el caso de un auto de suspensión de un convenio arbitral basado en la legislación concursal (art. 52.1 LC) y adoptado por motivos estrictamente concursales.⁵²⁴
161. Finalmente, algo distinta es la resolución del problema si la demanda se interpusiera ante tribunales de un Estado situado fuera del territorio de la Unión. En estos casos, la no aplicación del Reglamento de Insolvencia impediría recurrir a una solución basada en la superioridad jerárquica de la legislación concursal. De hecho, e incluso si el procedimiento concursal español fuera reconocido en el Estado en cuestión según su normativa interna de insolvencias transfronterizas,⁵²⁵ el principio de jerarquía normativa conduciría inevitablemente a que el análisis de la validez y eficacia del convenio debería llevarse a cabo por parte de las autoridades de ese Estado tercero de acuerdo con el régimen previsto en sus instrumentos convencionales en materia arbitral.⁵²⁶

Esta situación, sin embargo, no debería resultar necesariamente en la total inaplicación del art. 52.1 LC y en la remisión forzosa de las partes al arbitraje. La respuesta dependerá (otra vez) de si el convenio arbitral que se intenta hacer valer queda cubierto solo por la Convención de

⁵²³ Considerando 23 RI; Informe Virgós/Schmit, pár. 87; G. Moss, I. Fletcher y S. Isaacs, *The EC Regulation...*, cit., pár. 4.04; I. Fletcher, *Insolvency...*, cit., pár. 8.34; y M. Balz, “The European Union...”, cit., 506.

⁵²⁴ Esta misma solución sería aplicable al caso inverso al aquí expuesto. Esto es, cuando la suspensión o la ineficacia de un convenio arbitral derivara del régimen concursal de otro Estado Miembro, en donde se estuviera tramitando el concurso, y un tribunal judicial español tuviera que decidir sobre su competencia en relación con la disputa cubierta por el convenio.

⁵²⁵ Si no se reconociera la situación concursal extranjera, no cabe duda de que el órgano judicial estaría legitimado para ignorar la suspensión del convenio arbitral ordenada por el juez concursal español y debería remitir las partes al arbitraje.

⁵²⁶ El único comentario que se ha encontrado sobre este punto es R. M. Schwartz, “The US Bankruptcy courts’ failure to interpret the New York Convention as a treaty obligation” (1998) 14(2) *Arbitration International* 231.

Nueva York o si, también, el Estado que ha de decidir también se encuentra vinculado por el Convenio de Ginebra⁵²⁷ y el convenio arbitral cae dentro de su ámbito de aplicación.

Cuando ambos tratados sean de aplicación, las normas de conflicto prescritas de forma expresa por el art. VICG obligarán a que los órganos judiciales tengan que evaluar la validez y eficacia del convenio de acuerdo con ellas. Si las mismas no remiten a la legislación española, será muy probable que la suspensión del convenio no surta efectos frente al tribunal, de modo que éste resuelva favorablemente la declinatoria, se declare incompetente para conocer del fondo del asunto y remita a las partes a arbitraje en virtud del efecto derogatorio del convenio.

Por el contrario, los visos de aplicación del régimen de suspensión amparado en el art. 52.1 LC serán mayores cuando la disputa quede cubierta exclusivamente por la Convención de Nueva York. Como ya quedó dicho al comienzo de este epígrafe, el art. II.3 CNY no ofrece normas directas estableciendo qué ley se ha de aplicar para dar contenido específico a la expresión “nulo, ineficaz e inaplicable”. En la práctica, este silencio otorga libertad a cada Estado para que dé contenido específico a dichos términos según su propia normativa (de Derecho internacional privado o sustantiva). Pues bien, es posible defender que este silencio podría ser aprovechado por el órgano judicial con el fin de permitir la toma en consideración de la legislación concursal española y el auto de suspensión. Es decir, para internalizar en el análisis arbitral los efectos del procedimiento de insolvencia español válidamente reconocido en ese Estado.⁵²⁸

Esta es una interpretación constructiva que permitiría, además, incorporar consideraciones de deferencia inter-estatal o *comity* en la operativa del art. II CNY, como ya ha realizado algún tribunal estatal en el pasado.⁵²⁹ Por último, es una lectura acorde con la filosofía defendida por la propia UNICTRAL, cuya Guía de Incorporación de la Ley Modelo de Insolvencia afirma que las reglas concursales que prevén la invalidez o la ineficacia (indefinida o temporal) del convenio arbitral como consecuencia de procedimiento concursal “no son

⁵²⁷ Los Estados vinculados a este Convenio que se sitúan fuera del territorio gobernado por el Reglamento de Insolvencia son Albania, Bosnia y Herzegovina, Burkina Faso, Cuba, Dinamarca (excluido del Reglamento), Kazakstán, Macedonia, Montenegro, República de Moldavia, Serbia, Rusia, Turquía y Ucrania.

⁵²⁸ Similar análisis al aquí expuesto sería aplicable al caso inverso al aquí expuesto. Es decir, cuando la suspensión o la ineficacia de un convenio arbitral derivara del régimen concursal de un Estado situado fuera de la Unión, en donde se estuviera tramitando el concurso, y un tribunal judicial español tuviera que decidir sobre su competencia en relación con la disputa cubierta por el convenio. En este caso, el reconocimiento del procedimiento de insolvencia extranjero y de sus efectos en España estaría amparado por el art. 223 LC.

⁵²⁹ Sentencia de la Court of Appeal de New York en *Corcoran v Ardra Insurance Co*, 566 N.Y.S. 2d 575 (1990), citando a *Carnegie-Mellon University v Cohill*, 108 S.Ct. 614, 621; 98 L.Ed.2d 720 (1988), impidiendo la ejecución de un convenio arbitral con el fin de respetar los intereses del concurso abierto en el extranjero.

contrarias al Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales de 1958” (pár. 145).⁵³⁰

3. Las limitaciones a la competencia arbitral

162. La eficacia de los convenios arbitrales tras la declaración del concurso y la posibilidad de finalizar mediante auto de fondo aquellos procedimientos que se encuentren iniciados en el momento de tal declaración no implica que la competencia arbitral permanezca absolutamente intacta. Como los dos siguientes apartados exponen, la existencia de un procedimiento de insolvencia produce implicaciones directas sobre la competencia cautelar generalmente atribuida a los tribunales arbitrales y sobre la posibilidad de que éstos ordenen la compensación de créditos existentes entre las partes.

a. La competencia arbitral en materia cautelar constante concurso

163. La tutela cautelar constituye un área de intensa interacción entre la jurisdicción estatal y arbitral. Por una parte, esto se manifiesta en que, según establece la Ley de Arbitraje, “las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes”.⁵³¹ Así, mientras el art. 11.3 LA establece que la existencia de un convenio arbitral no impide que las partes puedan recurrir a los órganos judiciales para la obtención de medidas cautelares tanto con anterioridad a las actuaciones arbitrales como durante su tramitación,⁵³² el art. 23 LA reconoce, en línea con la Ley Modelo UNCITRAL, que salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros también podrán adoptar las medidas que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Por otra parte, la intensa relación entre las dos esferas jurisdiccionales también se refleja en la articulación práctica de la tutela cautelar en sede arbitral. En efecto, constituye un cuestión pacífica que el alcance de la competencia cautelar de los árbitros solo abarca aquellas facultades dirigidas a evaluar la procedencia de la medida y a ordenar su adopción, esto es, funciones meramente declarativas. Por el contrario, la ejecución de la misma corresponde de forma exclusiva a los órganos judiciales, que son los únicos dotados

⁵³⁰ Es por esta razón que no puede afirmarse que el antiguo art. 52 LC fuera contrario al régimen del art. II.3 CNY, como erróneamente ha afirmado una autora con respecto a un similar precepto polaco. Vide M. Scherer, “The Effects of Insolvency on International Arbitration” (29 mayo 2009), disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com>.

⁵³¹ Apartado V *in fine* de la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje.

⁵³² En el mismo sentido se pronuncia el art. 722 LEC.

del *imperium* necesario para poner en funcionamiento el poder coercitivo del Estado.⁵³³ Es en este último sentido que se suele afirmar que los jueces realizan funciones de auxilio o apoyo al arbitraje (art. 8 LA), como también es el caso del nombramiento y remoción de árbitros o el aseguramiento y práctica de pruebas.

En general, puede defenderse que esta atribución de competencias auxiliares no ha de alterarse por la mera declaración de concurso de una de las partes. Así lo confirma la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2011, que derogó el art. 86 ter.2.g) LOPJ relativo a la atribución a los jueces mercantiles de las competencias relacionadas con el auxilio arbitral con la intención de “resolver problemas detectados en la práctica en relación con las competencias en materia concursal de los jueces del concurso y las actuaciones de apoyo al arbitraje”.⁵³⁴ De este modo, para el nombramiento y remoción judicial de árbitros seguirá siendo competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde tenga lugar el arbitraje (art. 8.1 LA),⁵³⁵ mientras que en materia de asistencia judicial en la práctica de pruebas será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia (art. 8.2 LA).

164. Esta aparente inalterabilidad del régimen extraconcursal plantea más dudas en sede de medidas cautelares, tanto con respecto a la atribución competencial para su ordenación como en cuanto a su posibilidad misma de su existencia. En efecto, no puede olvidarse que muchas de estas medidas tienen un importante carácter anticipatorio o pre-ejecutivo, de modo que su adopción pretende asegurar el buen fin de un procedimiento todavía no finalizado (en ocasiones ni siquiera comenzado) y la viabilidad de la ejecución de una futura resolución. Sin embargo, si una de las consecuencias principales de la declaración de concurso es la prohibición inmediata y con alcance internacional de toda acción de ejecución individual contra el patrimonio del deudor, la utilidad de las medidas cautelares y la posibilidad de que, si acaso, sean adoptadas por un órgano distinto al juez del concurso quedan sujetas a importantes interrogantes. Es por esta razón que estas dudas no surgen en relación con la adopción de medidas cautelares a favor del concursado. En esos casos, siguen rigiendo los

⁵³³ En concreto, de la lectura conjunta de los arts. 8.3 y .4 LA y arts. 545.2 y 724 LEC se deriva que estos órganos son los Juzgados de Primera Instancia del lugar en que el laudo cautelar haya sido dictado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia.

⁵³⁴ Exposición de Motivos *in fine* de la Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo, complementaria a la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado para la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 121, de 21 mayo 2011).

⁵³⁵ De no estar éste aún determinado, lo será el Tribunal de la Comunidad Autónoma que corresponda al domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, la del domicilio o residencia habitual del actor, y si éste tampoco los tuviere en España, la de su elección.

criterios ordinarios de atribución de competencia judicial en materia civil y mercantil, incluso en el plano internacional,⁵³⁶ y la administración goza de plena legitimación para su solicitud tanto al amparo de la Ley Concursal como del Reglamento de Insolvencia.⁵³⁷ Todo ello, sin perjuicio de la atribución excepcional de competencia realizada por los arts. 17 y 226 LC en favor del juez concursal con respecto a medidas protectoras previas al concurso o anteriores al reconocimiento del mismo en España.

Sobre esta base, procede ahora analizar el efecto que la apertura de un procedimiento de insolvencia produce, primero, sobre la posibilidad de que un tribunal arbitral pueda adoptar medidas cautelares contra el deudor tras la declaración del concurso y, segundo, sobre la persistencia de las medidas cautelares aprobadas por los árbitros con antelación a tal declaración. En los dos casos se trata de aspectos modificados por la Ley 11/2011.

i. La adopción de medidas cautelares tras la declaración de concurso

165. De acuerdo con la redacción del art. 8.4º LC previa a la reforma de 2011, el juez concursal era el único órgano competente para la adopción de medidas cautelares que pudieran afectar al patrimonio del concursado. Esta atribución exclusiva y excluyente privaba a los árbitros de su competencia cautelar ordinaria incluso en los procedimientos que se encontraban abiertos en el momento de la declaración de concurso y cuya finalización se permitía bajo aquella redacción del art. 52.2 LC.⁵³⁸ La eficacia de esta regla quedaba circunscrita a disputas de ámbito interno.

En el plano internacional, la conjugación de la noción estricta de *vis attractiva* (arts. 3 RI y 11 LC) con las normas generales de competencia internacional en materia cautelar producía el mantenimiento del régimen previo a la declaración concursal.⁵³⁹ Así, los tribunales estatales

⁵³⁶ Así lo declaran el Auto del JM Madrid (núm. 4), de 17 febrero 2005 (para medidas nacionales) y el Auto del JM Madrid (núm. 5), de 18 octubre 2012 (para medidas internacionales), en línea con el Informe Virgós/Schmit, pár. 78. Con más detalle, J. L. Iriarte Ángel, “La tutela cautelar en los procedimientos de insolvencia de carácter transnacional” en A. Rojo Fernández-Río y E. Beltrán Sánchez (coord.) *Los acreedores concursales: II Congreso Español de Derecho de la insolvencia* (Cizur Menor: Civitas, 2010) 143.

⁵³⁷ Vide, con detalle, E. Píneros Polo, “Facultades en España del síndico de un procedimiento principal de insolvencia abierto en un Estado Miembro de la Unión Europea” (2008) 8(1) *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 543, 549-552.

⁵³⁸ Auto de la AP La Rioja (Sección 1ª), de 8 octubre 2009. Aunque, como apunta P. Perales Viscasillas, “Arbitraje y concurso” en *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia* (Madrid: Marcial Pons, 2005), Vol. 3, 3063, 3082-3085, esta prohibición se salvaba por los árbitros mediante el enmascaramiento de las medidas en laudos parciales.

⁵³⁹ Vide, no obstante, la matización que se realiza *infra* a la luz de la Sentencia del TJUE en el *Probud*, *cit.*

de otros Estados permanecían autorizados para adoptar medidas cautelares según la atribución ordinaria de competencia por los instrumentos de origen institucional, convencional e interno.⁵⁴⁰ Igualmente, los árbitros en disputas internacionales conservaban la competencia que les era generalmente atribuible. Es decir, dado el régimen restrictivo del art. 52 LC anterior a la reforma, cabían medidas cautelares arbitrales únicamente con respecto de los procedimientos pendientes internacionales, pues la prohibición de activar convenios arbitrales tras la declaración de concurso (art. 52.1 LC) producía que en esos casos no existiera competencia arbitral ni principal ni cautelar.

166. Frente a este régimen, la reforma de 2011 introduce una solución mucho más favorable para la vía arbitral. En efecto, según la actual redacción del art. 8.4º LC, la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:

“[...] 4.º Toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado excepto las que se adopten en los procesos que quedan excluidos de su jurisdicción en el párrafo 1.º de este precepto y, en su caso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52, las adoptadas por los árbitros en las actuaciones arbitrales, sin perjuicio de la competencia del juez para acordar la suspensión de las mismas, o solicitar su levantamiento, cuando considere que puedan suponer un perjuicio para la tramitación del concurso”.⁵⁴¹

No se puede entender que este nuevo tenor implique que cuando exista un tribunal arbitral que esté conociendo o vaya a conocer de una disputa principal, serán esos árbitros los exclusivamente competentes para la adopción de medidas cautelares.⁵⁴² El verdadero propósito del legislador con esta reforma fue ampliar las vías de tutela cautelar disponibles para las partes, de modo que una vez declarado el concurso ya no será solo el juez del concurso sino también el tribunal arbitral quien podrá adoptar medidas tanto con anterioridad como durante la tramitación del arbitraje. Es decir, se extiende la ya mencionada regla general de que las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes. Dos precisiones más son necesarias.

Por una parte, el citado precepto todavía mantiene la exclusión de los otros órganos judiciales no concursales con respecto a la posibilidad de adoptar medidas cautelares. De este modo, aunque se preserva la tutela cautelar de origen arbitral, el régimen no permite la tutela cautelar

⁵⁴⁰ Para los dos primeros, así lo dispone la Sentencia del TJUE en el Asunto C-391/95 (*Van Uden Maritime v Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line y otros*) [1998] Rec. I-543.

⁵⁴¹ Este nuevo tenor también queda recogido en el art. 86ter.1.4º LOPJ, modificado por el número tres del artículo único de la ya mencionada Ley Orgánica 5/2011.

⁵⁴² Como erróneamente argumenta S. González Malabia, “Disposición final...”, *cit.*, 2128.

de origen judicial ejercida por los tribunales del art. 8.3 LA en relación con procedimientos arbitrales. Es otro ejemplo más del tratamiento privilegiado que la actual Ley Concursal confiere a la institución arbitral con respecto a la vía judicial, a pesar de partir de su aparente equivalencia jurisdiccional.⁵⁴³ Quizá la razón para esta disparidad de trato puede encontrarse en que, como ya quedó apuntado, la tutela cautelar prestada por los árbitros queda siempre ceñida a la mera adopción de la medida (fase declarativa) pero no incluye la ejecución de la misma, mientras que en sede judicial la ordenación de la medida, una vez obtenida la caución, va seguida “de oficio, a su inmediato cumplimiento empleando para ello los medios que fueran necesarios, incluso los previstos para la ejecución de las sentencias” (arts. 738 LEC).

Por la otra parte, se ha de entender que esta duplicidad de vías no existe en aquellos casos en los que el juez concursal haya suspendido la eficacia de un convenio arbitral como consecuencia de la facultad conferida por el art. 52.1 LC. En esos supuestos, y en línea con la posición mantenida en párrafos anteriores, la desactivación de la competencia para conocer del objeto principal ha de producir el mismo efecto sobre la posibilidad de adoptar medidas cautelares en relación con el objeto *litis*, incluso *ante causam*.

167. La traslación de este régimen al arbitraje internacional implica que, a la luz de la nueva redacción del art. 52 LC, los tribunales arbitrales internacionales serán competentes en circunstancias generales para la ordenación de medidas cautelares tanto con respecto a procedimientos en curso en el momento de la declaración de concurso como en cuanto a nuevas acciones arbitrales. Esta potestad parece derivar de forma absoluta y sin limitaciones del tenor de la Ley y, de acuerdo con el contenido ilustrativo del art. 727 LEC, incluiría medidas como el embargo preventivo de bienes, la consignación de cantidades dinerarias, la intervención o la administración judiciales de bienes productivos, el depósito de cosa mueble, la formación de inventarios de bienes, la anotación preventiva de la demanda arbitral,⁵⁴⁴ el cese provisional de una actividad o la suspensión de acuerdos sociales impugnados.⁵⁴⁵

Sin embargo, resulta necesario evaluar el encaje que esa lectura tiene dentro del régimen concursal de medidas cautelares en el marco del Derecho de la Unión. En primer lugar, ha de matizarse que la competencia cautelar a la que aquí se hace referencia ha de venir restringida

⁵⁴³ Critica este tratamiento dispar J. F. Velasco Peche, “Anotación preventiva de demanda sobre finca perteneciente a sociedad en concurso de acreedores. A propósito de la Resolución de la DGRN de 1 julio 2014” (2014) 62 *Cuadernos de Derecho y Comercio* 231, 236.

⁵⁴⁴ Así lo confirma E. Pizarro Moreno, “Aspectos registrales de procedimiento arbitral conducentes al laudo: La anotación preventiva de la demanda como medida cautelar” (2011) *LXIV Anuario de Derecho Civil* 197, 242.

⁵⁴⁵ Vide, I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso...*, cit., 56 y 119-120.

únicamente a aquellas materias respecto de las cuales el foro concursal no cuente con competencia exclusiva. En este sentido, constituye una cuestión pacífica que la atribución de competencias exclusivas en relación con materias estrictamente concursales por los arts. 3 RI y 11 LC viene anudada a la competencia cautelar relacionada con esas materias.⁵⁴⁶ En esos casos, las medidas provisionales que sean necesarias deberán ser adoptadas por el *forum concursus*.⁵⁴⁷

En segundo lugar, dos decisiones del Tribunal de Justicia obligan a replantearse si, efectivamente, los tribunales arbitrales pueden adoptar todo el elenco de medidas arriba mencionado en el marco de un procedimiento de insolvencia. Así, en el Asunto *Probud*, el Tribunal estableció que cuando la *lex fori concursus* prohibía la apertura y continuación de procedimientos de ejecución contra el patrimonio del concursado y ordenaba el levantamiento de las medidas cautelares que hubieran podido imponerse con carácter preconcursal con respecto a los mismos, una autoridad de otro Estado no estaba facultada para ordenar el embargo preventivo de bienes del concursado con posterioridad a la apertura del concurso.⁵⁴⁸ Lo que resulta relevante en este Asunto es que el Tribunal de Justicia entendió que la mera adopción del embargo con propósitos únicamente preventivos⁵⁴⁹ constituía *per se* una medida de carácter pseudo-ejecutivo que privaba al juez del concurso de la capacidad de administración del patrimonio concursal y frustraba los objetivos del procedimiento.⁵⁵⁰

En línea con esta resolución, el Asunto *LBI*⁵⁵¹ no dudó en calificar como medidas de ejecución forzosa aquellas medidas cautelares que tienen como objetivo desposeer a la sociedad concursada de la libre disposición de una parte de su patrimonio en la espera de que se resuelva un litigio en el que se enfrenta a uno de sus acreedores.⁵⁵² Sobre esta base, el Tribunal excluyó que tales medidas pudieran ser consideradas como acciones civiles de las referidas en los arts.

⁵⁴⁶ Así lo establece el Auto del JM Madrid (núm. 5), de 18 octubre 2012. A pesar del acierto de esta postura como punto de partida, el juez en este caso procede a determinar su competencia internacional con respecto a la futura acción de reintegración, cometiendo el fallo metodológico fundamental de utilizar las normas del art. 4.2.m) RI, sobre ley aplicable, como normas de competencia judicial internacional. Es decir, el juez ignora la función de los arts. 3 y 25 RI, así como su jurisprudencia relacionada y la interacción de estos preceptos con los otros instrumentos de competencia judicial internacional. (Solo) algo más de acierto se encuentra en el comentario de M. Sánchez Álvarez, “Medidas cautelares internacionales en el concurso: comentario a los AJM 5 y 8 de Madrid, de 18 de octubre de 2012” (2013) 18 *Revista de derecho concursal y paraconcursal* 223.

⁵⁴⁷ Aunque esta competencia cautelar no es exclusiva. Vide n. 175 *supra* y M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, “Artículo 11...”, *cit.*, 347.

⁵⁴⁸ *Probud*, *cit.*, párs. 13, 14 y 44.

⁵⁴⁹ De hecho, ni siquiera existía base crediticia para el mismo, sino que, como afirma la sentencia en el pár. 17, solo “se sospechaba que había infringido la legislación relativa al desplazamiento de los trabajadores, por el impago de la remuneración y las cotizaciones sociales de varios trabajadores polacos”.

⁵⁵⁰ *Probud*, *cit.*, pár. 44.

⁵⁵¹ Asunto C-85/12 (*LBI hf v Kepler Capital Markets SA*) [2013] Rec. I-697.

⁵⁵² *Id.* pár. 56.

4.2.f) y 15 RI y dispuso que la competencia para su adopción ha de corresponder de forma exclusiva al juez del concurso.

Es decir, aunque el Reglamento de Insolvencia no se oponga a la existencia paralela de acciones encaminadas a la declaración y cuantificación de créditos contra la masa, las acciones dirigidas a asegurar la materialización de la futura decisión han de quedar sometidas al régimen de la *lex fori concursus*. Esta conclusión deriva del reconocimiento automático que prescriben los arts. 16 y 17 RI con respecto a los efectos del concurso previstos en origen.⁵⁵³ En consecuencia, entiende el Tribunal que la imposibilidad de ejecuciones individuales ordinarias prevista en todos los derechos concursales de los Estados Miembros deberá producir también la exclusión de las medidas cautelares individuales adoptadas por órganos judiciales del territorio de la Unión en preparación de dichas ejecuciones.⁵⁵⁴

Esta postura concuerda con la doctrina jurisprudencial según la cual para determinar si unas pretensiones accesorias o cautelares están comprendidas en el ámbito de aplicación de un instrumento de la Unión, hay que atender a la materia a la que ellas se refieran y a los intereses a los que afecten, y no a la materia sobre la que verse la pretensión principal.⁵⁵⁵ Asimismo, también es coherente con el hecho de que el reciente Reglamento 655/2014 relativo a la orden europea de retención de cuentas⁵⁵⁶ también excluya la posibilidad de solicitar estas órdenes, con efectos similares a las medidas cautelares,⁵⁵⁷ contra deudores respecto de los cuales se haya iniciado un procedimiento de insolvencia (art. 2).

168. Por tanto, se deriva del régimen perfilado por esta jurisprudencia que no puede afirmarse de forma absoluta, tal y como parece derivarse de la Ley Concursal, que en el plano internacional tanto jueces como árbitros puedan adoptar cualquier tipo de medida cautelar contra el

⁵⁵³ M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *The European...*, cit., 76.

⁵⁵⁴ En este sentido se han pronunciado también J. L. Iriarte Ángel, “Reconocimiento de la decisión de apertura del procedimiento de insolvencia y medidas cautelares en el Reglamento europeo (STJUE 21.1.2010)” (2010) 21(3) *Anuario de Derecho Concursal* 303, 321; L. Carballo Piñeiro, “*Vis attractiva concursus...*”, cit., 17; M. Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare* (Milano: Cedam, 2009), 251; y R. Dammann “Article 15”, cit., 299. Sorprendentemente, el Informe Hess/Oberhammer/Pfeiffer concluye que ésta no era una materia requerida de aclaración.

⁵⁵⁵ Asunto C-143/78 (*Jacques Cavel v Luise de Cavel*) [1979] Rec. 1055.

⁵⁵⁶ Reglamento (UE) n° 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil.

⁵⁵⁷ Según el art. 5 del Reglamento 655/2014, el procedimiento para solicitar una orden de retención es accesible al acreedor que, antes de que se inicie el procedimiento sobre el fondo del asunto y en cualquier fase de dicho procedimiento, desee asegurar la ejecución de la resolución judicial posterior sobre el fondo del asunto. Igualmente, es accesible al acreedor que haya obtenido ya una resolución judicial, una transacción judicial o un documento público con fuerza ejecutiva por el que se exija al deudor el pago de la deuda al acreedor.

concurtido. Por el contrario, será necesario distinguir entre aquellas que tienen un contenido ejecutivo frente a las que solo tienen un objetivo conservador o preventivo.

Las primeras incluirán aquellas que pretendan aminorar la masa activa del concurso y privar al deudor o a la administración y juez concursales de la capacidad de disposición sobre los bienes y activos que la componen. Principalmente, este será el caso de los embargos preventivos, de la consignación y de la intervención o administración judicial de algún bien o activo productivo pues, en palabras del art. 727 LEC, están diseñados para “asegurar la ejecución de sentencias de condena a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles”. Por su parte, la segunda categoría abarca los otros tipos de medidas que únicamente tienen como fin dar publicidad a la existencia del litigio (como la anotación preventiva de demanda) o proteger el *statu quo* con vistas a no frustrar el propósito del procedimiento principal o a no acrecentar el daño causado. Mientras que aquellas no podrán ser adoptadas ni por árbitros ni por jueces en el seno de procedimientos individuales internacionales, las segundas no producen ningún perjuicio concursal y seguirán estando disponibles para su adopción.

Sin perjuicio del carácter vinculante que esta línea jurisprudencial tiene para las autoridades españolas y para la interpretación que haya de darse al régimen previsto en la Ley Concursal, parece que hubiera sido apropiado optar por una lectura técnicamente más refinada a la realizada por el Tribunal de Justicia. En efecto, ninguna de estas sentencias introduce la distinción entre la competencia relativa a la declaración o adopción de las medidas y la concerniente a la ejecución de las mismas. Como ya quedó dicho, ésta es una escisión fundamental para el entendimiento del alcance de la competencia cautelar en sede arbitral. Pues bien, sobre la base de esta distinción podría argumentarse que ha de ser solo la ejecución de las medidas la que ha de quedar proscrita por los principios invocados por las sentencias mencionadas, pues es únicamente cuando se materializa la medida y se otorga un tratamiento privilegiado a uno de los acreedores que puede entenderse producida la frustración de los objetivos del procedimiento de insolvencia y el potencial cercenamiento del principio de *par conditio creditorum*.⁵⁵⁸

De esta forma, la competencia arbitral (y la judicial) relativa al conocimiento y adopción de medidas cautelares contra el concursado debería permanecer intacta a pesar de la apertura de

⁵⁵⁸ Esta precisión ya había sido sugerida, aun sin mención a la jurisprudencia europea, por M. Gómez Jene, “Recensión a I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso internacional* (Cizur Menor: Civitas, 2008)” (2011) 10 *Revista del Club Español del Arbitraje* 137, 141.

un procedimiento de insolvencia. Sobre todo porque, a diferencia de lo que parece asumir el Tribunal, existen Estados (como el español) que expresamente sí permiten la adopción de medidas cautelares constante concurso.⁵⁵⁹ Por el contrario, corresponderá al *forum concursus*, en tanto que autoridad exclusivamente competente para la realización de ejecuciones contra el patrimonio concursal (art. 8.3 LC), la llevanza a la realidad de tales medidas.

Esta distinción permite alcanzar un equilibrio más satisfactorio en la defensa de los intereses fundamentales propios de las disciplinas concursal y arbitral, a la vez que no impide que el juez concursal pueda seguir ejerciendo sobre todas esas medidas la facultad de suspensión y de alzamiento que le reconoce la Ley Concursal y que seguidamente se analiza.⁵⁶⁰

ii. La eficacia de las medidas cautelares preconcursales y la facultad de suspensión y alzamiento por el juez concursal

169. La parquedad de la regulación concursal de las medidas cautelares previa a la reforma de 2011 generaba dudas con respecto al efecto que la apertura del procedimiento de insolvencia producía sobre la continuidad de las medidas adoptadas con carácter preconcursal. En general este silencio era suplido por la doctrina con una interpretación a favor de la supervivencia de esas medidas, sin perjuicio de que la competencia exclusiva otorgada al juez concursal por el art. 8.4º LC con respecto a las medidas cautelares permitiera *de facto* que el juez pudiera ordenar la modificación o el alzamiento de las mismas desde el mismo auto de apertura.⁵⁶¹ Esta posición también era aplicable a las medidas cautelares internacionales, como reconocía el Informe Virgós/Schmit en el marco del Reglamento de Insolvencia.⁵⁶²

⁵⁵⁹ La coexistencia de ordenamientos en los que se permiten estas medidas con otros que las prohíben posibilita que, a pesar de la prohibición hipotéticamente prevista en el procedimiento principal, se puedan abrir procedimientos secundarios en los Estados en que el deudor también cuente con establecimiento y, en virtud de esa *lex fori concursus* de alcance territorial, se adopten medidas cautelares contra la masa activa sita en ese territorio. Respecto a esta opción vide J. L. Iriarte Ángel, “Reconocimiento...”, *cit.*, 319. Con una opinión crítica de esta posibilidad, sobre todo cuando fuera encaminada a la protección de un único acreedor, se pronuncia A. Espiniella Menéndez, “El procedimiento auxiliar de insolvencia: una nueva configuración de Derecho concursal internacional” (2005) *Anuario de Derecho Internacional Privado*, 153.

⁵⁶⁰ Se solventará con ello también la preocupación manifestada por los autores que, acertadamente, intentaban buscar base legal en la Ley Concursal según su redacción previa a 2011 para justificar la suspensión de las medidas cautelares de contenido ejecutivo. F. Cerdón Moreno, “Las relaciones...”, *cit.*, 27 vía art. 55.2 LC y M. Marín López, “Comentario al artículo 51 LC” en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.) *Comentarios...*, *cit.*, t. 1, 479, 488.

⁵⁶¹ M. F. Martín Moral, *El concurso...*, *cit.*, 226 citando a S. Ruiz de la Cuesta Fernández, “La competencia del juez del concurso sobre las medidas cautelares adoptadas al margen del proceso concursal” (2009) 19 *Revista General de Derecho Procesal* 1.

⁵⁶² Informe Virgós/Schmit, pár. 78, en relación con bienes y personas radicados en el extranjero.

Frente a este silencio, la Ley Concursal actual cuenta con elementos positivos más claros desde la reforma de 2011. En concreto, la lectura del art. 8.4º LC permite deducir sin elevada complicación hermenéutica que la declaración concursal no afecta a la continuación de las medidas cautelares adoptadas en sede judicial o arbitral en algún momento anterior. Asimismo, la competencia concursal en esta materia, aunque ya no tenga carácter exclusivo, faculta al juez a que siga pudiendo influir de forma directa sobre el contenido y la pervivencia de las medidas de origen preconcursal.

170. Sin embargo, la novedad más importante desde un punto normativo es la inclusión expresa de la facultad del juez del concurso para acordar la suspensión de las medidas o solicitar su levantamiento cuando considere que puedan suponer un perjuicio para la tramitación del concurso. Ésta es una facultad que opera con respecto a todo tipo de medidas que afecten a la masa activa del concurso, independientemente de que hubieran sido adoptadas con antelación o con posterioridad a la declaración de concurso. Si acaso, se pueden identificar dos excepciones a esta regla.

La primera deriva de la lectura conjunta del art. 8.4º LC con el art. 55.3 LC⁵⁶³ que, a pesar de permitir el levantamiento y la cancelación por el juez concursal de los embargos trabados con antelación a la declaración de concurso, excluye de esta regla a los embargos administrativos, lo cual ha sido acertadamente criticado por la doctrina.⁵⁶⁴ La segunda surge cuando pueda entenderse que el embargo preconcursal ha generado según su ley aplicable algún derecho real para su beneficiario, en cuyo caso la posibilidad de alteración quedará sujeta a la norma de conflicto proteccionista prevista en los art. 5 RI y 201 LC.⁵⁶⁵

171. Más allá de estas excepciones, la posibilidad de suspensión y alzamiento guarda un parecido directo con la facultad de suspensión prevista en el art. 52.2 LC con respecto a los convenios arbitrales. El estudio de esta facultad requiere tres apuntes principales. En primer lugar, el precepto parece distinguir entre la decisión de suspensión y la de alzamiento. La primera se caracteriza por hacer referencia exclusivamente a la eficacia de la medida pero no a su

⁵⁶³ Modificado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE núm. 245, de 11 octubre 2011).

⁵⁶⁴ J. Alonso-Cuevillas Sayrol, “Aspectos procesales...”, *cit.*, 55.

⁵⁶⁵ Así lo afirman la Sentencia del Tribunal de Justicia y la Opinión del AG Szpunar en el *Hermann Lutz*, párs. 28 y 38 respectivamente, aunque para este análisis se ha de tener en cuenta el juego de los arts. 4.2.m) y 13 RI con respecto a las acciones de nulidad, anulación o inoponibilidad en interés del concurso. Con respecto a esta interesante cuestión, vide también el Auto de la AP Pontevedra (Sección 1ª), de 25 abril 2012, FJ 5º y su análisis en E. Torralba Mendiola, “Levantamiento de un embargo preventivo decretado en el extranjero sobre bienes de la concursada española: los problemas derivados de la ausencia de uniformidad de soluciones” (2013) 28 *Anuario de derecho concursal* 357, 370-372.

existencia y validez, por lo que la misma podrá ser reactivada tan pronto como desaparezca el riesgo de perjuicio que justifica su suspensión. Debido al alcance temporal limitado, el legislador concede competencia directa al juez concursal para su ordenación. El alzamiento, por su parte, consiste en la privación definitiva de eficacia de la medida, que deja de pender sobre el patrimonio del concursado. Debido al carácter permanente de la decisión, el precepto prevé que su ordenación no compete al juez del concurso directamente, sino que corresponde ser adoptada, a instancia del juez, por el tribunal arbitral que la hubiera ordenado.

Esta coexistencia de opciones obliga al juez del concurso a pronunciarse sobre la más apropiada para el caso, lo cual deberá realizarse según la gravedad y la continuidad del riesgo sobre el interés del concurso.⁵⁶⁶ En cualquier caso, el aparente carácter imperativo con el que el legislador reviste a la solicitud del juez concursal a los árbitros⁵⁶⁷ justifica que alguna parte de la doctrina haya calificado de inapropiada la duplicidad de opciones y de procedimientos de aprobación.⁵⁶⁸

172. En segundo lugar, la articulación de esta facultad requiere concretar qué se ha de entender por “perjuicio para la tramitación del concurso”. Sin lugar a dudas, la obligación de motivación del auto por el cual se tome la medida contribuirá a que progresivamente se dote a esta expresión de contenido específico,⁵⁶⁹ así como permitirá a la parte perjudicada evaluar la conveniencia de recurrir la decisión (arts. 197.3 LC y 451 LEC). Mientras tanto, puede entenderse que la definición de este criterio deberá venir influenciada principalmente por el impacto que la afectación de determinados bienes o activos de la masa del concurso produzca sobre la realización de los distintos trámites concursales y la defensa de los intereses colectivos. Ello ocurrirá cuando la medida imposibilite o dificulte la venta de los bienes afectados; cuando impida percibir determinadas rentas, frutos o intereses con las que engrosar la masa activa del concurso; o cuando obstaculice que el concursado lleve a cabo una determinada actividad que le reporta ingresos con los que nutrir la masa activa.⁵⁷⁰ En todos estos casos, el perjuicio producido al conjunto de los acreedores en beneficio de una única parte supone la vulneración del principio de la *par conditio creditorum* y, por tanto, podrá justificar la suspensión o el alzamiento de la medida cautelar.

⁵⁶⁶ P. Martínez-Gijón Machuca, “Efectos de...”, *cit.*, 85.

⁵⁶⁷ S. González Malabia, “Disposición final...”, *cit.*, 2129.

⁵⁶⁸ M. F. Martín Moral, *El concurso...*, *cit.*, 230.

⁵⁶⁹ J. M. De Alfonso Olive, “Un arbitraje...”, *cit.*, 620.

⁵⁷⁰ Todos ellos procedentes de S. González Malabia, “Disposición final...”, *cit.*, 2128-2129.

173. Por último, y tomando como referencia el papel nuclear que el interés del concurso juega como *raison d'être* de esta facultad, ha de afirmarse que su ámbito ha de alcanzar no solo las medidas cautelares adoptadas en el seno de arbitrajes internos, sino que también podrá referirse a la medidas ordenadas por tribunales arbitrales internacionales, sitios tanto en España como en el extranjero. Para todas ellas, la naturaleza inherentemente concursal de la facultad y su relación inmediata con el procedimiento de insolvencia justifican que el juez del concurso sea competente de forma exclusiva y excluyente para su ejercicio (arts. 3 RI y 11 LC).

b. La prohibición de compensación arbitral

174. La compensación es el mecanismo en virtud del cual dos partes que sean recíprocamente acreedoras y deudoras saldan total o parcialmente sus obligaciones cruzadas dando lugar, si acaso, a una única obligación de una parte frente a la otra (arts. 1195 y 1202 CC). De acuerdo con la doctrina civil clásica, la compensación puede operar como consecuencia de la concurrencia de determinados requisitos previstos en la ley (compensación legal) o como resultado de la voluntad de las partes a pesar de que no se cumplan todas las condiciones legales (compensación potestativa o convencional). En cualquiera de las dos modalidades, la operación de este instituto en el seno de un procedimiento civil depende de la alegación de las partes y persigue simplificar la tarea de liquidación de las pretensiones derivadas, respectivamente, de la demanda y de una posible reconvencción. Es decir, constituye una de las opciones que puede emplear un tribunal judicial o arbitral como parte de la resolución de la disputa ante él sometida. Sobre esta base, la posible prohibición sugerida por el título de este apartado constituye una limitación a la competencia arbitral impuesta por la situación concursal y, por tanto, ha de ser estudiada dentro de las cuestiones competenciales tratadas en este Capítulo. La plena comprensión de su operatividad en el seno de un procedimiento arbitral internacional requiere algunos apuntes introductorios.
175. La compensación puede operar con respecto de obligaciones de naturaleza tanto contractual como extracontractual. Sin embargo, constituye un elemento imprescindible que los créditos que la protagonizan sean ontológicamente independientes, esto es, que hayan surgido de relaciones obligacionales autónomas.⁵⁷¹ Con ello se distingue este instituto de la figura de la liquidación, que se refiere al saldo de obligaciones recíprocas surgidas en el seno de una

⁵⁷¹ M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *The European...*, *cit.*, 111 son claros en exigir “two distinct claims”.

misma relación (probablemente contractual).⁵⁷² O dicho con otras palabras, la liquidación se produce como mero mecanismo de simplificación interno para aquellas obligaciones recíprocas que encuentran su origen en un mismo sinalagma, lo que las convierte en créditos *ex aedem causa* u obligaciones conexas.⁵⁷³ Ellas quedarán sujetas al régimen general de contratos previsto en la legislación concursal (arts. 61 *et seq*).

En el seno de un escenario de insolvencia, la terminología propia de la compensación distingue entre el “crédito pasivo o principal”, que es aquel en el que el concursado adopta la posición de acreedor, y el “crédito activo o contracrédito”, que designa la obligación en la que el concursado juega el papel de deudor y, por tanto, es aquella que en condiciones ordinarias debería ser incluida en su integridad en la masa pasiva del concurso. Sin embargo, no cabe duda de que la aplicación de esta operativa en escenarios de insuficiencia patrimonial podría ser vista con cierto recelo, pues mediante la compensación se permite, al fin y al cabo, la satisfacción crediticia de uno de los acreedores de espaldas al régimen colectivo de espera y pago prorrateado que la filosofía concursal impone generalmente a todos los acreedores que concurren al procedimiento. Es decir, la compensación se presenta como un mecanismo amenazador del principio de la *par conditio creditorum* y una desviación de la prohibición general de ejecuciones individuales contra el concursado.

Esta advertencia pone de manifiesto que la compensación no solo constituye un instrumento de pago, sino que *de facto* despliega una importante función de garantía pues su toma en consideración por las partes (compensación legal) o su inclusión expresa en estructuras contractuales complejas (compensación convencional) facilita la asunción continuada de obligaciones cruzadas bajo la expectativa de que las mismas, aun proviniendo de contratos distintos, se compensan recíprocamente tan pronto como se dan las condiciones de prescripción legal o convencional. Por esta razón, no todos los Estados afrontan la regulación de esta institución de la misma manera, sino que el panorama comparado ofrece distintas

⁵⁷² Como indica, P. Martínez-Gijón Machuca, “Efectos de...”, *cit.*, 93, la jurisprudencia española ha sido constante en este sentido, como reflejan las Sentencias del TS de 7 junio 1983, de 5 octubre 1979, de 29 noviembre 1977 y de 5 febrero 1976, así como la de la AP Las Palmas (Sección 3ª), de 28 julio 2000.

⁵⁷³ N. Bermejo Gutiérrez, “Artículo 58. Prohibición de compensación” en E. Beltrán Sánchez y A. Rojo Fernández-Río (Coors.) *Comentarios...*, *cit.*, Vol. I, 1084, 1088. La concreción de la conexidad es una tarea harto abstracta, y en aquellos casos en los que la compensación está prohibida, la jurisprudencia ha desarrollado concepciones más amplias de conexidad (conexidad funcional entre varios contratos dentro de una misma operación) con el fin de eludir el veto al mecanismo compensatorio.

soluciones normativas.⁵⁷⁴ Desde la perspectiva del Derecho internacional privado, la gestión de esta variedad reclama cuanto menos una norma de conflicto.⁵⁷⁵

176. Consciente de esta problemática, el legislador de la Unión prescribe en el art. 4.2.d) RI que corresponde a la ley del Estado de apertura del procedimiento de insolvencia determinar “las condiciones de oponibilidad de una compensación”. Esta regla es acorde con el rol central que tanto el Reglamento como la Ley Concursal atribuyen a la *lex fori concursus* y, en el caso de la compensación, pretende homogeneizar el tratamiento de todos los acreedores y favorecer la *par conditio creditorum*.⁵⁷⁶

Deriva de esta norma de conflicto que cuando la ley aplicable según el art. 4.2.d) RI permita el mecanismo de compensación, el acreedor podrá hacer valer su crédito contra el del deudor concursado si concurren los requisitos oportunos. Ello no significa, sin embargo, que la prohibición de este mecanismo por la legislación concursal implique necesariamente la imposibilidad de hacerla valer. En efecto, el art. 6 RI (titulado “Compensación”) introduce una excepción al régimen general y prevé en su apartado primero que

“La apertura del procedimiento de insolvencia no afectará al derecho de un acreedor a reclamar la compensación de su crédito con el crédito del deudor, cuando la Ley aplicable al crédito del deudor insolvente permita dicha compensación”.⁵⁷⁷

De acuerdo con esta norma, la imposibilidad general de compensación prevista en la *lex fori concursus* queda revertida cuando el régimen específico para situaciones concursales previsto en la ley aplicable al crédito pasivo sí lo autorice.⁵⁷⁸ Dicha ley se determinará de acuerdo con las normas ordinarias de Derecho internacional privado (muy probablemente, los Reglamentos Roma I y Roma II⁵⁷⁹) y no será necesario que las partes la hayan escogido con antelación.⁵⁸⁰ De esta forma, tal y como afirma el Considerando 26 del Reglamento, “la

⁵⁷⁴ Así lo reconoce el propio Informe Virgós/Schmit, pár. 109.

⁵⁷⁵ Como se verá, el progreso normativo a nivel trasfronterizo no ha alcanzado reglas materiales sino que se ha limitado a proporcionar reglas de naturaleza conflictual.

⁵⁷⁶ M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *The European...*, cit., 112.

⁵⁷⁷ Análoga solución conflictual puede encontrarse en el art. 205 LC, que ha de recibir la misma interpretación que el precepto europeo. M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, “Artículo 205. Compensación” en E. Beltrán Sánchez y A. Rojo Fernández-Río (Coors.) *Comentarios...*, cit., vol. II, 2911.

⁵⁷⁸ En este sentido, la Sentencia del JM Madrid (núm. 7), de 9 febrero 2007 yerra al aplicar la ley del crédito activo, en vez del pasivo.

⁵⁷⁹ Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”), DO L 199/40 de 31 de julio de 2007.

⁵⁸⁰ Aunque la doctrina entiende que la ley ha de ser en todo caso la de otro Estado Miembro. De lo contrario, corresponderá a las normas de Derecho internacional privado del *forum concursus* proporcionar la respuesta acerca de la posibilidad de que una ley distinta a la *lex fori concursus* regule la posibilidad de compensación. Vide T. Ingelmann, “Article 6” en K. Pannan (ed.), *European Insolvency Law...*, cit., 253, 257 y M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *The European...*, cit., 117.

compensación adquirirá una función de garantía sobre la base de disposiciones legales en las que el acreedor puede confiar en la fecha de la aparición del crédito”. Al fin y al cabo, es una norma de conflicto encaminada a “proteger las expectativas legítimas y la seguridad de las operaciones en Estados Miembros distintos a aquel en el que se inicia el procedimiento” (Considerando 24).

En términos prácticos, esta regla implica que siempre y cuando una de las dos leyes en concurrencia (*lex fori concursus* o *lex contractus* del crédito pasivo o principal) permita la compensación concursal de créditos, el acreedor podrá beneficiarse de ella.⁵⁸¹ De lo contrario, todo acreedor que pretendiera calcular los riesgos producidos por la insolvencia de la contraparte se vería obligado, en primer lugar, a identificar el Estado en el que esa parte tendría el centro de intereses principales a los efectos del art. 3 RI (una tarea potencialmente complicada en sí misma) y, en segundo lugar, averiguar el régimen de compensación previsto por la ley concursal de ese Estado. Y todo ello, a pesar de que ese acreedor también es deudor frente al concursado.⁵⁸²

177. A pesar de la relevancia del art. 6 RI, resulta necesario precisar que la excepción prevista en dicho precepto será únicamente aplicable con respecto a los créditos recíprocos que ya existan en el momento de la declaración del concurso.⁵⁸³ Aunque esta restricción haya podido motivar algunas críticas por generar una situación dispar entre los acreedores,⁵⁸⁴ el régimen vigente implica que cuando uno o ambos créditos surjan con posterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia, la posibilidad de activar el mecanismo de compensación vendrá exclusivamente concretado por la *lex fori concursus*.⁵⁸⁵ La justificación se encuentra en la razón de ser del mismo precepto. Si lo que se pretende con el art. 6 RI es proteger las legítimas expectativas que puedan surgir entre las partes con anterioridad al concurso, tales expectativas no pueden existir (o, al menos, no son merecedoras de la misma tutela) cuando una de las partes ya ha sido formalmente declarada en concurso.

No obstante, es precisamente por esta misma razón que se hace necesario matizar la regla mencionada. La verdadera función que la expectativa de compensación desempeña no es en el momento de surgimiento del crédito, sino de asunción de la obligación (presente o futura)

⁵⁸¹ M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *The European...*, cit., 111.

⁵⁸² En el mismo sentido vide M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *The European...*, cit., 112 y I. Fletcher, *Insolvency...*, cit., 299.

⁵⁸³ Informe Virgós/Schmit, pár. 110.

⁵⁸⁴ T. Ingelmann, “Article 6” en K. Pannen (ed.), *European Insolvency Law...*, cit., 253, 257.

⁵⁸⁵ M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *The European...*, cit., 117.

que dará lugar a un crédito. En este sentido, también se deberían beneficiar del régimen del art. 6 RI aquellos créditos que, aun declarados con posterioridad a la apertura del concurso, derivaran de un contrato concluido por las partes en circunstancias pre-concursales.⁵⁸⁶ Desde la perspectiva arbitral, ello implica que un tribunal que tenga que resolver una disputa en la que una de las partes esté sometida a un procedimiento de insolvencia, sí podrá aplicar la norma de conflicto del art. 6 RI para decidir si el mecanismo de compensación está disponible con respecto a los créditos que deriven de las relaciones obligacionales concluidas con antelación al concurso, y ello a pesar de que en ese momento los créditos no hayan devenido exigibles y no hayan sido ni reconocidos por las partes ni determinados por un tribunal competente.

Por último, se deriva de la norma de conflicto ínsita en el art. 6.1 RI que, sin perjuicio de la polémica que puede existir con respecto al alcance de la regla del art. 4.2.d) RI,⁵⁸⁷ el legislador de la Unión se ha decantado por un régimen en el que la función de la *lex fori concursus* en materia de compensación no alcanza a determinar los requisitos de compensabilidad de los créditos, cuya concreción permanece regulada por la *lex causae* del crédito principal o por el propio acuerdo de las partes. Tal y como confirma la literalidad del precepto, la intervención de la legislación concursal ha de ceñirse a la “oponibilidad” de la eventual compensación en el seno del concurso.⁵⁸⁸

178. Cuando estas normas de conflicto remitan al Derecho español, el art. 58 LC será de aplicación. De acuerdo con este precepto,

“declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella”.

Es decir, solo si concurren los requisitos de compensabilidad antes de la declaración del concurso podrá activarse el mecanismo de la compensación. Requisitos que, como ya se ha

⁵⁸⁶ Así parece establecerse, aun con escasa claridad, en M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez “Artículo 205...”, *cit.*, Vol. II, 2915.

⁵⁸⁷ Existe polémica respecto al alcance de esta remisión, esto es, si ha de cubrir todos los aspectos procesales y sustantivos de la compensación o si, por el contrario, queda circunscrita a cuestiones procesales. A favor de una interpretación expansiva se pronuncia la mayor parte de la doctrina, encabezada por M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *The European...*, *cit.*, 115. En contra, K. Pannen y S. Riedemann, “Article 4...”, *cit.*, 226.

⁵⁸⁸ Con detalle, M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, “Artículo 205...”, *cit.*, Vol. II, 2914.

dicho, corresponde determinar a la *lex causae* del crédito principal, tanto para los casos de compensación legal como en los de origen convencional.⁵⁸⁹

Respecto a los primeros, el art. 1196 CC proporciona la lista de condiciones cuya concurrencia es obligatoria para la activación del mecanismo. Estas incluyen 1) que cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro; 2) Que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero, o, siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y también de la misma calidad, si ésta se hubiese designado; 3) Que las dos deudas estén vencidas; 4) Que sean líquidas y exigibles; y 5) Que sobre ninguna de ellas haya retención o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor.

Por tanto, un tribunal arbitral sí podrá apreciar una solicitud de compensación cuando los mencionados requisitos legales ya se hubieren cumplido en el momento de la apertura del concurso.⁵⁹⁰ Cuando, por el contrario, se satisficieran las condiciones una vez pasado ese punto, la solicitud de compensación tendrá que ser denegada, de modo que la competencia del tribunal arbitral quedará restringida a concretar las obligaciones de cada parte de forma autónoma con el fin de que reciban el tratamiento concursal que les corresponda.⁵⁹¹ Además, cualquier intento que pretendiera camuflar la compensación a través de un acuerdo transaccional en el seno del procedimiento arbitral debería quedar abortado por los propios requisitos operativos del concurso que, debido a la merma de la capacidad de disposición del deudor insolvente, someten los actos transaccionales a estricto régimen de autorización previa.⁵⁹²

El caso de la compensación convencional o potestativa, por su parte, parece no encajar fácilmente en los escenarios contemplados por el art. 58 LC, pues esta modalidad compensatoria no requiere de “requisitos”, tal y como los entiende el precepto. Sin embargo, no puede ello llevar a la conclusión de que dicho artículo queda ceñido a la compensación de origen legal. La interpretación del precepto ha de incluir también la existencia de acuerdos previos a la declaración del concurso que prevean la compensación como mecanismo contractualmente diseñado por las partes para sus relaciones comerciales. Así, ha de

⁵⁸⁹ Así lo expone con detalle la Sentencia del JM Madrid (núm. 7), de 9 febrero 2007, que contiene un buen análisis de la problemática conflictual en sede de compensación aquí expuesta.

⁵⁹⁰ A pesar de la referencia exclusiva del art. 58 LC a “resolución judicial o acto administrativo”, también he de entenderse que la compensación puede ser ordenada mediante laudo arbitral.

⁵⁹¹ Así lo decidió un laudo no público citado en P. Martínez-Gijón Machuca, “Efectos de...”, *cit.*, 92 en el que el tribunal ciñó la parte dispositiva a declarar la “Obligación de las partes de cumplir el laudo y estar y pasar por sus pronunciamientos, sin perjuicio del tratamiento que en Derecho corresponde dar a las relaciones jurídicas obligatorias en que es parte [...], dado su estado de quiebra, en el procedimiento universal en trámite”.

⁵⁹² Vide el siguiente apartado para el estudio de esta cuestión.

entenderse que cuando esos acuerdos se encuentren en vigor antes de la apertura concursal, los requisitos exigidos sí estarán satisfechos a los efectos del art. 58 LC y el tribunal arbitral podrá recurrir a ellos para resolver mediante la compensación de créditos (práctica común en el arbitraje financiero).⁵⁹³ La eficacia de estos acuerdos preconcursales, no obstante, ha de tomarse *in abstracto*, de modo que su validez podrá ser atacada cuando el convenio compensatorio instrumentado por las partes satisfaga los requisitos exigidos para ejercitar las acciones de reintegración que en su caso prevea la *lex fori concursus*. Así lo prevén tanto el art. 6.2 RI como el art. 205.2 LC, poniendo de manifiesto la naturaleza dispositiva de la compensación convencional.

En cualquier caso, la situación que no tiene cabida en el art. 58 LC es la conclusión de acuerdos de compensación con posterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia. En esos casos, el pacto de las partes posibilitaría la satisfacción individual del crédito de uno de los acreedores en perjuicio del conjunto colectivo de la masa. Es por esto que el objeto del procedimiento arbitral ha de quedar limitado, otra vez, a la determinación de las obligaciones de cada parte de forma autónoma.⁵⁹⁴

179. En último lugar, resulta necesario esclarecer el alcance de la competencia del juez del concurso con respecto a la oponibilidad y eficacia de la compensación ordenada arbitrariamente. De acuerdo con el segundo inciso del art. 58 LC, “en caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal”. La opción del legislador en favor del incidente concursal no puede entenderse de forma ilimitada. En efecto, cuando un tribunal arbitral haya decidido una disputa haciendo uso de la compensación de créditos, el juez del concurso tendrá que restringir su potestad censora exclusivamente a la validez de esa operación y a la eficacia que pueda desplegar en el concurso con respecto a la cuantificación de los créditos y la elaboración de las masas activa y pasiva. En ningún caso podrá el juez pronunciarse sobre la validez del laudo en tanto que resolución firme con efecto de cosa juzgada. Esta función permanece reservada al órgano jurisdiccional competente para conocer de la acción de anulación según las normas ordinarias de atribución de competencia tanto en el plano internacional como a nivel territorial y funcional. Idéntica será la respuesta cuando la cuestión suscitada haga referencia específicamente a la posible existencia de fraude

⁵⁹³ En general, F. Cordón Moreno, *Proceso Concursal...*, *cit.*, 168. En contra, P. Martínez-Gijón Machuca, “Efectos de...”, *cit.*, 92.

⁵⁹⁴ En este sentido, P. Martínez-Gijón Machuca, “Efectos de...”, *cit.*, 92 defiende que la prohibición de compensación del art. 58 LC “no es disponible ni por las partes del arbitraje ni por los propios árbitros”.

en el arbitraje, debido a la acción de impugnación autónoma prevista por la legislación concursal para este fin.⁵⁹⁵

4. La conclusión de convenios arbitrales tras la apertura del concurso

180. La Ley Concursal no contiene ninguna norma específica en relación con la posibilidad de concluir convenios arbitrales con posterioridad a la declaración del concurso, al igual que tampoco nada dice acerca de la opción de incluir cláusulas jurisdiccionales que confieran competencia a un órgano jurisdiccional nacional o extranjero distinto del juez del concurso. Sin embargo, ello no implica en modo alguno que esta posibilidad haya sido vetada por el legislador, sobre todo tras el régimen favorable al arbitraje introducido por la reforma de 2011.⁵⁹⁶ En efecto, no cabe duda de que si, tal y como prevé el art. 44.1 LC, “la declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor”, ello ha de incluir también la posibilidad de recurrir a aquellas herramientas (como el arbitraje) que son comunes en el derecho comercial y que constituyen un importante mecanismo para gestionar los riesgos que comportan los negocios transfronterizos.
181. Pero esto no quiere decir que los convenios arbitrales puedan concluirse de forma idéntica al momento anterior a la declaración del concurso, sino que para ello habrá que tener en cuenta el efecto que tal declaración haya producido sobre la capacidad de obrar del deudor y las facultades patrimoniales de la administración. Así se deriva también del art. 7.8 LEC, según el cual “[l]as limitaciones a la capacidad de quienes estén sometidos a concurso y los modos de suplirlas se regirán por lo establecido en la Ley Concursal”. Esta regla también es válida cuando la cláusula arbitral tenga carácter internacional, pues será la *lex fori concursus* la que determine la capacidad contractual del deudor y su administración.⁵⁹⁷ Sobre esta base, el art. 40 LC distingue entre dos tipos de soluciones dependiendo de que el auto de apertura haya sometido al concursado a un régimen de intervención o de suspensión (art. 21.1.2º LC).

⁵⁹⁵ Vide con más detalle el Capítulo V.A.1 y .3.

⁵⁹⁶ La doctrina es unánime al respecto. Vide, por todos, M. F. Martín Moral, *El concurso...*, cit., 118-119; P. Martínez-Gijón Machuca, “Efectos de...”, cit., 59; S. González Malabia, “Disposición final...”, cit., 2125; y L. Montes Saralegui y C. Velasco Papineschi, “Convenio arbitral...”, cit., 99; y J. C. Jiménez Mancha, “Economic...”, cit., 654.

⁵⁹⁷ A. Espiniella Menéndez, “La contratación internacional...”, cit., 130, con cita a J. A. Pastor Ridruejo, “La faillite...”, cit., 204-205 y A. Mourre, “Arbitraje y...”, cit., 231. No obstante, vide la referencia al Asunto CCI 16369 (2012) en el Capítulo IV.A.3.a.

En el primero de los casos, que frecuentemente coincidirá con el concurso voluntario, el deudor conserva las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de la administración concursal, mediante su autorización o conformidad (art. 40.1 LC). Es decir, la adopción de un convenio arbitral podrá ser promovida, negociada y acordada íntegramente por el concursado, pero será necesario contar con la aprobación de la administración para entender que tal convenio adquiere plena validez y despliega todos sus efectos. En el segundo de los casos, que será el habitual en los concursos necesarios, la apertura del procedimiento produce la suspensión plena de las facultades de administración y disposición del deudor (art. 40.2 LC), de manera que corresponderá a la administración, en cumplimiento de sus funciones,⁵⁹⁸ decidir acerca de la conveniencia y, en su caso, contenido de los convenios arbitrales que puedan concluirse una vez dictado el auto de apertura.

La intervención de la administración de forma más o menos intensa en los dos escenarios descritos no implica, sin embargo, que el ordenamiento deje de reconocer toda la capacidad de obrar del deudor.⁵⁹⁹ Así, resulta relevante destacar que el art. 40.7 LC no somete a los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en ese artículo a un régimen de nulidad absoluta, sino que tales actos son únicamente sancionados con un régimen de anulabilidad que deberá ser accionado en todo caso a instancia de la administración concursal.

De este modo, puede afirmarse que los convenios arbitrales y los contratos que contengan dichos convenios que hayan sido concluidos por el deudor en contravención con las limitaciones impuestas por el juez concursal gozarán de eficacia (aun claudicante) hasta que tal decisión de anulación sea oportunamente adoptada por la autoridad judicial mediante el trámite del incidente concursal.⁶⁰⁰ Hasta ese momento, tanto los acreedores como la parte que haya participado en la relación contractual podrán requerir a la administración que se pronuncie acerca de su intención de convalidar el acuerdo o de ejercitar la correspondiente acción de anulación, entendiéndose que la falta de pronunciamiento por la administración durante un mes desde la formulación del requerimiento hará caducar la acción y equivaldrá a la confirmación del acto en cuestión.

⁵⁹⁸ Descritas de forma detallada por el art. 33 LC de acuerdo con la modificación introducida por apartado ocho del artículo único de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (BOE núm. 238, de 1 octubre 2014).

⁵⁹⁹ V. L. Montés Penadés “Alteraciones en la administración, gestión y disposición del patrimonio del concursado por efecto de la declaración y de la tramitación del concurso” (2007) 11 *Anuario de Derecho Concursal* 7, 12.

⁶⁰⁰ En el mismo sentido, P. Iñiguez Ortega, “Los efectos...”, *cit.*, 187.

182. Más allá de estas limitaciones a la capacidad de obrar, el ámbito de la libertad de contratación del deudor concursal en materia arbitral permanece intacto tras la declaración del concurso. Ello implica que tendrán cabida los convenios arbitrales tanto en el marco de las relaciones obligacionales domésticas como internacionales y que no habrá impedimento a que en ellos se designe como sede del arbitraje a una ciudad localizada fuera del territorio español.⁶⁰¹ Asimismo, podrá acordarse que la eficacia del pacto arbitral no se despliegue de forma inmediata, sino que actúe únicamente tras el cierre del procedimiento concursal o en cualquier otro momento diferido.⁶⁰²

Por el contrario, y en consonancia con las limitaciones a la arbitrabilidad operativas fuera de escenarios concursales, ni el deudor ni la administración podrán someter a arbitraje disputas relacionadas con aquellas materias que sean de naturaleza eminentemente concursal y cuya resolución sea atribuida de forma exclusiva al juez mercantil en virtud de las normas concursales internas (arts. 8 y 11 LC) e internacionales (art. 3 RI).⁶⁰³

Sin embargo, ello no excluye la posibilidad de que el deudor pueda incluir una cláusula arbitral en los acuerdos de refinanciación concluidos en la fase preconcursal⁶⁰⁴ e, incluso, de que el juez del concurso apruebe la incorporación de un compromiso de arbitraje como parte de los convenios alcanzados en el seno del procedimiento concursal, esto es, aquellos convenios mediante los que los acreedores optan por reestructurar el plazo y cuantía de sus créditos con el fin de evitar la liquidación de la concursada (art. 100 LC). A pesar de la estrecha relación que estos arbitrajes pueden tener con el devenir del procedimiento concursal, la naturaleza contractual de los acuerdos en los que se insertan⁶⁰⁵ ha de permitir el recurso al arbitraje, tal y como ocurre en otros Estados de la Unión.⁶⁰⁶

⁶⁰¹ De hecho, la autonomía conflictual de deudor (o de la administración concursal en su lugar) permanece plenamente operativa, tal y como exponen A. Espiniella Menéndez, “La contratación internacional...”, *cit.*, 132 y M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *The European...*, *cit.*, 62.

⁶⁰² Así lo explican R. De Ángel Yáguez y J. Hernando Mendivil, “Artículo 52...”, *cit.*, 320.

⁶⁰³ Vide el Capítulo IV.A.2 para un análisis detallado de esta cuestión.

⁶⁰⁴ Donde también se permite el uso de la mediación. Vide, por ejemplo, C. Senés, “El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?” (2014) 1(1) *Revista de Derecho Civil* 49; C. Rodríguez Conde, “El Acuerdo extrajudicial de pagos y la mediación concursal aprobados por la Ley de emprendedores 2013” (2013) 4 *Revista Jurídica de Cataluña* 55; A. Agüero Ortiz, “El mediador concursal como administrador extraconcursal” (2013) 20(2) *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*; A. Carrasco Perera, “Los nuevos mediadores concursales” (2013) 872 *Actualidad Jurídica Aranzadi*; J. Pulgar Ezquerro, “Ley de emprendedores y segunda oportunidad” (2013) 51 *Revista El Notario del Siglo XXI*.

⁶⁰⁵ Así lo declaran M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *The European...*, *cit.*, 62.

⁶⁰⁶ Por ejemplo, vide las recientes sentencias del Reino Unido *Pioneer Cladding Limited v John Graham Construction Limited* [2013] EWHC 2954 (TCC) y *Westshield Limited v Whitehouse & Anor* [2013] 3576 EWHC (TCC) en las que se confirma la validez y eficacia de los convenios arbitrales en el contexto de procedimientos concursales no liquidatorios como los *Company Voluntary Arrangements* (CVA).

5. Adaptaciones procedimentales en el arbitraje y *locus standi*

183. El favorable régimen del art. 52 LC con respecto a la tramitación de nuevos procedimientos arbitrales y la continuación de aquellos que se encuentren pendientes en el momento de la declaración del concurso no significa que tal declaración no produzca efecto alguno sobre la tramitación arbitral. Como ya se avanzó en el Capítulo anterior e independientemente de que el deudor intervenga como parte demandante o demandada, el arbitraje no puede permanecer absolutamente ajeno a la circunstancia concursal, lo que obliga a la introducción de varias medidas de adaptación procedimental que permitan internalizar con éxito en el seno del procedimiento individual las limitaciones producidas por la situación de insolvencia. Estas modificaciones afectan principalmente a dos aspectos fundamentales: la participación de la administración concursal para suplir la pérdida de capacidad procesal del concursado y la suspensión del arbitraje con fines instructivos. Mientras que la primera medida es de aplicación a todos los arbitrajes en los que participe el deudor independientemente de su estado de pendencia en el momento de la declaración del concurso, la imposición de un periodo suspensivo será únicamente aplicable a los procedimientos en curso en la fecha en que el juez concursal dicte el auto de apertura.
184. Antes de introducirse en el análisis de estas cuestiones, conviene realizar dos precisiones. En primer lugar, se ha de recordar que en sede de disputas con elementos trasfronterizos la naturaleza puramente procedimental (y no competencial) de estos aspectos comporta la aplicación de una norma de conflicto diferente a la hasta ahora tratada. En efecto, la regulación de cada una de estas materias no corresponderá necesariamente a la *lex fori concursus*, sino que, de acuerdo con los arts. 4.2.f) y 15 RI y los arts. 200 y 209 LC, el régimen vendrá marcado por esta *lex* solo si el arbitraje comienza una vez declarado el concurso, mientras que se someterá a la ley de la sede (*lex loci arbitri*) cuando el procedimiento arbitral ya se encontrara en tramitación.

En segundo lugar, hay que subrayar que las mencionadas reglas de conflicto optan por un tratamiento unitario de los arbitrajes internos y extranjeros, por lo que el régimen concursal aplicable será siempre el mismo independientemente de la “nacionalidad” del arbitraje. Se evita con ello que cuando por obra de los arts. 15 RI o 209 LC se tenga que aplicar el Derecho español a un arbitraje con sede en España y en él participe una parte sometida a un procedimiento concursal en el extranjero, se tenga que recurrir a una normativa distinta a la Ley Concursal para determinar las adaptaciones procedimentales necesarias. La misma

conclusión puede predicarse de aquellos casos en los que tenga que ser la *lex fori concursus*, en virtud de la regla general de los arts. 4 RI y 200 LC, la que regule las modificaciones procesales aplicables a un arbitraje sito fuera del foro concursal. Este tratamiento unívoco deriva de la metodología dispuesta por el Informe Virgós/Schmit,⁶⁰⁷ que también es aplicable a la Ley Concursal, y obliga a apartarse del posicionamiento de otros Estados de la Unión en los que tradicionalmente se ha defendido la necesidad variar los efectos procesales que se han de aplicar a procedimientos individuales (judiciales o arbitrales) dependiendo de que el concurso haya sido abierto en el propio Estado o en el extranjero.⁶⁰⁸

185. La cuestión relativa a la personación de la administración concursal en el arbitraje hace referencia a la forma en la que ha de adaptarse la tramitación del procedimiento con el fin de que aquella supla con su intervención la merma de *locus standi* o capacidad procesal del deudor. No quiere con ello decirse que sean las normas de conflicto arriba mencionadas las que determinen qué ley regula el efecto que la apertura de un procedimiento de insolvencia produce sobre la capacidad del concursado y sobre todas sus facultades de administración y disposición. En consonancia con la delimitación que se esbozó en el Capítulo II, la concreción de este efecto corresponde siempre a la *lex fori concursus*,⁶⁰⁹ al igual que también será esa ley la que defina el grado de vinculación que tiene la administración con respecto a los convenios arbitrales concluidos por el deudor con antelación al concurso, los poderes que se le reconocen a la administración para actuar en sustitución del deudor (incluyendo sus facultades de desistimiento, allanamiento y transacción) y la eventual necesidad de una autorización por parte del juez del concurso para su efectividad. Frente a todas estas materias, lo que aquí se estudia es la mera adaptación procesal necesaria para reflejar en el seno del arbitraje esos nuevos roles y capacidades del concursado y de su administración.

Sin perjuicio de la relevancia conflictual de esta escisión de materias, la regulación de todas ellas en el ordenamiento español se contiene de forma conjunta en los arts. 40, 51 y 54 LC, todos ellos aplicables al arbitraje. Así, es el primero de estos artículos el que proporciona el régimen aplicable a la capacidad de obrar general del deudor una vez declarada su situación concursal. Como quedó expuesto en el epígrafe anterior, el juez puede optar por someter al deudor a un estado de intervención, en el que a la administración únicamente le compete prestar su autorización o conformidad respecto al ejercicio de las facultades patrimoniales por

⁶⁰⁷ Informe Virgós/Schmit, pág. 92.

⁶⁰⁸ Vide P. Fouchard “Arbitrage et...”, *cit.*, 488 y J. Rosell y H. Prager, “International Arbitration...”, *cit.*, 423.

⁶⁰⁹ Vide, en concreto, Capítulo II.C.3.b.

parte del deudor, o a un régimen de suspensión, caracterizado por la sustitución plena por parte de la administración en el ejercicio de dichas facultades.

186. Sobre la base de estas dos soluciones, los apartados 2 y 3 del art. 51 LC prevén también dos formas de continuación de los procedimientos individuales que se encuentren en trámite en el momento de la declaración del concurso. El hecho de que el título de este artículo haga mención exclusivamente a los “juicios declarativos pendientes” no debe llevar al lector a engaño en cuanto a su aplicación a los procedimientos arbitrales, pues es el propio art. 52.2 LC el que remite expresamente a él.⁶¹⁰ Remisión que, tras la reforma de 2011, no ha de entenderse realizada de forma literal al “artículo anterior”, como continúa diciendo el art. 52.2 LC, pues ello llevaría al añadido art. 51 bis LC, sino que ha de interpretarse según el articulado existente en la versión original de la Ley.

De este modo, en casos de suspensión, el art. 51.2 LC atribuye a la administración la sustitución del deudor, lo que la legitimará para su personación en el procedimiento arbitral ocupando la misma posición del concursado.⁶¹¹ Ha de precisarse, no obstante, que este reemplazo no se produce por mera representación del deudor por parte de la administración. Por el contrario, la declaración de suspensión de las facultades del concursado comporta la automática subrogación de la masa en la posición del deudor en todos aquellos procedimientos y relaciones obligacionales que puedan tener implicaciones patrimoniales para el concurso, y es sobre esta base que ha de entenderse que la aparición de la administración en el arbitraje o en el juicio pendiente se realiza siempre en nombre y representación de la masa, cuya defensa constituye una de sus funciones fundamentales.⁶¹² En el plano de las insolvencias transfronterizas, esta lectura ha de adicionarse a la facultad de personación y representación que los arts. 18 y 19 RI reconocen a la administración en relación con todas las actuaciones procedimentales que sea necesario realizar en otros Estados de la Unión en interés del concurso.⁶¹³

Por esta misma razón, el legislador clarifica que la personación de la administración no ha de implicar que se prive al concursado de la posibilidad de seguir presente en el arbitraje. En este

⁶¹⁰ En el mismo sentido se pronuncia el Auto de la AP Madrid (Sección 9ª), de 15 abril 2012.

⁶¹¹ De hecho, también podría considerarse un deber *ex arts.* 33.1.a y 35.1 LC

⁶¹² Vide M. F. Martín Moral, *El concurso...*, *cit.*, 198, que cita abundante doctrina y habla de legitimación extraordinaria. Por su parte, F. Cerdón Moreno, “Artículo 54. Ejercicio de acciones del concursado” en F. Cerdón Moreno (dir.), *Comentarios...*, 2010, *cit.*, vol. I, 626, 627 habla de legitimación por subrogación. El fenómeno de la subrogación no es contrario a la naturaleza híbrida del convenio arbitral (Sentencia de la AP Madrid (Sección 28ª), de 5 junio 2009).

⁶¹³ Así lo confirma también el TJUE en *Probud*, *cit.*, p. 23. El equivalente en la Ley Concursal es el art. 221.4. Con más detalle, E. Pineros Polo, “Facultades en España...”, *cit.*, 543.

sentido, el segundo párrafo del art. 51.2 LC permite una suerte de intervención voluntaria adhesiva impropia⁶¹⁴ al disponer que el deudor podrá mantener su representación y defensa separadas por medio de sus propios procurador y abogado.⁶¹⁵ Esta posibilidad viene sometida a que el deudor garantice de forma suficiente ante el juez del concurso que los gastos de su actuación procesal y la efectividad de una eventual condena en costas no recaerán sobre la masa del concurso. Se garantiza con ello que la participación del deudor sea económicamente inocua para la masa y permanezca fuera del área competencial que se atribuye a la administración concursal.

187. En cualquier caso, con el fin de que la participación de la administración pueda llevarse con suficiente conocimiento de causa, el precepto también prevé que el Secretario judicial concederá un plazo de cinco días para que ésta se instruya acerca de las actuaciones ya realizadas, que por norma general conservan plena validez (presentación de escritos, práctica de prueba, nombramiento de árbitros, etc.). La traslación de esta regla al contexto arbitral puede resultar algo problemática. Así, por una parte, la referencia al Secretario ha de entenderse hecha al árbitro o tribunal arbitral, y no al secretario arbitral,⁶¹⁶ pues son aquellos quienes generalmente gozan, por delegación expresa o tácita de las partes, de la potestad organizativa del proceso (art. 25 LA).

Por otra, el art. 51.2 LC prevé que el plazo de cinco días únicamente se concederá “una vez personada” la administración. Se entiende, por tanto, que el arbitraje ha de seguir su curso hasta que se produzca la primera personación, lo que no impide que si los árbitros fueran conocedores de la situación concursal con anterioridad pudieran ordenar la suspensión anticipada del procedimiento. Sobre todo, porque de forma contraria a lo que ha afirmado algún autor,⁶¹⁷ en casos de suspensión de facultades la pérdida de la capacidad procesal para realizar actos válidos en el seno del arbitraje se produce desde el auto que ordena tal suspensión (probablemente, con la declaración del concurso) y no cuando se produce la personación de la administración en el procedimiento arbitral. La relevancia de esta medida reside, además, en el hecho de que el régimen concursal no garantiza que la administración vaya a ser conocedora de la existencia del arbitraje desde el primer momento de su toma de

⁶¹⁴ Así la califica J. L. González Montes, “Arbitraje y...”, *cit.*, 391-392, tomando como referencia el art. 13 LEC.

⁶¹⁵ El efecto que la declaración de concurso tiene sobre el contrato entre el deudor y sus abogados se regula por la *lex fori concursus* ex art. 4.2.e) RI. Vide M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *The European...*, *cit.*, 141.

⁶¹⁶ Como confunde P. Martínez-Gijón Machuca, “Efectos de...”, *cit.*, 79.

⁶¹⁷ F. Cerdón Moreno, “Artículo 52...”, 2010, *cit.*, 619.

posesión, sin perjuicio de que el art. 42.1 LC imponga al concursado un deber genérico de información y colaboración.

En último lugar, se deriva de la confluencia entre el principio de autonomía de la voluntad y la necesidad de cumplir con los normas procesales previstas en la Ley Concursal que dicho plazo de cinco días es, si bien imperativo, un plazo mínimo. Por tanto, cabrá que las partes o, en ausencia de acuerdo, los árbitros acuerden la concesión de un plazo superior que permita a la administración familiarizarse con las frecuentes complejidades jurídicas, técnicas y fácticas que caracterizan a los arbitrajes internacionales. Con ello, además, se evitará que en un momento posterior puedan esgrimirse por la administración argumentos de *due process* y orden público como base para la anulación del laudo o la denegación del reconocimiento del mismo,⁶¹⁸ aunque es doctrina (controvertida) del Tribunal Supremo que este último causal no está disponible cuando la falta de participación de la administración se debió a la negligencia del propio concursado.⁶¹⁹ La suspensión facilitará también que el acreedor pueda comunicar formalmente la existencia del crédito litigioso en el seno del concurso, lo cual no debe ser entendido como una sumisión tácita a la competencia del foro concursal.⁶²⁰

188. Finalmente, el art. 51.2 LC prevé que, sin perjuicio de las facultades de personación generalmente reconocidas a la administración, será necesaria la autorización judicial previa para que ésta pueda desistir, allanarse (total o parcialmente) y transigir.⁶²¹ Esto es, la Ley Concursal instituye al juez del concurso en el verdadero conocedor y último garante de los intereses de la masa. Sin embargo, permite también que se pueda dar traslado de la solicitud de desistimiento, allanamiento o transacción a aquellas partes personadas en el concurso que el juez estime deban ser oídas antes de la toma de decisión. Ante este régimen, no parece que ni los árbitros ni las partes intervinientes en el procedimiento arbitral puedan invocar el deber general de confidencialidad propio del arbitraje (art. 24.2 LA) para impedir la comunicación. Por el contrario, la prioridad de tutela con la que el legislador impregna los intereses colectivos del concurso ha de hacer posible que el juez concursal, ajeno al arbitraje y probablemente distinto al tribunal de la sede, pueda autorizar que determinadas partes externas al mismo conozcan de la pretensión de desistimiento, allanamiento o transacción promovida por la administración. Más aún cuando el art. 51.2 LC prevé que las costas impuestas a consecuencia

⁶¹⁸ En el mismo sentido, M.V. Benedetelli, “Cross-border insolvencies...”, *cit.*, 816; I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso...*, *cit.*, 116, 133; y G. C. Giorgini, “Arbitrage et...”, *cit.*, 265-266.

⁶¹⁹ Auto del TS de 5 mayo 1998, con nota de P. Jiménez Blanco, “Comentario al ATS de 5 de mayo de 1998” (1998) *Revista de la Corte Española de Arbitraje* 229.

⁶²⁰ J. F. Garnica, “La *vis attractiva...*”, *cit.*, 213.

⁶²¹ Autorización que tendrá que tramitarse según las prescripciones del art. 188 LC.

del allanamiento o del desistimiento autorizados tendrán la consideración de crédito concursal, mientras que en caso de transacción, se estará a lo pactado por las partes.

Esta excepcional genuflexión del principio de confidencialidad no implica que se prive al arbitraje de uno de sus rasgos fundamentales, pues ello solo ocurrirá cuando la administración pretenda la terminación anormal del procedimiento. Por el contrario, en aquellos arbitrajes en los que se proceda de acuerdo con la tramitación ordinaria y se concluya con un laudo sobre el fondo, las partes personadas en el concurso permanecerán ajenas al arbitraje y su contenido permanecerá blindado por el deber de confidencialidad hasta la finalización.

Frente a todas estas normas, el art. 51.3 LC proporciona un régimen mucho más conciso para los casos en los que se haya acordado un régimen de intervención. En esas circunstancias, el deudor conservará la capacidad para actuar en el arbitraje, por lo que la administración carecerá de la facultad de personación que se le reconoce en situaciones de suspensión. Sin embargo, su autorización seguirá siendo necesaria cuando el deudor concursal pretenda llevar a cabo actos de disposición en el seno del arbitraje, como son los consistentes en desistir, allanarse (total o parcialmente) y transigir sobre materias litigiosas que puedan afectar al patrimonio concursal. En los supuestos de intervención, además, ha de entenderse que también será aplicable la suspensión de al menos cinco días prevista en el apartado anterior, aunque no se exija la citación individualizada a la administración concursal.⁶²²

189. En último lugar, el art. 54 LC va destinado al ejercicio de acciones una vez declarado el concurso. Así, más allá de que a efectos de la tramitación de nuevos procedimientos también haya que acudir al régimen previsto en los arts. 51.2 y .3 LC, para los supuestos concretos en los que el concursado ocupe la parte actora, el art. 54 LC contiene algunas normas especiales. En concreto, si se trata de un deudor sometido a suspensión será la administración quien contará con la legitimación para el ejercicio de las acciones.⁶²³ Por su parte, en casos de intervención, el concursado conservará su capacidad procesal, aunque necesitará de la conformidad de la administración para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio. En estos últimos supuestos, además, si la administración concursal estimara conveniente para los intereses del concurso la interposición de una demanda y el deudor se negara a formularla, el juez del concurso podrá autorizarla para que la interponga. De ser así,

⁶²² La Sentencia del TSJ Murcia (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), de 13 marzo 2013 afirma que en estos casos la falta de citación (salvo para desistir, allanarse o transigir) no constituye causa de nulidad.

⁶²³ Se exceptúan las acciones personales, en las cuales podrá comparecer el propio deudor, aunque precise de la conformidad de la administración para interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio.

el deudor podrá optar por contar con personación y defensa propias, cuyas costas no tendrán la consideración de deudas de la masa.

Finalmente, el art. 54.4 LC permite que en aquellos supuestos en los que uno o varios acreedores hayan instado por escrito a la administración el ejercicio de una acción del concursado de carácter patrimonial, señalando las pretensiones concretas en que consista y su fundamentación jurídica, la falta de ejercicio por parte de la misma dentro de los dos meses siguientes al requerimiento legitimará a dichos acreedores para que la puedan ejercitar. Es decir, un caso de legitimación extraordinaria por sustitución, que por mandato legal habrá de llevarse a cabo a costa de los promotores de la acción y en interés de la masa.⁶²⁴

6. Breve recapitulación y una *pequeña* reflexión

190. Las anteriores líneas han explorado con bastante detalle muchos de los interrogantes que surgen cuando una parte arbitral está sometida a un procedimiento concursal. El Capítulo II pretendió esclarecer que el papel que el Reglamento de Insolvencia desempeña en el desenmarañamiento de estas preguntas ha de quedar limitado al importante pero insuficiente plano del Derecho internacional privado. Para la búsqueda de respuestas en el plano sustantivo, por el contrario, es necesario acudir al Derecho nacional, en donde la distinción entre cuestiones competenciales y procedimentales tiene un papel fundamental. El análisis de la Ley Concursal contenido en este Capítulo demuestra el tratamiento muy favorable que el legislador español ha querido dar a los convenios y procedimientos arbitrales que involucren a la parte concursada. Tanto unos como otros sobreviven a la declaración de concurso y conservan su plena eficacia. Solo cuando el interés colectivo lo requiere puede el juez concursal desactivar los convenios arbitrales o paralizar las medidas cautelares aprobadas por un tribunal arbitral. La primacía de ese mismo interés es la que impide el empleo de la compensación de créditos en el proceso decisional de los árbitros y también la que permite la resolución de ciertos contratos bilaterales, aunque esa medida no afecte a la existencia y operatividad de las cláusulas arbitrales en ellos contenidas. Además, la Ley tampoco impide la adquisición de nuevos compromisos arbitrales tras la apertura del procedimiento de insolvencia. Lo único relevante es que la tramitación de un eventual arbitraje se realice de

⁶²⁴ Aunque cuando la demanda fuese total o parcialmente estimada mediante resolución firme, el precepto permite a los actores reembolsarse con cargo a la masa activa los gastos y costas en que hubieran incurrido, hasta el límite de lo obtenido como consecuencia de la resolución (laudo o sentencia).

acuerdo con algunas alteraciones procedimentales que permitan respetar la situación concursal en el seno arbitral.

Sin lugar a dudas, este parece ser un régimen que ofrece un equilibrio satisfactorio entre los principios concursales fundamentales y el *favor arbitrii* perseguido por el legislador. Sin embargo, no puede ignorarse que la exposición hasta ahora realizada ha reposado principalmente sobre la disciplina concursal y que las soluciones propuestas han tomado como referencia en todo momento el punto de vista del Estado y de sus órganos judiciales. Es decir, un régimen del deber ser para la resolución de las tensiones protagonizadas por concursos y arbitrajes con elementos internacionales. Pero es precisamente ese elemento trasfronterizo el que obliga ahora a preguntarse ¿por qué debería un tribunal arbitral competente para resolver una disputa internacional con sede en España o, más aún, en otro Estado acatar la regulación concursal europea y española? ¿En realidad, cómo resuelven los tribunales arbitrales internacionales los problemas aquí estudiados? De poco sirve solventar dichos problemas desde la perspectiva concursal si la práctica arbitral permanece impermeable a esas soluciones y cuenta con su propio método de decisión. De hecho, el estudio de la eficacia internacional de una eventual decisión de suspensión del convenio arbitral ya ha demostrado que el régimen arbitral puede, en ocasiones, tener un efecto perturbador sobre la operatividad de la normativa concursal incluso frente a órganos judiciales distintos al del concurso. A pesar de la relevancia primordial de estas cuestiones, varios de los autores que hasta ahora han explorado esta materia no se han adentrado en esta indagación, asumiendo que la supremacía concursal sobre la arbitral justifica el empleo de una perspectiva unilateral. En opinión del autor, ese enfoque es incompleto.⁶²⁵

Sobre la base de esta breve reflexión, el próximo Capítulo estudia cómo la práctica arbitral internacional afronta las dificultades presentadas por la insolvencia de una de las partes. Por su parte, el quinto y último Capítulo estudia la recepción que ese tratamiento arbitral tiene (o, al menos, debería tener) de vuelta en los órganos judiciales estatales. Solo así es posible conjugar con éxito las lógicas decisionales del arbitraje y del concurso, de los árbitros y de los jueces.

⁶²⁵ Precisamente esta es la crítica que sugiere R. Arenas García, “Recensión a I. Heredia Cervantes, ‘Arbitraje y concurso internacional’” (2009) 17 *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 1, 3, aunque el autor tampoco se aventura a proponer ningún principio de solución.

CAPÍTULO IV. El tratamiento arbitral de la situación concursal: una metodología conflictual propia

191. El estudio del tratamiento conflictual y material que el Derecho concursal otorga al arbitraje constituye solo una de las perspectivas necesarias para la comprensión plena de los problemas que aquí se estudian. En efecto, no cabe duda de que las verdaderas tensiones entre las en arbitraje y el concurso surgen cuando un tribunal arbitral no se adhiere a la lógica del régimen concursal internacional hasta ahora expuesto y opta por un razonamiento diferente, con el posible resultado de que su decisión acerca del efecto que el concurso produce sobre el arbitraje difiera de la otorgada por el Derecho concursal. En esos casos, la tramitación de un procedimiento arbitral y, sobre todo, la posible emisión de un laudo condenatorio contra el deudor pueden cercenar los principios concursales, otorgar un trato privilegiado a las partes intervinientes en el arbitraje y, en definitiva, dotarles de un título con elevado potencial ejecutivo.⁶²⁶

La posibilidad de que se den estas situaciones no responde a la intención de los tribunales arbitrales de desatender el régimen concursal o de minusvalorar los intereses colectivos de la masa. Por el contrario, es el resultado de que la determinación de los efectos competenciales y procedimentales por parte de los tribunales arbitrales se produce de acuerdo con métodos mucho menos estructurados y sistemáticos que los concursales, y obedece a una realidad más fluida (a la vez que impredecible).⁶²⁷

192. En efecto, cuando una parte es declarada en concurso antes o durante la tramitación de un procedimiento arbitral internacional, los árbitros carecen de un régimen concreto que prescriba cómo han de proceder. Por una parte, esta incertidumbre viene generada por el

⁶²⁶ Las posibilidades de satisfacción individual ofrecidas por este potencial se estudian en el siguiente Capítulo.

⁶²⁷ La expresión proviene de la conferencia J. Paulsson, *Arbitration's Fluid Universe* (London School of Economics, 24 noviembre 2009, disponible en <http://www.lse.ac.uk/PublicEvents/events/2009/20090826t1659z001.aspx>).

silencio absoluto que al respecto guardan los instrumentos normativos en materia de arbitraje internacional, tales como el Convenio de Nueva York de 1958 o el Convenio de Ginebra de 1961.⁶²⁸ Por otra, tampoco pueden encontrarse Guías, Principios o Protocolos emitidos por instituciones arbitrales u organizaciones internacionales que proporcionen reglas orientativas para estas situaciones. Así, a diferencia de otros campos como el de la práctica de pruebas,⁶²⁹ la resolución de conflictos de intereses de los árbitros⁶³⁰ o la definición de un código ético para los abogados de parte,⁶³¹ la intersección entre el arbitraje y el concurso está desprovista de un instrumento de *soft law* que, aun sin carácter vinculante, permita a los tribunales arbitrales afrontar la situación con mayor homogeneidad y con cierta garantía de aceptación por los Estados interesados en la disputa.

Si acaso, la única iniciativa que puede encontrarse en este sentido data de 2007, cuando el *International Insolvency Institute* (III) propuso a UNCITRAL la creación de un *Insolvency Arbitration Committee* destinado a estudiar la interacción del arbitraje internacional con la insolvencia transfronteriza. El objetivo de esta iniciativa era doble.⁶³² Por una parte, avanzar en el diseño de soluciones que redujeran la incertidumbre producida por la confluencia de las dos disciplinas. Por la otra, maximizar los beneficios que el correcto uso de las mismas puede tener en escenarios de dificultades económicas.

Sin lugar a dudas, el éxito que varios instrumentos de UNCITRAL han tenido en materia tanto concursal como arbitral (Convenio de Nueva York, Leyes Modelo, Reglamento arbitral, etc.) dotaba a esta institución de una posición óptima para liderar con visos reales de viabilidad la propuesta del *Institute*. Sin embargo, la existencia de otras prioridades normativas en UNCITRAL y la presión ejercida por sectores liberales del arbitraje contrarios a introducir encorsetamientos regulatorios en la mecánica decisoria de los árbitros acabaron por hacer fracasar el proyecto.

193. Ante la falta de solución concreta en el plano internacional, tanto la jurisprudencia arbitral como la literatura relacionada ofrecen una rica variedad de soluciones para enfrentarse a la

⁶²⁸ Vide, en general, Capítulo III.B.1.b.

⁶²⁹ Reglas de la *International Bar Association* (IBA) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (29 mayo 2010).

⁶³⁰ Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional (23 octubre 2014).

⁶³¹ Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional (25 mayo 2013).

⁶³² Z. Clement, *Memorandum concerning the International Insolvency Institute's Proposal to UNCITRAL concerning International Insolvency/Arbitration*, 7 presentado ante el Congreso de UNCITRAL en Viena el 12 julio 2007 y disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Clement.pdf>. Dentro de UNCITRAL, los principales esfuerzos habían sido liderados por los eminentes Prof. J. L. Westbrook, Judge A. Gropper, Prof. C. Paulus, S. Kargman y Z. Clement.

circunstancia concursal. Esta pluralidad de enfoques es consecuencia de la falta en el Derecho arbitral de un régimen general de determinación de ley aplicable. Es decir, un conjunto de reglas y principios que vaya más allá de la ley aplicable al fondo del asunto y que facilite el ejercicio arbitral de determinar el régimen que gobierna cada una de las distintas cuestiones que se plantean en el procedimiento arbitral. En ese proceso, el ejercicio de calificación constituye una fase fundamental, pues implica la identificación de la categoría jurídica dentro de la cual se debe subsumir la situación concursal con el fin de identificar la norma de conflicto aplicable.

Pues bien, aunque en condiciones ordinarias la ausencia de ese régimen general otorgue flexibilidad al arbitraje y puede resultar beneficiosa para su desarrollo, la misma puede convertirse en causa de incertidumbre cuando la situación controvertida cuenta con una naturaleza tan poliédrica como la que caracteriza a la relación entre el arbitraje y concurso.⁶³³ En efecto, como se verá, la raíz de la incertidumbre que reina en la práctica arbitral viene motivada por la ausencia de un criterio único a la hora de calificar la situación concursal. La relevancia de esta cuestión no es puramente teórica o intelectual, sino que produce importantes consecuencias materiales. Dado que cada opción de calificación lleva anudada una norma de conflicto concreta, la decisión del tribunal en este punto produce un verdadero efecto sustantivo sobre la concreción de los efectos competenciales y procedimentales del concurso sobre el arbitraje.

Sobre esta base, la ausencia de una calificación uniforme se convierte *de facto* en un abanico de potenciales avenidas argumentales que partes y árbitros pueden emplear para alcanzar el objetivo que mejor responda a sus intereses materiales. Es decir, procesos de razonamiento inductivo inverso, en los que el punto de partida es el resultado material deseado y, a partir de él, las partes o el tribunal se adhieren a la opción calificadora que permite su consecución. Es por esta razón que, en línea con la explicación ofrecida en los Capítulos II y III, la fase de calificación constituye una fase crítica en las disputas arbitrales en las que se presenta la circunstancia concursal.

194. A la luz de estos apuntes, la práctica arbitral demuestra que el método más habitual a la hora de enfrentarse a la situación concursal consiste en recurrir a las categorías tradicionales del

⁶³³ Por esta razón, G. Cordero Moss, “Legal capacity, arbitration and private international law” en K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger y S. Symeonides (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr* (Amsterdam: Eleven International Publishing, 2010) 619, 633 aboga por el establecimiento de normas de conflicto explícitas aplicables por los árbitros para todos los aspectos procesales y sustantivos del procedimiento.

Derecho arbitral. Estas categorías incluyen la capacidad arbitral de las partes, la arbitrabilidad de la disputa, y la validez y eficacia del convenio arbitral. Estas opciones ocupan el análisis que se contiene en las Secciones A y B de este Capítulo.

Frente a este enfoque, otro sector de la práctica también refleja la posibilidad de emplear mecanismos de Derecho internacional privado alternativos para determinar el impacto de la situación concursal sobre el procedimiento arbitral. Uno de ellos se centra en evaluar si el procedimiento de insolvencia ha de tener alcance y efectos extraterritoriales, de modo que los tribunales arbitrales sitos fuera del Estado de apertura también queden vinculados por él. Por su parte, otro analiza si la *lex fori concursus* constituye una normativa de aplicación imperativa para el tribunal arbitral. Estas dos opciones se exponen en la Sección C de este Capítulo.

195. Como se aprecia de esta breve introducción, ninguna de las alternativas que se acaba de mencionar comparte la metodología de Derecho internacional privado o la estructura normativa del Derecho concursal. Es decir, pertenecen a una lógica paralela a la expuesta en los Capítulos II y III. De hecho, no es un hecho infrecuente que su aplicación por parte de los tribunales arbitrales conduzca a resultados contrarios a los que hubieran derivado del empleo del régimen conflictual concursal.

Éste no parece un resultado satisfactorio. Es cierto que los tribunales arbitrales ni pueden ni deben actuar de forma simétrica a los órganos judiciales. Sin embargo, la discrepancia de enfoques y la falta de previsibilidad que se anticipa en esta introducción hacen recomendable encontrar un mecanismo de articulación alternativo que permita aunar el tratamiento que esta problemática recibe en sede arbitral y en sede judicial. Éste el objetivo del método que se propone en la última Sección del Capítulo. En esencia, esa propuesta aboga por incluir a los tribunales arbitrales dentro del ámbito subjetivo de las normas de conflicto que componen el Derecho concursal internacional de la sede. De este modo, ante la ausencia de respuesta específica por parte del Derecho arbitral, los árbitros tendrán que recurrir al régimen concursal que se ha expuesto en los Capítulos anteriores para decidir sobre el efecto que la insolvencia produce sobre la vía arbitral.

A. *La calificación tradicional del concurso en el contexto arbitral*

196. La Convención de Nueva York constituye la piedra angular del régimen actual de arbitraje comercial internacional. De hecho, aunque sus principales destinatarias sean las

autoridades de los Estados adoptantes, su regulación también influye directamente sobre el método con el que los tribunales arbitrales adoptan sus decisiones. La razón principal de esta influencia es que la Convención es el instrumento que emplean los órganos judiciales para decidir sobre el reconocimiento y ejecución de un laudo en el plano internacional y, por tanto, constituye el rasero fundamental para evaluar el cumplimiento por los árbitros de su deber de dictar un laudo ejecutable.⁶³⁴ Dentro de este régimen, el art. V CNY es el precepto que proporciona los causales que pueden privar a un laudo de su eficacia trasfronteriza. La relevancia de estos factores también la confirman las reglas que cada Estado prevé en materia de anulación de laudos. Más allá de discrepancias nacionales, una buena guía puede encontrarse en el art. 34 LMA, que contiene un listado idéntico al previsto en el art. V CNY.

197. La incidencia de esos causales en la fase post-laudo y en el régimen arbitral en general motiva que los tribunales arbitrales los utilicen como categorías conflictuales en su ejercicio de calificación. Como seguidamente se expone esta práctica es especialmente evidente en situaciones concursales. Más allá de las restricciones que puedan derivar del causal de orden público,⁶³⁵ las categorías relevantes para este tipo de situaciones son la capacidad arbitral del deudor, la arbitrabilidad de la disputa y la validez y eficacia del convenio arbitral.

Sobre esta base, la práctica dominante en la jurisprudencia arbitral no se centra directamente en determinar la ley que ha de gobernar los efectos de la insolvencia sobre el arbitraje, tal y como hace el Derecho concursal. Más bien, los árbitros se preguntan si la apertura de un procedimiento concursal es un evento que puede afectar a la capacidad arbitral de las partes, a la arbitrabilidad de la disputa o a la operatividad del convenio arbitral. Según esta calificación, el tribunal determinará la norma de conflicto que permitirá identificar la ley aplicable.

198. El empleo de una u otra categoría no viene necesariamente condicionado por la argumentación propuesta por las partes. Por el contrario, los laudos arbitrales que seguidamente se estudian demuestran que, como regla general, la competencia arbitral también incluye la facultad de calificar jurídicamente las cuestiones controvertidas.⁶³⁶ La toma de esta decisión es el foco de esta Sección. Es decir, no se pretende proponer un régimen sustantivo que indique cuál es el

⁶³⁴ B. M. Cremades, “The Arbitral Award” en L. W. Newman y R. D. Hill, *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration* (New York: Juris Publishing, 2014), 3ª ed., 900, 907.

⁶³⁵ Respecto a este punto, vide el Capítulo IV.C.2 y el Capítulo V.B.2.a.ii.

⁶³⁶ M. M. Azeredo da Silveira y L. Lévy, “Transgression of the Arbitrators' Authority: Article V(1)(c) of the 1958 New York Convention” en E. Gaillard y D. di Pietro (ed.) *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Award. The New York Convention in Practice* (Londres: Cameron May, 2008) 639, 653-655.

efecto que la declaración de concurso produce sobre cada una de las tres categorías mencionadas. Ésta es una cuestión que corresponde a cada ordenamiento jurídico y cuya armonización parece actualmente poco probable.⁶³⁷ Lo que aquí se evalúa es la conveniencia y acierto de recurrir a estas categorías por parte de los tribunales arbitrales internacionales para determinar la ley aplicable a los efectos del concurso sobre el arbitraje.⁶³⁸

1. La pérdida de capacidad arbitral del concursado

199. La capacidad arbitral es una derivación de la capacidad de obrar y está compuesta por una doble faceta. Desde una perspectiva contractual, comprende la facultad de concluir válidamente un convenio arbitral y quedar obligado por él. La suscripción de este tipo de convenios constituye un negocio jurídico por el que las partes autorizan a un tercero para que resuelva sus disputas patrimoniales de forma definitiva y vinculante. Por tanto, resulta razonable que la validez de ese acto de delegación quede sujeta a que las partes que lo realizan cuenten con facultades suficientes para administrar y disponer de sus patrimonios.

Desde una perspectiva procesal, además, la capacidad arbitral también hace referencia a la posibilidad de que la parte signataria pueda personarse por sí misma y con plenitud de poderes en un procedimiento arbitral.

200. La exigencia de esta capacidad implica que, en general, un tribunal no puede fundar su competencia sobre la base de un convenio arbitral concluido por una parte carente de facultades de disposición suficientes y tampoco puede tramitar un procedimiento arbitral con respecto a una parte cuya capacidad procesal no sea plena.⁶³⁹ Es por este motivo que la falta de capacidad *per se* está prevista en varios instrumentos arbitrales internacionales como causa de ineficacia de convenios y laudos arbitrales. Así lo prescriben el art. VI.2 CG en relación con el reconocimiento de convenios arbitrales, el art. V.1.a) CNY en relación con el reconocimiento y la ejecución de laudos, y el art. 34.2.a.i) LMA en sede de acción de anulación.

⁶³⁷ En el mismo sentido se posiciona D. Jones, “Insolvency...”, *cit.*, 125.

⁶³⁸ Una división tripartita similar a la aquí empleada puede encontrarse en S. Kröll, “Arbitration and Insolvency - Selected...”, *cit.*, 242.

⁶³⁹ El uso de la expresión “en general” hace ver que existen excepciones a esa regla. Es posible que el convenio arbitral concluido por una persona incapaz no sea nulo sino anulable y que actos posteriores hayan validado su conclusión (vide Capítulo III.B.4). También cabe que la falta de capacidad procesal sea compensada a través de un representante con plenos poderes de administración y disposición (vide Capítulo III.B.5 e *infra* dentro de este mismo Epígrafe).

Dichos preceptos disponen que la capacidad arbitral de las partes se rige por su ley personal. A pesar de que su ámbito de aplicación queda restringido a los procedimientos judiciales relacionados con el arbitraje, un sector mayoritario de la jurisprudencia y de la doctrina defiende que la misma norma de conflicto debería aplicarse por los tribunales arbitrales.⁶⁴⁰ Es decir, en vez de recurrir a la ley de la sede del arbitraje o a las leyes aplicables al fondo del asunto, al convenio arbitral o al procedimiento, se entiende generalmente que los árbitros deberían evaluar la capacidad de las partes según su ley personal. Esta opción contribuye al tratamiento armónico de la capacidad durante todo el tracto arbitral, pues implica el empleo del mismo punto de conexión en el seno del arbitraje y en los procedimientos judiciales relacionados con él.

201. El estudio del Derecho español en el Capítulo anterior ha demostrado que la apertura de un procedimiento de insolvencia puede mermar la capacidad de obrar del concursado.⁶⁴¹ Éste es un rasgo habitual de otras legislaciones concursales en el Derecho comparado. Además, cuando el procedimiento de insolvencia desemboca en una decisión de liquidación, la capacidad jurídica del deudor también puede llegar a desaparecer. Es decir, el concursado deja de existir como sujeto jurídico y, por tanto, pierde la posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones.

No ha de sorprender, por tanto, que en numerosas ocasiones tribunales arbitrales hayan entendido que el efecto que la declaración de insolvencia tiene sobre el arbitraje es una cuestión relativa a la capacidad del concursado.⁶⁴² En concreto, estos tribuales justifican la aplicación de la ley personal del deudor (coincidente las más de las veces con *lex fori concursus*) para determinar cuál es la capacidad que éste conserva para ser parte del arbitraje. Igualmente, recurren a esa ley para esclarecer si es necesario que el concursado actúe mediante representación o, cuanto menos, bajo supervisión de la administración concursal.

⁶⁴⁰ Por todos, G. Born, *International Commercial...*, *cit.*, 894; M. Aebi y H. Frey, "Impact of Bankruptcy on International Arbitration Proceedings. A Special Case Does not Make a General Rule" (2010) 28(1) *ASA Bulletin* 145, 150; J. F. Poudret y S. Besson, *Comparative...*, *cit.*, p. 269; L. Lévy, "Insolvency in Arbitration (Swiss Law)" (2005) 1 *International Arbitration Law Review* 23, 26; G. Kaufmann-Kohler y B. Stucki (eds.), *International Commercial Arbitration in Switzerland: a handbook for practitioners* (La Haya: Kluwer Law International, 2004) 24; E. Gaillard y J. Savage, *Fouchard...*, *cit.*, 246-253; y D. Brown-Berset y L. Lévy, "Faillite et Arbitrage" (1998) 4 *ASA Bulletin* 664, 666. Born, no obstante, defiende en otros pasajes de su libro (629 y 721-722) la conveniencia de aplicar a estas cuestiones principios internacionales y el principio de validación.

⁶⁴¹ Vide el Capítulo III.B.4 y 5.

⁶⁴² Vide la jurisprudencia CCI mencionada en el apartado A.1.b de este Capítulo.

Esta práctica goza de amplia aprobación doctrinal.⁶⁴³ Sin embargo, más controvertido resulta que, una vez se ha justificado la aplicación de la *lex fori concursus*, se emplee esa misma *lex* para regular materias que exceden *stricto sensu* de la esfera de la capacidad y que conciernen directamente a la competencia arbitral. Es decir, ¿puede la *lex fori concursus* emplearse para privar al tribunal de su competencia? La contestación a esta pregunta requiere comenzar por analizar uno de los asuntos que mejor ilustra esta controvertida práctica. Paradójicamente, es un caso que también deriva de la disputa entre Elektrim y Vivendi, es decir, las sociedades que protagonizaron el litigio analizado en el Capítulo II. Tras ese análisis, las siguientes secciones proponen la separación entre la categoría de capacidad arbitral *stricto sensu* y la de arbitrabilidad subjetiva.

a. La vertiente suiza de Vivendi v Elektrim y la concepción lata de la capacidad arbitral

202. En esta vertiente de la disputa entre Vivendi y Elektrim, Vivendi y 4 de sus filiales interpusieron una demanda arbitral contra Elektrim y otras sociedades con el fin de esclarecer el porcentaje de participación que cada una de ellas ostentaba en Polska Telefonia Cyfrowa (PTC). El convenio arbitral contenido en el malogrado *Settlement Agreement* remitía a la reglas de la CCI y señalaba a Ginebra como sede del arbitraje. El tribunal quedó constituido en enero de 2007 y, como ya se expuso en el Capítulo II, Elektrim fue declarada en concurso en agosto de ese mismo año. En línea con su actuación en el arbitraje LCIA, Elektrim remitió un escrito al tribunal CCI por el que comunicaba su situación concursal, invocaba el efecto del art. 142 LPIR y solicitaba la terminación del procedimiento arbitral por falta de competencia del tribunal.

Conviene volver a reproducir el tenor de este precepto:

“Cualquier convenio arbitral del que sea parte el concursado perderá su eficacia jurídica desde el momento de la declaración de la insolvencia y los procedimientos arbitrales pendientes se tendrán por concluidos”.

203. A diferencia del laudo LCIA, en este caso el tribunal arbitral sí accedió a la petición de Elektrim y dictó un laudo parcial con fecha de 21 de julio de 2008 por el que declaraba su

⁶⁴³ Por todos, S. Kröll, “Arbitration and Insolvency - Selected...”, *cit.*, 247; D. Brown-Berset y L. Lévy, “Faillite...”, *cit.*, 667; y F. Mantilla Serrano, “International...”, *cit.*, 60 y 63.

incompetencia sobrevenida y daba el arbitraje por concluido *vis-à-vis* Elektrim.⁶⁴⁴ La decisión, en este caso, no estuvo basada en la aplicación del Reglamento de Insolvencia, pues el tribunal lo entendió inaplicable a arbitrajes sitos fuera del territorio de la Unión.⁶⁴⁵ En su lugar, los árbitros entendieron que la posibilidad de que una persona concursada sea parte de un procedimiento arbitral era una cuestión relativa a su capacidad arbitral.

Tomando como base las normas de conflicto generales del Derecho internacional privado suizo (en tanto que *lex loci arbitri*), el tribunal concluyó que esta calificación conllevaba la aplicación de la ley del Estado de constitución de la sociedad (ley personal).⁶⁴⁶ En este caso, esa ley también coincidía con la *lex fori concursus*. Una vez justificado el recurso al Derecho polaco, los árbitros acordaron por unanimidad que el art. 142 LPIR era un precepto relativo a la capacidad arbitral y, por tanto, obligaba a la declaración de incompetencia y a la conclusión de procedimiento. El tribunal empleó la expresión “capacidad continuada” para referirse al requisito de que cada parte mantuviera tal capacidad genérica de arbitrar durante todo el desarrollo del arbitraje.

204. Discordes con esta resolución, las partes demandantes interpusieron una acción de anulación ante el Tribunal Federal suizo, competente para este tipo de pretensiones. Su solicitud venía basada en el art. 190.2.b) LSDIPr, que permite la anulación de un laudo cuando el tribunal arbitral haya errado en la decisión sobre su competencia. Con estos antecedentes, el Tribunal Federal dictó una de las sentencias suizas en materia arbitral que más comentario y más controversia ha levantado en los últimos años.⁶⁴⁷

Para empezar, el Tribunal entendió que la cuestión de capacidad es un requisito fundamental para la existencia de competencia por parte de un tribunal arbitral. Esta estrecha relación entre competencia y capacidad le permitía aplicar a esta última el mismo nivel de revisión *ex novo* que la jurisprudencia suiza reconoce con respecto a las decisiones de competencia. A pesar de contar con *tabula rasa*, el Tribunal mostró plena sintonía con el razonamiento de los árbitros. En concreto, el Tribunal coincidió en afirmar que la pregunta clave dado el tenor de la legislación polaca era determinar si Elektrim podía seguir siendo parte en sus procedimientos y convenios arbitrales a pesar de la apertura del procedimiento de insolvencia.

⁶⁴⁴ El procedimiento, no obstante, continuó con respecto a los otros codemandados.

⁶⁴⁵ En contra de esta interpretación, vide Capítulo II.C.3.a.

⁶⁴⁶ Arts. 154 y 155.c) de la Ley suiza de Derecho internacional privado (*Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht*), de 18 diciembre 1987 (LSDIPr).

⁶⁴⁷ Sentencia suiza 4_A428/2008, de 31 marzo 2009. Así lo reconocen con acierto M. Aebi y H. Frey, “Impact...”, *cit.*, 45 y N. Voser y A. George, *Insolvency and arbitration: Swiss Supreme Court revisits its Vivendi vs. Elektrim decision*, 5 diciembre 2012, disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com>.

De acuerdo con el art. 177.2 LSDIPr, los Estados o entidades públicas signatarios de un convenio no están autorizados para oponerse a la competencia de un tribunal sobre la base de que carecen de capacidad para arbitrar según su ley personal o de que esa ley declara la disputa inarbitrable. Sin embargo, el ordenamiento suizo carece de una norma equivalente para personas de naturaleza privada. Según el Tribunal, y en línea con el razonamiento del laudo, este silencio debía suplirse mediante el recurso a las normas de conflicto relativas a la capacidad personal (arts. 154 y 155 LSDIPr).⁶⁴⁸ En concreto, los jueces suizos entendieron que la posibilidad genérica de que una concursada pueda seguir siendo parte de convenios y procedimientos arbitrales (*Parteifähigkeit*) es una faceta más de la capacidad jurídica de esa persona (*Rechtsfähigkeit*) y, por tanto, ha de quedar gobernada también por la ley personal.⁶⁴⁹

Una vez justificada la aplicación del Derecho polaco, el Tribunal invocó a los mismos peritos y expertos empleados por el tribunal arbitral para justificar que, dentro de ese ordenamiento y dadas las circunstancias concursales, el art. 142 LPIR constituía el precepto apropiado para regular esta cuestión.⁶⁵⁰ Dado que esa norma impedía la participación de Elektrim en procedimientos arbitrales, la sentencia suiza rechazó la acción de anulación y confirmó la validez del laudo.

205. La interpretación adoptada por estas resoluciones no es frecuente en la práctica. Desde un punto de vista arbitral, el único caso en el que puede encontrarse una argumentación similar es el Laudo parcial del Asunto CCI 10507 (2002).⁶⁵¹ En esa ocasión, el tribunal arbitral con sede en Lugano tenía que decidir acerca de la necesidad de respetar la prohibición de arbitraje que contenía el Derecho concursal de Italia, donde la demandada se encontraba sometida a un procedimiento de insolvencia. Aunque el Laudo acabó concluyendo que un tribunal sito fuera de Italia no debía quedar vinculado por ese régimen concursal, uno de los árbitros dictó un voto particular. De acuerdo con la opinión de este árbitro,⁶⁵² la prohibición italiana debía calificarse como una regla que privaba al demandado de su capacidad para poder participar en procedimientos arbitrales. Dado que la capacidad estaba gobernada por la ley personal de cada parte, el voto particular concluía que el tribunal debía aplicar el régimen concursal italiano y declararse incompetente.

⁶⁴⁸ Pár. 3.1.

⁶⁴⁹ Pár. 3.2.

⁶⁵⁰ Pár. 3.3.

⁶⁵¹ Disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 71.

⁶⁵² Téngase en cuenta que un voto particular no forma parte del laudo ni tiene tal naturaleza jurídica. Por todos, N. Blackaby, M. Hunter, C. Partasides y A. Redfern, *Redfern and Hunter...*, cit., 575, pár. 9.188.

Desde un punto de vista judicial, tampoco existe una jurisprudencia consolidada que corrobore el tipo de argumentación empleado en *Elektrim* Suiza. Así, en el territorio europeo, la única decisión que parece seguir una posición afín es la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 6 de junio de 2003.⁶⁵³ En esencia, esta resolución vino a confirmar el tenor del voto particular dictado en el Asunto CCI 10507 (2002). Fuera del continente, solo es posible encontrar una resolución similar en Estados Unidos.⁶⁵⁴ En concreto, en el caso *Adra Inc Co Ltd v Corcoran*,⁶⁵⁵ el Tribunal del Distrito Sur de Nueva York tenía que decidir sobre la ejecución de un convenio arbitral entre una aseguradora concursada en el Estado de Nueva York y una reaseguradora establecida en Bermudas. Confirmando la sentencia de primera instancia, el Juez Leval concluyó que la apertura de la insolvencia privaba a la aseguradora de la capacidad para participar en procedimientos arbitrales. Dado que ésta sería una consideración relevante para evaluar la eficacia del laudo (art. V.1.a) CNY), el Juez concluyó que el convenio arbitral debía declararse inoperativo y que no debía permitirse la existencia de ningún procedimiento arbitral.

206. Más allá de estos casos, la interpretación adoptada por los tribunales suizos ha sido sometida a abundante análisis.⁶⁵⁶ Sin lugar a dudas, este interés ha venido motivado por la aparente paradoja de que dos sagas paralelas de casos (la CCI en Suiza y la LCIA en Reino Unido) hayan alcanzado resultados contrapuestos con respecto al efecto que el art. 142 LPIR debería producir sobre un procedimiento arbitral extranjero. Mientras que la vertiente suiza decidió en contra de la continuación del arbitraje, la rama inglesa concluyó que la apertura del concurso polaco no debía afectar a la competencia arbitral.

Ante esta aparente inconsistencia, los estudios de estas resoluciones se caracterizan frecuentemente por llevar a cabo un análisis comparado de las mismas y acabar decantándose por el acierto de los tribunales ingleses, cuya interpretación parece responder al principio *favor arbitri*.⁶⁵⁷ De hecho, se ha afirmado que la vertiente suiza es la menos respetuosa con las legítimas expectativas de las partes, que originariamente habían optado por resolver sus disputas a través de arbitraje.⁶⁵⁸ Igualmente, algunos autores han sugerido que la sentencia del Tribunal Federal facilitará que puedan darse casos en los que una de las partes recurra

⁶⁵³ Disponible en (2004) 2 *Les Cahiers de l'Arbitrage* 40.

⁶⁵⁴ Por supuesto, esta afirmación ha de entenderse matizada por todos los límites inherentes a cualquier proyecto de investigación.

⁶⁵⁵ Sentencia del Southern District of New York de 4 mayo 1989, 713 F. Supp. 77.

⁶⁵⁶ Las notas a pie de esta Capítulo recogen más de 30 publicaciones al respecto.

⁶⁵⁷ Por ejemplo, M. Aebi y H. Frey, "Impact...", *cit.*, 152 y D. Baizeau, "Arbitration and Insolvency...", *cit.*, 110.

⁶⁵⁸ L. Markert, "Arbitrating in...", *cit.*, 237.

voluntariamente a un procedimiento concursal con el fin de obstruir la tramitación del arbitraje.⁶⁵⁹ En definitiva, la opinión generalizada es que las resoluciones suizas desembocaron en un resultado más hostil al arbitraje que las inglesas.

Estas críticas, sin embargo, parecen desenfocadas. Más allá de la dificultad de comparar dos casos en los que el régimen concursal internacional de la sede difiere de forma tan intensa,⁶⁶⁰ parece que no resulta adecuado aplicar la dicotomía pro-/anti-arbitraje a ninguna de las resoluciones en cuestión. Más allá de la disparidad de su resultado, la verdadera razón de desencuentro entre las mismas es el método empleado para calificar la situación concursal y determinar la ley aplicable a sus efectos. Es decir, una cuestión estrictamente conflictual.

Desde esta perspectiva, ninguno de las argumentaciones utilizadas por las resoluciones suizas e inglesas es *per se* favorable o contraria al arbitraje. Sin lugar a dudas, podrán darse casos en los que la mecánica empleada por la rama suiza derive en la incompetencia del tribunal o en la ineficacia del convenio arbitral. Sin embargo, también existirán situaciones en las que la legislación de la sede sea la que produzca tal resultado, frente al régimen más favorable al arbitraje previsto por la *lex fori concursus*. El mismo razonamiento lleva a excluir las críticas relativas a la posibilidad de acudir a los procedimientos concursales con propósitos anti-arbitrales o abusivos. Si bien es cierto que esta práctica es posible,⁶⁶¹ el método conflictual no es la causa directa de ello. De hecho, la solución adoptada por los tribunales ingleses tampoco eliminaba esta posibilidad. El cambio de la *lex loci arbitri* por la *lex fori concursus* solo produce que el deudor tenga que mirar a aquella ley en vez de a ésta para evaluar si la declaración concursal le permitiría evadir sus obligaciones arbitrales.

En conclusión, en el supuesto de que la interpretación suiza tenga que ser sometida a crítica, no ha de serlo por mor del resultado que alcanzó sino por las razones que le llevaron a ello. De lo contrario, se corre el riesgo de evaluar su acierto desde una perspectiva estrictamente resultadista, en el que el mérito de la argumentación del tribunal se juzga de acuerdo con el mayor o menor apoyo que el fallo muestra hacia la institución arbitral. Frente a ello, el análisis que se propone en los siguientes párrafos se centra exclusivamente en el método conflictual.

⁶⁵⁹ L. Markert, “Arbitrating in...”, *cit.*, 237; S. Kröll, “Arbitration and Insolvency Proceedings” en L. Mistelis y J. M. Lew (eds.), *Pervasive problems in International Arbitration* (La Haya: Kluwer International, 2006) 357, 375; y D. Brown-Berset y L. Lévy, “Faillite...”, *cit.*, 677.

⁶⁶⁰ Así lo apuntan, de forma excepcional, W. Kühn, “Arbitration and insolvency” (2011) 5(2) *Dispute Resolution International* 203, 211; M. Bate y M. Stepek, “Swiss Federal...”, *cit.*, 77; K. Zawacki, “The influence of declaring bankruptcy of a Polish business on the arbitration clause” (2010) 31 *The Chambers Magazine* 1, 2; y F. Spoorenberg y I. Fellrath Gazzini, “The Uneasy Relationship between Arbitration and Bankruptcy” (30 julio 2009) *ILO Newsletter*, disponible en <http://www.ilonewsletters.com>.

⁶⁶¹ Vide el análisis en el Capítulo IV.D.1.

Esto es, en la calificación de la situación concursal y en la determinación de la ley que ha de regular sus efectos sobre el arbitraje.

207. Desde esta perspectiva, la calificación del problema como una cuestión de capacidad ofrece tanto ventajas como inconvenientes. Empezando por sus aspectos positivos, es una opción que favorece la consecución de los principios universalistas que han caracterizado el desarrollo del Derecho concursal internacional en las últimas décadas. En efecto, la frecuente coincidencia entre la ley personal y la *lex fori concursus* permite *de facto* que los tribunales arbitrales puedan justificar la aplicación de una legislación concursal extranjera en el seno del procedimiento arbitral empleando la lógica de su propio método de calificación. Con ello se evita la necesidad de acudir a argumentaciones alternativas mucho más controvertidas que califican las normas concursales como imperativas.⁶⁶²

Asimismo, es una calificación que permite aminorar los problemas derivados de la coexistencia de métodos de calificación entre el Derecho concursal y el arbitral. Es decir, se facilita que los tribunales arbitrales y las autoridades concursales acaben aplicando la misma legislación. La relevancia de estas autoridades se acentúa, además, por las restricciones propias de la insolvencia. Dada la imposibilidad de realizar ejecuciones individuales contra el deudor concursal, resulta legítimo percibir al *forum concursus* como el fin natural del laudo. Por tanto, favorecer una calificación que remite a la ley personal y, por ende, a la *lex fori concursus* acaba facilitando el cumplimiento del mandato de dictar un laudo ejecutable.⁶⁶³

208. Estas innegables ventajas, sin embargo, no excluyen cuatro importantes debilidades que esta calificación acarrea. En primer lugar, la valiosa coincidencia entre la solución arbitral y la concursal depende en realidad del régimen concursal trasfronterizo del Estado de apertura. En concreto, será necesario que las normas de conflicto de ese régimen prescriban que los efectos del concurso sobre la eficacia del convenio arbitral y la competencia del tribunal han de determinarse a la luz de la *lex fori concursus*. Ésta es la posición que se ha defendido en el Capítulo II con respecto al Reglamento de Insolvencia y en el Capítulo III en relación con la Ley Concursal. Sin embargo, es posible que otros ordenamientos opten por soluciones conflictuales diferentes.

De hecho, incluso dentro del Reglamento de Insolvencia, la interpretación adoptada por las sentencias inglesas en *Elektrim* demuestra la posibilidad de que se tenga que recurrir a la *lex*

⁶⁶² Vide al respecto el Capítulo IV.C.2.

⁶⁶³ En el mismo sentido M. Bate y M. Stepek, “Swiss Federal...”, *cit.*, 78. El adjetivo “ejecutable”, no obstante, ha de entenderse con las restricciones que impone la circunstancia concursal. Vide al respecto el Capítulo V.B.2.

loci arbitri o a la *lex fori concursus* según el arbitraje esté o no en curso en el momento de la declaración de insolvencia. Asimismo, como quedó explicado en el Capítulo III, el régimen que introduce la Ley Modelo UNICTRAL está basado en que sea la ley de cada Estado de recepción, y no la *lex fori concursus*, la competente para determinar el efecto que la insolvencia extranjera produce sobre los procedimientos arbitrales. Si bien es cierto que la progresiva unificación de criterios a la que aspira la Ley Modelo conduciría a que la solución prescrita por la *lex loci arbitri* y por la *lex fori concursus* fueran probablemente coincidentes, el limitado grado de éxito de la Ley impiden garantizar dicha univocidad.

209. En segundo lugar, es una solución que abre una puerta trasera a la frustración del régimen pro-arbitral establecido por los Estados que son frecuentemente elegidos como sede de arbitrajes.⁶⁶⁴ Es decir, el recurso a la ley personal implica que las partes inevitablemente importarán su Derecho concursal al procedimiento arbitral bajo el paraguas de la capacidad. Y ello a pesar de que las partes hayan tomado en consideración el régimen de ese territorio en relación con el arbitraje y el concurso a la hora de elegirlo como su sede arbitral.

Más aún, cuando la legislación de insolvencia prohíba la existencia de arbitrajes,⁶⁶⁵ esta calificación implicará la desactivación de todos los convenios arbitrales y la extinción de toda competencia arbitral independientemente de la localización del arbitraje y de que el procedimiento concursal haya sido o no reconocido por los tribunales de la sede. Desde este punto de vista, aunque la calificación suiza no es anti-arbitral *per se*, sí desarma a los Estados pro-arbitrales del poder de hacer valer su régimen legislativo frente a las partes provenientes de territorios con ordenamientos más hostiles.

210. En tercer lugar, el empleo de la ley personal introduce en el problema concursal las mismas dudas que esta norma de conflicto genera en sede judicial, tanto con respecto a personas físicas como en relación con personas jurídicas. Principalmente, ello se debe a que la *lex personalis*, por sí misma, no cuenta con un punto de conexión definido. Cuando se aplique sobre personas físicas, esta norma podrá equivaler a la ley de la nacionalidad (tradicción civilista),⁶⁶⁶ a la ley de su domicilio (tradicción *common law*)⁶⁶⁷ o a la ley de su residencia (opción más moderna).

⁶⁶⁴ P. Landolt, “Swiss Supreme Court confirms lack of arbitral jurisdiction over party incapacitated by foreign bankruptcy law” (2010) 1, 2, disponible en <http://landoltandkoch.com>, y M. Robertson, “Cross-border insolvency...”, *cit.*, 129.

⁶⁶⁵ Como es el caso del art. 142 LPIL, del art. 52 LC antes de la reforma de 2011 e, incluso, de la orden concursal de suspensión que prevé el vigente art. 52 LC.

⁶⁶⁶ Como demuestra el art. 9.1 CC.

⁶⁶⁷ Por todos, *Mark v Mark* [2005] UKHL 42; *Ramsay v Liverpool Royal Infirmary* [1930] AC 588; y *Winans v Attorney General* [1904] AC 287.

Igualmente, cuando el concurso afecte a una persona jurídica, que será el caso más habitual, la referencia a la ley personal podrá interpretarse a favor de la ley del Estado de constitución (tradición civilista)⁶⁶⁸ o la ley del Estado en el que se localiza la sede real o administración efectiva (tradición *common law*).⁶⁶⁹ Dado que esta decisión la ha de tomar el tribunal arbitral, cuya tradición no ha de corresponder con la del *forum concursus*, esta incertidumbre puede hacer peligrar la coincidencia entre la ley personal y la *lex fori concursus*.

211. Finalmente, la solución suiza ignora una importante diferencia de matiz que puede acentuar la mencionada falta de coincidencia. Así, en los frecuentes casos en los que los Estados opten por el criterio de constitución para la determinación de la ley aplicable a la personas jurídicas, no podrá siempre garantizarse que este criterio conduzca a la *lex fori concursus*. Tal y como quedó expuesto en los Capítulos anteriores, esta *lex* viene definida por el Estado en cuyo territorio se ha abierto el procedimiento de insolvencia. Pues bien, en todo el territorio de la Unión así como en todos los Estados que han adoptado la Ley Modelo de Insolvencia, la competencia concursal se evalúa a la luz del Centro de Intereses Principales del deudor (COMI). Aunque el funcionamiento de este criterio cuenta con algunas presunciones afines al criterio de constitución, la verdadera regla para su determinación se centra en la localización del centro de administración real.

La falta de coincidencia entre estos dos lugares no es una opción que pueda desconocerse. De hecho, resulta interesante mencionar que un reciente estudio concluye que en el 82% de los casos en los que no existe univocidad de indicios con respecto a la localización del COMI, los tribunales acostumbran a apartarse de la presunción a favor del lugar de incorporación y se decantan por el lugar de administración real.⁶⁷⁰ En estos casos, la *lex personalis* y la *lex fori concursus* designarán a ordenamientos distintos.⁶⁷¹ Como consecuencia, ésta última *lex* habrá

⁶⁶⁸ Como refleja el art. 9.11 CC y la jurisprudencia mayoritaria del TJUE. Vide los Asuntos C-196/04 (*Cadbury Schweppes plc & ors v Commissioners of Inland Revenue*) [2006] Rec. I-7995; C-167/01 (*Kamer van Koophandel v Inspire Art Ltd*) [2003] Rec. I-10155; C-208/00 (*Überseering BV v Nordic Construction GmbH*) [2002] Rec. I-9919; y C-212/97 (*Centros Ltd v Erhvervs-og Selkabsstyrelsen*) [1999] Rec. I-1459; aunque el Tribunal mostró ciertas dudas en C-81/87 (*R -Daily Mail and General Trust plc- v HM Treasury*) [1988] Rec. 5483 y C-210/06 (*Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*) [2008] Rec. I-9641.

⁶⁶⁹ Esta dualidad y los problemas que pueden derivar de ella en el marco de arbitraje internacional se analizan en G. Cordero Moss, “Legal capacity...”, *cit.*, 619. Con detalle, vide también I. Fletcher, *Insolvency...*, *cit.*, 139.

⁶⁷⁰ I. Mevorach, “Jurisdiction in Insolvency: A study of European Court’s decisions” (2010) 6(2) *Journal of Private International Law* 327, 351. El análisis de los resultados se contiene en 341-344.

⁶⁷¹ De hecho, M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *The European...*, *cit.*, 81 también resaltan la complejidad de este problema, aun sin hacer referencia al caso arbitral. Existe escasa literatura y jurisprudencia al respecto. Como excepción, vide K. Pannen y S. Riedemann, “Article 4...”, *cit.*, 207-214 y la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia (Amtsgericht) de Duisburg (Alemania), de 14 octubre 2003, disponible en (2005) *Iprax* 151, con comentario en 134. Ambos abogan por que la *lex societatis* continúe rigiendo la capacidad jurídica y de obrar, mientras que la *lex concursus* regule las funciones y facultades de la administración.

perdido la base jurídica que permitía su invocación y el tribunal carecerá de justificación para aplicarla.

212. Más allá de las ventajas e inconvenientes que la solución adoptada por *Elektrim* Suiza pueda comportar, lo que ahora procede es evaluar si la apertura de un procedimiento concursal es un evento que ha de calificarse como una cuestión de capacidad arbitral. Es decir, si preceptos como el art. 142 LPIR o el art. 52 LC (sobre todo antes de su reforma de 2011) son portadores de un régimen que pretende regular la capacidad del concursado para participar en procedimientos arbitrales. A ello se dedica el siguiente apartado.

b. Capacidad arbitral stricto sensu

213. Sin lugar a dudas, la merma de capacidad es una de las consecuencias habituales de la declaración concursal. Frecuentemente, su efecto hace referencia a las facultades de disposición y administración de su patrimonio, así como a su *locus standi* o capacidad procesal. Así lo recogen, por ejemplo, los arts. 40, 51 y 54 LC⁶⁷² o los párs. 5 y 6 de *Schedule 1* de la *Insolvency Act* inglesa de 1986.⁶⁷³

La jurisprudencia arbitral no duda en reconocer que tales efectos también son extensibles a procedimientos arbitrales. Así lo declaran los laudos dictados en los Asuntos 16369 (2012),⁶⁷⁴ 12907 (2005),⁶⁷⁵ 11028 (2002),⁶⁷⁶ 10515 (2002),⁶⁷⁷ 7337 (1996)⁶⁷⁸ y 4629 (1989).⁶⁷⁹ Sin embargo, estos mismos pronunciamientos concluyen que tal pérdida de capacidad no ha de llevar aparejada *per se* la pérdida de competencia del tribunal arbitral. Por el contrario, el rol de la administración es precisamente el de suplir al concursado en las actuaciones procesales

⁶⁷² Expuestos con detalle en el Capítulo III.B.5.

⁶⁷³ J. Sutcliffe y J. Rogers, “Effect of Party Insolvency on Arbitration Proceedings: Pause for Thought in Testing Times” (2010) 76(2) *Arbitration* 277, 279. Los mencionados preceptos se aplican únicamente a los casos de *administration*, mientras que en casos de *liquidation* o *winding up*, habrá que recurrir al *Schedule 4, Part II(4)* y a las secs. 165(3) ó 167(1)(a) *Insolvency Act* según se trate de una liquidación voluntaria u obligatoria.

⁶⁷⁴ Laudo final, disponible en (2014) XXXIX *Yearbook Commercial Arbitration* 169 (sede en Ginebra y Derecho concursal kosovar).

⁶⁷⁵ Laudo final, disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 98 (sede en Londres y Derecho concursal egipcio).

⁶⁷⁶ Laudo preliminar inédito, citado por G. Kaufmann-Kohler y L. Lévy, “Insolvency...”, *cit.*, 270 (sede en Ginebra y Derecho concursal tailandés).

⁶⁷⁷ Laudo parcial, disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 74 (sede en Ginebra y Derecho concursal suizo).

⁶⁷⁸ Laudo parcial, disponible en (1999) XXIVa *Yearbook of International Arbitration* 149 (sede en Alemania y Derecho concursal sueco).

⁶⁷⁹ Laudo parcial, disponible en (1993) XVIII *Yearbook Commercial Arbitration* 11 (sede en París y Derecho concursal de Oriente medio).

en las que se vea involucrado con el fin de que éstas puedan seguir adelante. Dicho de otro modo, la posibilidad de ser sujeto arbitral no se extingue en sentido absoluto y de forma necesaria por la apertura de la insolvencia sino que se transmite total o parcialmente a la administración concursal.⁶⁸⁰

Esta consideración obliga a evaluar si, realmente, los preceptos concursales que prohíben la existencia de procedimientos arbitrales deben incluirse dentro de la categoría relativa a la capacidad del deudor, tal y como la conciben la Convención de Nueva York y la Ley Modelo UNCITRAL. De no ser así, esta categoría no podrá constituir una base jurídica apropiada para justificar la aplicación de ese tipo de normas.

214. Como punto de partida, parece que normas como el art. 52 LC o el art. 142 LPIR no guardan una relación directa con la capacidad de obrar del concursado. En el caso español, esta escisión queda manifestada por el hecho de que la Ley Concursal, más allá del art. 52 LC, prevé artículos específicos para regular las facultades del deudor y su grado de participación en procedimientos individuales.⁶⁸¹ Es decir, la posibilidad de que el concursado sea parte de un arbitraje, por sí mismo o a través de la administración, no depende directamente de sus facultades patrimoniales, sino que es una cuestión autónoma.

Similar separación demostraba la legislación polaca en el caso *Elektrim*. Así, sin perjuicio del contenido del art. 142 LPIR, el art. 185.1 LPIR regulaba la intervención del concursado y de la administración en procedimientos individuales. De hecho, resulta ilustrativo que Josef Syska, el administrador de Elektrim, no tuvo ningún obstáculo para participar directamente en otros procedimientos tramitados contra Elektrim de forma paralela al concurso polaco. Uno de ellos fue precisamente el arbitraje LCIA con sede en Londres que se expuso en el Capítulo II. Otros se localizaron en Austria y en República Checa. Pues bien, en ninguno de esos casos se entendió que la pérdida de capacidad de Elektrim tras la declaración de concurso debía traducirse en la pérdida de competencia arbitral.

Esta interpretación del Derecho polaco también guió la decisión alcanzada por el tribunal arbitral en el Asunto CCI 11714 (2004).⁶⁸² A pesar de que la demandada se encontraba sometida a un procedimiento de insolvencia en Polonia, los árbitros concluyeron que la situación concursal no debía afectar a su capacidad para ser parte en un procedimiento arbitral

⁶⁸⁰ V. Lazić, “Cross-Border Insolvency and Arbitration...”, *cit.*, 345; S. Nadeau-Séguin, “When Bankruptcy and Arbitration meet: A look at Recent ICC Practice” (2011) 5(1) *Dispute Resolution International* 79, 96; y A. J. Bělohávek, “Impact...”, *cit.*, 149.

⁶⁸¹ Vide los arts. 40, 51 y 54 LC.

⁶⁸² Disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 85.

extranjero. Por el contrario, simplemente suponía el requisito de que la administración tenía que intervenir en el mismo para suplir la falta de *locus standi* del concursado.

La aparente claridad con la que estas resoluciones distinguen entre la capacidad de obrar y la posibilidad de que no puedan existir procedimientos arbitrales contra el concursado también puede encontrarse en el Derecho suizo. Según este Derecho, la apertura de un procedimiento de insolvencia no afecta ni a la eficacia del convenio arbitral ni a la posibilidad de que el deudor pueda seguir tomando parte en procedimientos arbitrales. Sin embargo, sí se prevén casos en los que la pérdida de facultades del concursado requiere la participación de la administración o el sometimiento de algunas decisiones al comité de acreedores.⁶⁸³ Por esta razón, resulta sorprendente que la sentencia del Tribunal Federal no se hiciera eco de una división conceptual similar a la hora de analizar el Derecho polaco.

215. Junto con la capacidad de obrar, parece que los preceptos concursales que restringen la posibilidad de tramitar procedimientos arbitrales tampoco son reglas relativas a la capacidad jurídica. Esto es, no son normas referentes a la personalidad jurídica del deudor ni a su capacidad para ser titular de derechos y obligaciones. Incluso si esos preceptos pueden interpretarse como normas que impiden al deudor ser sujeto de derechos y obligaciones relacionados con el arbitraje, ésta es una limitación que está acotada a una materia concreta. No manifiestan ninguna merma en la capacidad jurídica en general y, por tanto, no parece que puedan invocarse a través de la norma de conflicto de la capacidad.

En el caso *Elektrim*, el acierto de esta interpretación quedaba manifestado por la propia Ley concursal polaca, cuyo art. 185.2 preveía que “la declaración de insolvencia no afectará a la capacidad jurídica del concursado ni a su capacidad de realizar actos jurídicos”.⁶⁸⁴ Por esta razón, vuelve a sorprender que la sentencia del Tribunal Federal no hiciera mención a este precepto cuando concluyó que el art. 142 LPIR contenía una norma relativa a la capacidad jurídica y que, por tanto, quedaba dentro del ámbito regulado por la ley personal.⁶⁸⁵ De hecho, la insuficiencia del razonamiento empleado por el Tribunal en ese punto ha sido foco de críticas por numerosos autores.⁶⁸⁶

⁶⁸³ J. Hargrove y V. Liborio, “Arbitration and Insolvency: English and Swiss Perspectives” (2009) 75(1) *Arbitration* 47, 52, haciendo referencia a los arts. 237.3 y 253 de la *Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite* de 11 abril 1889, todavía en vigor.

⁶⁸⁴ G. Naegeli, “The impact of bankruptcy on a pending arbitral proceeding – comments on a recent decision of the Swiss Federal Supreme Court” (2009) *Summer Arbitration Newsletter* 57 y P. Zimmerman, “Article 185” en P. Zimmerman, *Bankruptcy and restructuring law – a commentary* (Varsovia: Wydawnictwo C.H. Beck, 2007), 267.

⁶⁸⁵ Pár. 3.2 de la sentencia.

⁶⁸⁶ M. V. Benedetelli, “Cross-border insolvencies...”, *cit.*, 804; G. Naegeli, “The impact...”, *cit.*, 58; D. Baizeau, “Arbitration and Insolvency...”, *cit.*, 114.

216. Estos párrafos pretenden demostrar que los preceptos que prevén la prohibición del arbitraje en situaciones concursales no son disposiciones que tienen por objeto regular la capacidad de obrar o la capacidad jurídica del deudor. Esta conclusión también debe aplicarse a los supuestos en los que no es la legislación sino una decisión de la autoridad concursal la que impone la prohibición. Por ejemplo, éste es el caso de la orden prevista en el art. 52.2. LC.

En todos estos supuestos, la imposibilidad de acudir a la vía arbitral no es una cuestión de capacidad de obrar (pues no puede salvarse mediante la intervención de la administración) o de capacidad jurídica (pues el deudor conserva su personalidad jurídica de forma general y poder ser titular de derechos y obligaciones). En definitiva, no son prohibiciones que puedan aplicarse bajo la justificación de que el Derecho concursal sea el competente para regular las cuestiones de capacidad. Sobre esta base, procede ahora averiguar si existe alguna otra razón que llevó al Tribunal Federal a emplear esa calificación.

c. La calificación encubierta: Arbitrabilidad subjetiva

217. La prohibición del arbitraje que prevén sin matizaciones artículos como el art. 142 LPIR u otras disposiciones similares no parecen estar motivadas por la falta de recursos del concursado o por las complejidades que puedan surgir durante su tramitación. Por el contrario, el único motivo que las justifica parece ser el estado concursal del deudor, cuya “capacidad continuada”⁶⁸⁷ para ser parte arbitral se extingue *ex lege* con la declaración de insolvencia. Es decir, desde ese momento la persona concursada deviene un sujeto inapto para ser titular del derecho y del deber de acudir a arbitraje.

Desde esta perspectiva, podría plantearse que una opción para calificar este tipo de normas de forma alternativa a la capacidad arbitral sería mediante el empleo de la categoría de la arbitrabilidad subjetiva.⁶⁸⁸ Esta faceta de la arbitrabilidad hace referencia a la facultad *in abstracto* de que una persona pueda someter a arbitraje la resolución de sus disputas. Esto es, no reposa sobre el objeto de la disputa, sino sobre la identidad de las partes que la protagonizan. Es, además, un requisito que no se ha de satisfacer exclusivamente en el momento de suscribir el convenio arbitral, sino que ha de cumplirse de forma “continuada”, tal y como sugería la terminología del Tribunal Federal.

⁶⁸⁷ Esta es la expresión que empleó el propio Tribunal Federal.

⁶⁸⁸ En el mismo sentido, V. Lazic, “Cross-Border Insolvency and Arbitration...”, *cit.*, 341.

i. La idoneidad concursal de la arbitrabilidad subjetiva

218. Más allá de escenarios concursales, las normas de arbitrabilidad subjetiva se han centrado tradicionalmente en la actividad arbitral de los entes públicos y de las sociedades controladas por capital público. En efecto, de acuerdo con algunos ordenamientos jurídicos, estas entidades no están autorizadas para someter la resolución de sus disputas a mecanismos arbitrales. Dado que, aun y así, muchos de los contratos que estas entidades concluyen con partes extranjeras suelen incluir convenios arbitrales, pueden darse situaciones en las que la entidad pública invoque la prohibición de arbitrar para impedir que la contraparte pueda interponer una demanda arbitral en su contra.

Con el fin de evitar este tipo de conductas, la legislación arbitral de muchos Estados prevé que las entidades públicas que han suscrito un convenio arbitral internacional no podrán recurrir posteriormente a la prohibición de arbitrar prevista en su Derecho nacional con el propósito de eludir sus obligaciones arbitrales. Así lo manifiestan, por ejemplo, los arts. 177.2 LSDIPr y 2.2 LA. Según este último,

“Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral.”

219. En cierta medida, la problemática que generan las normas concursales que restringen la opción de arbitrar es similar a la que motiva esta regulación. Al fin y al cabo, lo que se planteó el Tribunal Federal en el caso *Elektrim* era si la sociedad polaca podía recurrir a su ley personal para impedir la continuación del procedimiento. Sin embargo, la posibilidad de emplear la categoría de la arbitrabilidad subjetiva para resolver este tipo de situaciones requiere satisfacer dos requisitos.

En primer lugar, se ha de demostrar que las normas concursales que prohíben o limitan la posibilidad de acudir al arbitraje son reglas que regulan la arbitrabilidad subjetiva. En segundo lugar, se ha de evaluar si la ley personal es la apropiada para gobernar esta clase de arbitrabilidad o si, por el contrario, debería someterse a una norma de conflicto diferente.

220. El recurso a la arbitrabilidad subjetiva para dar respuesta a las situaciones concursales ha sido tradicionalmente descartado por la jurisprudencia arbitral. Así lo declaran los laudos dictados

en los Asuntos CCI 7563 (1993),⁶⁸⁹ 7205 (1993),⁶⁹⁰ 6632 (1993),⁶⁹¹ 6057 (1991)⁶⁹² y 6697 (1990).⁶⁹³ Según estos casos, la posible prohibición contenida en la *lex fori concursus* no puede calificarse como una norma relativa a la aptitud arbitral del concursado *vis-à-vis* tribunales extranjeros y, por tanto, no es una norma válida para impedir la tramitación del arbitraje. Si acaso, son normas que acentúan la necesidad de introducir modificaciones procedimentales que respondan a la posible pérdida de capacidad procesal del deudor.⁶⁹⁴

Sin embargo, no parece que esta doctrina pueda tener validez universal. La regulación de la arbitrabilidad subjetiva es una competencia que corresponde a cada Estado.⁶⁹⁵ Como consecuencia, podrán existir supuestos en los que el legislador haya entendido conveniente excluir a determinados sujetos de toda posibilidad de participar en procedimientos arbitrales. Por ejemplo, éste es el motivo que justifica la prohibición de arbitrar que algunos ordenamientos imponen sobre las entidades públicas.

Igualmente, también podrán darse casos en los que el Estado haya decidido que una persona sometida a una situación concursal no estará autorizada para resolver sus disputas patrimoniales a través de procedimientos arbitrales. Quizá, con ello se pretenda proteger los intereses de los otros acreedores concurrentes en el concurso, cuyas expectativas de cobro podrían verse amenazadas por la participación del deudor en un mecanismo extrajudicial sometido a un control judicial limitado y que es capaz de generar títulos vinculantes y ampliamente ejecutables. Como ya quedó expuesto en el anterior Capítulo, éste parecía ser el recelo que motivaba el régimen restrictivo del art. 52 LC antes de la reforma del año 2011.⁶⁹⁶

En definitiva, más allá de los mencionados pronunciamientos arbitrales, no puede impedirse que un Estado opte voluntariamente por prohibir plenamente la existencia de arbitrajes en

⁶⁸⁹ Laudo parcial (*Belgian bank v International pool of insurance companies*), disponible en (1994) 121 *Journal du Droit International* 1054, con “Annotation” de Y. Derains (sede en París y Derecho concursal francés). El tribunal se apoyó principalmente en la Sentencia de la Corte de Casación francesa (1e civ.) de 8 marzo 1988 en *Thinnet v Labrely*, disponible en (1989) *Revue de l’Arbitrage* 473, con “Annotation” de P. Ancel.

⁶⁹⁰ Laudo parcial (*French company v Owner of Saudi company*), disponible en (1995) 122 *Journal du Droit International* 1031, con “Annotation” de J.-J. Arnaldez.

⁶⁹¹ Inédito, citado en E. Gaillard y J. Savage, *Fouchard...*, cit., 355, pág. 587.

⁶⁹² Laudo parcial (*Syrian company v French company*), disponible en J. J. Arnaldez, Y. Derains y D. Hascher, *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995* (1997), vol. III, 487, y en (1993) 120 *Journal du Droit International* 1016, con “Annotation” de Y. Derains.

⁶⁹³ Laudo final (*Casa - Luxembourg v Cambior - Quebec*), disponible en (1992) *Revue de l’Arbitrage* 135, con “Annotation” de P. Ancel. Los árbitros eran E. Robine (presidente), N. Decker y A. Mayrand.

⁶⁹⁴ En el mismo sentido se pronuncian D. Baizeau, “Arbitration and Insolvency...”, cit., 97; J. F. Poudret y S. Besson, *Comparative...*, cit., 305; P. Fouchard, “Arbitrage et faillite” (1998) 3 *Revue de l’Arbitrage* 471, 489; y F. Mantilla Serrano, “International...”, cit., 53.

⁶⁹⁵ En el mismo sentido, N. Blackaby, M. Hunter, C. Partasides y A. Redfern, *Redfern and Hunter...*, cit., 129, pág. 2.128.

⁶⁹⁶ Vide Capítulo III.B.1.

relación con un deudor concursal y que califique esta limitación como una cuestión de inarbitrabilidad subjetiva.

221. La idoneidad de esta categoría para calificar este tipo de prohibiciones también quedó demostrada (implícitamente) en la sentencia del Tribunal Federal en *Elektrim*. En efecto, tal y como reconocen los primeros considerandos de la sentencia, la razón principal por la que Tribunal se vio obligado a recurrir a las normas de conflicto propias de la capacidad no era que el art. 142 LPIR fuera una norma reguladora de la misma. El verdadero motivo era que el régimen suizo, en línea con la mayoría de ordenamientos, no contenía un precepto equivalente al art. 177.2 LSDIPr para entidades privadas. Es decir, un precepto que, tal y como se mencionó en los párrafos anteriores, se refiere a la arbitrabilidad subjetiva.

ii. El régimen conflictual de la arbitrabilidad subjetiva

222. Una vez esclarecido que las prohibiciones de arbitrar contenidas en normas concursales sí pueden calificarse como reglas relativas a la arbitrabilidad subjetiva, corresponde ahora estudiar si esta categoría debe gobernarse por la ley personal. Ésta es una cuestión que carece de respuesta uniforme en el panorama comparado. Principalmente, ello se debe a que es una categoría que no goza de reconocimiento autónomo en todos los ordenamientos.⁶⁹⁷ En el caso concursal, sin embargo, es un punto de relevancia fundamental. Si se aplica la ley personal, será también posible razonar la aplicación de la *lex fori concursus* y de las limitaciones en ella contenidas. De lo contrario, el tribunal carecerá de base jurídica para justificar el recurso a la legislación concursal.
223. Existen dos posturas al respecto. Por una parte, un grupo de autores entiende que la arbitrabilidad subjetiva no es sino una faceta de la categoría general de arbitrabilidad, es decir, una forma de regular cuándo permite un Estado la existencia de arbitraje.⁶⁹⁸ En ocasiones, el legislador delimitará las restricciones mediante la referencia a las materias que no pueden someterse al arbitraje (arbitrabilidad *ratione materiae*), mientras que en otros supuestos la forma más apropiada de determinar esa prohibición será a través de la identificación de los sujetos que no pueden arbitrar (arbitrabilidad *ratione personae*).

⁶⁹⁷ B. Hanotiau, “What Law Governs the Issue of Arbitrability?” (1996) 12(4) *Arbitration International* 391.

⁶⁹⁸ Vide, in extensor, K. H. Böckstiegel, “Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement” (2008) *IBA Journal of Dispute resolution*, Special Issue, The New York Convention – 50 Years, 123, 128.

Sobre esta base, estos autores defienden que la norma de conflicto más adecuada para gobernar la arbitrabilidad subjetiva es aquella que también rige la arbitrabilidad objetiva. Ésta, a su vez, tampoco es una cuestión pacífica. En la mayoría de los casos, la doctrina se inclina por someter esa categoría a la ley de la sede del arbitraje.⁶⁹⁹ Sin embargo, también existe algún sector que defiende la conveniencia de acudir a concepciones transnacionales o deslocalizadas, es decir, a las reglas comunes al Derecho arbitral de los ordenamientos desarrollados o, cuanto menos, de los Estados afectados por la disputa.⁷⁰⁰ Independientemente de la solución que se adopte, lo más importante para el presente estudio es que ninguna de ellas favorece la aplicación de la ley personal y, por ende, tampoco dirige hacia la legislación concursal.

224. Por otra parte, otro grupo de autores se aproxima a la arbitrabilidad subjetiva como un concepto estrechamente relacionado con la capacidad arbitral.⁷⁰¹ Aunque estas dos categorías no puedan entenderse como equivalentes,⁷⁰² estos autores entienden que la limitación impuesta por la inarbitrabilidad subjetiva en, en esencia, una privación de la capacidad de arbitrar. Por ese motivo, este sector defiende que la ausencia de una norma de conflicto expresa para este tipo de arbitrabilidad debería suplirse mediante el recurso al régimen conflictual de la capacidad, esto es, la ley personal.

A los efectos que aquí interesan, la frecuente coincidencia entre esta ley y la *lex fori concursus* implicará que el tribunal arbitral podrá justificar la aplicación del régimen concursal. *De facto*, éste fue el resultado en *Elektrim* Suiza, a pesar de que en ningún momento ni los árbitros ni el Tribunal Federal nombrasen el concepto de arbitrabilidad subjetiva.

Además de este razonamiento, los preceptos relativos a la conducta arbitral de las entidades públicas (arts. 2.2 LA o 177 LSDIPr) también permiten defender que la arbitrabilidad subjetiva de las personas y entidades privadas debería regularse por su ley personal. Como ya se expuso, el objetivo de esas normas es impedir que un tipo concreto de personas jurídicas pueden invocar su propio Derecho para justificar la imposibilidad de arbitrar. Sobre esta base,

⁶⁹⁹ En este sentido, D. Jones, “Insolvency...”, *cit.*, 125-126; G. Nater-Bass y O. Mosimann, “Effects of Foreign Bankruptcy on International Arbitration” (2011) *Austrian Yearbook on International Arbitration* 163, 174-175; D. Baizeau, “Arbitration and Insolvency...”, *cit.*, 100; B. Hanotiau, “The Law Applicable by the Arbitrator in the Event of the Bankruptcy of One of the Parties to the Proceedings” (1996) 1 *International Business Law Journal* 29, 34.

⁷⁰⁰ G. Born, *International Commercial...*, *cit.*, 1006 y E. Gaillard y J. Savage, *Fouchard...*, *cit.*, 316, pág. 539.

⁷⁰¹ V. Lazic, “Cross-Border Insolvency and Arbitration...”, *cit.*, 342; S. Kröll, “Arbitration and Insolvency - Selected...”, *cit.*, 246; J. Sutcliffe y J. Rogers, “Effect...”, *cit.*, 279; F. Mantilla Serrano, “International...”, *cit.*, 68.

⁷⁰² G. Nater-Bass y O. Mosimann, “Effects...”, *cit.*, 174 resulta especialmente claro: “*The capacity to be a party in arbitral proceedings* (subjective Schiedsfähigkeit) *presupposes the capacity to sue and to be sued* (Parteifähigkeit) *and the capacity to conduct proceedings in one’s own name* (Prozessfähigkeit). *The capacity to sue and be sued is the procedural aspect of one’s legal capacity* (Rechtsfähigkeit) *whereas the capacity to conduct proceedings in one’s own name is the procedural aspect of one’s capacity to act* (Handlungsfähigkeit).”

sería posible entender que las personas no cubiertas por esa limitación sí deberían quedar autorizadas para recurrir a ese Derecho. Es decir, una interpretación *a sensu contrario* que distinguirá entre el régimen excepcional (previsto por esos preceptos) y la regla general. De acuerdo con ésta, la ley personal debería ser la competente para determinar la posibilidad de que un sujeto pueda tomar parte en convenios y procedimientos arbitrales. Al igual que se concluyó en el párrafo anterior, esta argumentación también permitiría justificar la aplicación de la *lex fori concursus* por un tribunal arbitral.

225. A la luz de esta exposición, parece que el empleo de la ley personal para acabar introduciendo normas de carácter concursal no es una opción tan desviada como en un principio pudiera parecer. En este sentido, la argumentación conflictual empleada por el Tribunal Federal en *Elektrim* quizá no debería ser tan merecedora de crítica como lo ha sido en la literatura. Más allá de que su redacción no explicitara con suficiente claridad todos los pasos de su razonamiento,⁷⁰³ la esencia de su análisis conflictual responde a una lógica legítima y solvente.⁷⁰⁴

Además, resulta interesante enfatizar que el empleo de la “capacidad continuada” (más allá de que hubiera podido denominarse arbitrabilidad subjetiva) constituía la única opción que permitía justificar la aplicación del Derecho polaco. Así lo demuestra el estudio de las otras categorías en los siguientes epígrafes. Desde este punto de vista, es posible que la calificación apoyada por el tribunal estuviera también motivada por las dudas que podría generar la asunción de competencia sobre una parte sometida a concurso cuando su propia legislación prohibía expresamente esta posibilidad. De ser así, *Elektrim* Suiza no sería sino un caso más de “ingeniería conflictual invertida”, en el que el tribunal primero decidió acerca de la conveniencia de aplicar *lex fori concursus* y después identificó la calificación que le permitía alcanzar ese resultado.⁷⁰⁵

⁷⁰³ Así lo apunta también G. Naegeli, “Bankruptcy...”, *cit.*, 200. En contra, M. Aebi y H. Frey, “Impact...”, *cit.*, 149 y 152.

⁷⁰⁴ Y ello sin perjuicio de que puedan existir otras opiniones igualmente legítimas, como se expone en el epígrafe 3 de esta Sección.

⁷⁰⁵ Así lo apuntan también J. Chuah, “Resolving...”, *cit.*, 434 y M. Robertson, “Cross-border insolvency...”, *cit.*, 129.

2. La inarbitrabilidad objetiva de la disputa

226. El arbitraje no es mecanismo válido para todo tipo de disputas. La determinación de las pretensiones que pueden someterse a un procedimiento arbitral es el propósito de la arbitrabilidad objetiva. Con ella se pretende delimitar sobre qué materias pueden las partes concluir un convenio arbitral y excluir la intervención de las autoridades estatales, de modo que sea un tercero privado quien resuelva la controversia de forma definitiva y vinculante. La imposibilidad de que los órganos judiciales intervengan en cuanto al fondo del asunto ha hecho que la arbitrabilidad subjetiva sea tradicionalmente una cuestión controvertida cuando una de las partes está sometida a un procedimiento de insolvencia. En efecto, si uno de los rasgos característicos de las situaciones concursales es la concentración de las actuaciones relativas a la gestión y disposición del patrimonio del concursado, resulta legítimo preguntarse si debería permitirse que existieran procedimientos autónomos y privados que resuelvan disputas cuyo resultado puede afectar a ese patrimonio y a los intereses colectivos.

La respuesta a esta pregunta no puede encontrarse directamente en los instrumentos internacionales en materia arbitral o concursal. Como ya se dijo en anteriores Capítulos, éstos guardan silencio en cuanto a la relación sustantiva de las dos disciplinas. Por esta razón, una parte importante de la doctrina entiende que la concreción del ámbito de la arbitrabilidad en materia concursal ha de buscarse en los Derechos nacionales.⁷⁰⁶ Esta postura es acorde con la idea, que ya se mencionó en el apartado anterior, de que cada Estado tiene el Derecho de decidir el ámbito de actuación que le reconoce al arbitraje.⁷⁰⁷

Sobre esta base, una de las primeras cuestiones que todo tribunal arbitral tendrá que plantearse a la hora de analizar su competencia sobre una parte concursada es qué régimen resulta aplicable a la arbitrabilidad objetiva. El examen de esta cuestión se incluye en el primer apartado de este epígrafe. Una vez superado el plano conflictual, los otros dos apartados se dedican al ámbito material, esto es, a la determinación de qué tipos de disputas pueden someterse a arbitraje a pesar de la situación concursal de una de las partes. El primero de estos apartados explora el régimen español y el proceso de aproximación que es posible identificar

⁷⁰⁶ Por todos, G. Born, *International Commercial...*, cit., 994; K. Sachs, “Insolvency Proceedings and International Arbitration” (2013) 1(1) *Collected courses of the International Academy for Arbitration Law* 1, 27; D. Jones, “Insolvency...”, cit., 124; y J. Sutcliffe y J. Rogers, “Effect...”, cit., 279.

⁷⁰⁷ En general, vide L. Radicati di Brozolo, “The impact of National Law and Courts on International Commercial Arbitration: Mythology, Physiology, Pathology, Remedies and Trends” (2011) *Les Cahiers de l'Arbitrage - The Paris International Arbitration Journal* 663; N. Blackaby, M. Hunter, C. Partasides y A. Redfern, *Redfern and Hunter...*, cit., 124; y B. Hanotiau, “What Law...”, cit., 391.

en el Derecho comparado. El segundo analiza la contribución que el Reglamento de Insolvencia ha podido tener en esa convergencia.

a. La incertidumbre conflictual entorno a la arbitrabilidad objetiva

227. El régimen jurídico aplicable a la arbitrabilidad objetiva ha sido una cuestión tradicionalmente controvertida. Uno de los motivos más importantes para ello es el silencio parcheado que el conjunto del Derecho arbitral ofrece al respecto. Es decir, los instrumentos arbitrales no proporcionan reglas suficientes para determinar cuál es el tratamiento que la arbitrabilidad ha de recibir a lo largo de las distintas etapas de una disputa arbitral. Tampoco esclarecen si los tribunales arbitrales y los órganos judiciales han de regirse por una misma norma de conflicto. Sobre esta base, no resulta posible garantizar que en un arbitraje se vaya a emplear únicamente una sola noción de arbitrabilidad.

Esta aparente paradoja se manifiesta incluso dentro de las reglas que regulan la intervención judicial en la fase post-laudo. Así, en materia de reconocimiento y ejecución, el art. V.2.a) CNY dispone que la arbitrabilidad de la disputa deberá definirse de acuerdo con la ley del Estado en el que se pretenda hacer valer el laudo.⁷⁰⁸ Por su parte, el régimen de las acciones de anulación propuesto por el art. 34.2.b.i) LMA establece que los tribunales de la sede podrán privar de validez a un laudo dictado en su territorio cuando, “según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje”.⁷⁰⁹ Deriva de estas normas de conflicto que, cuando las autoridades que conozcan de estas acciones estén localizadas en diferentes Estados, las concepciones de arbitrabilidad aplicables no tendrán por qué coincidir.

228. Similar sorpresa puede crear el régimen previsto para las acciones judiciales que tienen lugar con anterioridad al comienzo del arbitraje. De acuerdo con el art. II CNY, la regla general para estos supuestos es que las autoridades de los Estados parte reconocerán el convenio arbitral y se abstendrán de entrar en el fondo de la disputa. Para ello, no obstante, el mismo precepto dispone que la controversia tendrá que hacer referencia a “un asunto que pueda ser resuelto

⁷⁰⁸ Esta norma de conflicto, no obstante, puede ampliarse a través del art. VII CNY. Es aquí donde regímenes con puntos de conexión alternativos, como es el caso español, devienen relevantes. Así se expone en los siguientes párrafos.

⁷⁰⁹ Aquí también, la Ley de Arbitraje española ofrece un régimen que va más allá de la *lex loci arbitri*, como se explica infra.

por arbitraje”. Lo que no indica el precepto es qué ley tendrá que emplear el órgano judicial para evaluar ese requisito.

En la práctica, este silencio se ha suplido mediante la extensión del principio que subyace a las normas aplicables de la fase post-arbitral. Es decir, a pesar de que se haya mencionado que aquellas reglas proporcionan un tratamiento conflictual que puede llevar a resultados encontrados en sede de anulación y de reconocimiento y ejecución, el punto de conexión empleado en todas ellas responde a la filosofía de que cada autoridad ha de aplicar su propia noción de arbitrabilidad. En coherencia con esta remisión a la *lex fori*, la interpretación mayoritaria del art. II CNY defiende que los órganos judiciales que intervengan en la fase pre-arbitral también aplicarán su propio Derecho para determinar si la materia es susceptible de arbitraje.⁷¹⁰ De hecho, ésta es la solución que adopta expresamente el art. VI.2 *in fine* CG, que incluye un régimen de reconocimiento de convenios arbitrales mucho más detallado que el de la Convención de Nueva York.

229. A pesar de la aceptación general de esta postura, el silencio que caracteriza al art. II CNY permite plantearse la conveniencia de otras interpretaciones. Sobre todo, porque no resulta claro que el razonamiento descrito sea la mejor opción para promover la coherencia y eficacia del sistema arbitral. Piénsese en el siguiente supuesto.

Una parte signataria de un convenio arbitral acude a los tribunales estatales para litigar su disputa porque opina que la materia que suscita la controversia no es arbitrable. Si los tribunales de ese Estado entienden que la materia sí es susceptible de arbitraje según su propio Derecho y está incluida en el convenio arbitral, la parte demandante no podrá obtener tutela judicial respecto al fondo del asunto y se verá forzada a empezar procedimientos en otro Estado⁷¹¹ o a acudir a arbitraje. A pesar de su reticencia inicial, esa parte presenta una demanda arbitral y acaba obteniendo un laudo a su favor. Este laudo es posteriormente impugnado por la contraparte ante los órganos judiciales de la sede, quienes, aplicando su propio Derecho, concluyen que la disputa resuelta no era susceptible de arbitraje y, por tanto, acuerdan anular el laudo.

⁷¹⁰ G. Born, *International Commercial...*, *cit.*, 515-522; S. Brekoulakis, “Law applicable to arbitrability: Revisiting the revisited *lex fori*” en L. Mistelis y S. Brekoulakis (eds.), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* (La Haya: Kluwer Law International 2009) 99, 103; J. F. Poudret y S. Besson, *Comparative...*, *cit.*, 285; J. Lew, L. Mistelis y S. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (La Haya: Kluwer International, 2003) 191; B. Hanotiau, “The law applicable to arbitrability” en A. van den Berg (ed.), *ICCA Congress Series n. 9: Improving the efficiency of arbitration agreements and awards: 40 years of application of the New York Convention* (La Haya: Kluwer Arbitration International, 1999) 146, 162.

⁷¹¹ Siempre que exista alguno que pueda asumir competencia de acuerdo con su régimen de Derecho Internacional Privado.

No cabe duda de que este tipo de situaciones, aun poco frecuentes, demuestran que la existencia de normas de conflicto dispares en la fase pre- y post-arbitral puede generar resultados indeseables. En definitiva, es un régimen que permite acabar “acorralando” a la parte actora entre dos interpretaciones nacionales dispares respecto a la obligación o no de someter a arbitraje la disputa surgida con la contraparte del convenio.⁷¹²

Por esta razón, parece que una opción más favorable sería la consistente en defender la aplicación de la ley de la sede, y no la *lex fori*, cuando la arbitrabilidad devenga un cuestión contenciosa en la fase pre-arbitral. Con ello se favorecería la existencia de un mismo tratamiento conflictual en esa fase y en las acciones de anulación y, por tanto, se contribuiría a eliminar la denegación de justicia que pueden producir las situaciones mencionadas.

230. Más allá de la opción por cada lector entienda acertada, la descripción de las reglas (o ausencia de ellas) aplicables a las fases pre- y post-arbitral demuestra la incertidumbre e inconsistencia que rodean al tratamiento de la arbitrabilidad objetiva en la esfera judicial. Igualmente incierta es la situación de los tribunales arbitrales, pues ni las legislaciones ni los reglamentos arbitrales indican qué régimen se ha de aplicar para analizar esta cuestión. Este silencio ha dado lugar a una amplia variedad de posturas.

La jurisprudencia mayoritaria, no obstante, opta por recurrir a la concepción de arbitrabilidad de la sede del arbitraje. En general, esta decisión está basada en una de estas dos argumentaciones: o se entiende que las reglas de arbitrabilidad de la *lex loci arbitri* son de aplicación obligatoria para todos los procedimientos arbitrales que se celebren en ese territorio, o se alega que el respeto a las mismas forma parte de las precauciones que ha de adoptar el tribunal para evitar que el laudo pueda ser anulado por las autoridades de la sede (art. 34.2.b.i) LMA). Así lo demuestran los laudos dictados en los Asuntos CCI 17249

⁷¹² Similar riesgo apunta N. Bouza Vidal, “La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral” (2000) LII (2) *Revista Española de Derecho Internacional* 371, 389.

(2011),⁷¹³ 15826 (2011),⁷¹⁴ 15027 (2011),⁷¹⁵ 14667 (2011),⁷¹⁶ 15972 (2010),⁷¹⁷ 14431 (2008),⁷¹⁸ 14430 (2008),⁷¹⁹ 12131 (2005),⁷²⁰ 11502 (2002)⁷²¹ y 11294 (2002).⁷²²

Además, ésta es la postura que han mantenido los tribunales que han calificado la circunstancia concursal como una cuestión de arbitrabilidad. Prueba de ello puede encontrarse en los Asuntos CCI 16369 (2012),⁷²³ 10507 (2002),⁷²⁴ 8420 (2000),⁷²⁵ 6162 (1992),⁷²⁶ 4604 (1984)⁷²⁷ y 4415 (1984).⁷²⁸ En todos ellos, el laudo concluyó que la categoría de la arbitrabilidad era la más adecuada para evaluar las dudas que el concurso producía sobre la competencia arbitral y, a la hora de analizarla, entendió que debía aplicarse la *lex loci arbitri* y no la *lex fori concursus*.

231. Frente a esta posición mayoritaria, también existen algunos sectores que defienden el recurso a normas conflictuales distintas. Por ejemplo, varios autores abogan por la aplicación de una concepción deslocalizada del concepto de arbitrabilidad. Según ellos, los árbitros deberían guiarse por principios y reglas de carácter transnacional, de modo que adoptaran su decisión de acuerdo con el consenso internacional en la materia o, al menos, según las nociones comunes a los Estados relacionados con la disputa.⁷²⁹ Si bien minoritaria, esta interpretación ha

⁷¹³ Laudo parcial, pár. 36, inédito, citado en M. A. Gandía Sellens, *El arbitraje...*, cit., 65.

⁷¹⁴ Laudo final, pár. 289, inédito, citado en M. A. Gandía Sellens, *El arbitraje...*, cit., 106.

⁷¹⁵ Laudo final, pár. 12.3, inédito, citado en M. A. Gandía Sellens, *El arbitraje...*, cit., 90.

⁷¹⁶ Laudo final, pár. 227, inédito, citado en M. A. Gandía Sellens, *El arbitraje...*, cit., 106.

⁷¹⁷ Laudo parcial, párs. 95-97, inédito, citado en M. A. Gandía Sellens, *El arbitraje...*, cit., 106.

⁷¹⁸ Laudo parcial, inédito, citado en M. A. Gandía Sellens, *El arbitraje...*, cit., 107.

⁷¹⁹ Laudo parcial, pár. 200.2, inédito, citado en M. A. Gandía Sellens, *El arbitraje...*, cit., 48.

⁷²⁰ Laudo final, pár. 522, inédito, citado en M. A. Gandía Sellens, *El arbitraje...*, cit., 106.

⁷²¹ Laudo parcial, pár. 66, inédito, citado en M. A. Gandía Sellens, *El arbitraje...*, cit., 45.

⁷²² Laudo final, pár. II.5, inédito, citado en M. A. Gandía Sellens, *El arbitraje...*, cit., 106.

⁷²³ Laudo parcial, disponible en (2014) XXXIX *Yearbook Commercial Arbitration* 169 (sede en Suiza y Derecho concursal kosovar).

⁷²⁴ Laudo parcial, disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 71 (sede en Lugano y Derecho concursal italiano).

⁷²⁵ Laudo parcial, disponible en (2000) XX *Yearbook of Commercial Arbitration* 328.

⁷²⁶ Laudo parcial (*Consultant v Egyptian Local Authority*), disponible en (1992) XVII *Yearbook of Commercial Arbitration* 153.

⁷²⁷ Laudo parcial (*Italian company v U.S. company*), disponible en (1985) X *Yearbook of Commercial Arbitration* 973 y en (1985) 112 *Journal du Droit International* 973, con "Annotation" de Y. Derains

⁷²⁸ Laudo final, disponible en S. Jarvin y Y. Derains (eds.), *Collection of ICC Awards 1974-1985* (1990) 530 y en (1984) 111 *Journal de Droit International* 952. No obstante, vide las referencias a este Laudo en la Sección C infra con respecto a la territorialidad y el carácter no imperativo del Derecho concursal extranjero.

⁷²⁹ M. A. Gandía Sellens, *El arbitraje...*, cit., 110; R. Kovacs, "A Transnational Approach to the Arbitrability of Insolvency Proceedings in International Arbitration" (2012) *III Prize Gold Medal Winning Paper del International Insolvency Institute* 1, 92-94; S. Jagusch, "Issues of substantive international public policy" (2008) 2 *Stockholm International Arbitration Review* 115, 133; J. Lew, "Achieving the dream: Autonomous arbitration?" en J. Lew y L. Mistelis (eds.), *Arbitration insight. Twenty years of the Annual Lecture of the School of International Arbitration* (La Haya: Kluwer Law International, 2007) 455, 484; M. Lehmann, "A plea for a transnational approach to arbitrability in arbitral practice" (2004) 42 *Columbia Journal of Transnational Law* 753, 765; E. Gaillard y J. Savage, *Fouchard...*, cit., 329, pár. 559; A. Kirry, "Arbitrability: Current trends in Europe" (1996) 12(4) *Arbitration International* 373, 385.

encontrado reflejo en laudos como los dictados en los Asuntos CCI 15298 (2009)⁷³⁰ y 8594 (1996).⁷³¹ Por otra parte, una posición con incluso menor refrendo jurisprudencial defiende que la arbitrabilidad de la disputa ha de regirse por la ley que regula el convenio arbitral, en tanto que aquélla es un requisito para la validez de éste y, por extensión, para la competencia del tribunal.⁷³²

En definitiva, lo que estas líneas pretenden demostrar es que el tratamiento conflictual de la arbitrabilidad por tribunales arbitrales, al igual que ocurre con las autoridades estatales, no cuenta con una regla unívoca y uniforme, sino que también se caracteriza por la incertidumbre y la pluralidad de interpretaciones.⁷³³

232. A la luz de esta panorama, resulta complicado precisar cuál es el grado de aplicación que el régimen concursal tendrá en el contexto de arbitrajes comerciales internacionales. Es decir, incluso si fuera posible concertar que la situación concursal ha de caracterizarse como una cuestión de arbitrabilidad objetiva, la heterogeneidad que rodea a su régimen conflictual imposibilitará prever las normas que se acabarán aplicando tanto en la fase pre-arbitral como en el seno del arbitraje.

Además, si se opta por seguir con las interpretaciones que se ha presentado como mayoritarias, parece que ninguna de ellas permitirá justificar la aplicación de la *lex fori concursus*, ni siquiera a través del empleo de la ley personal de las partes (como era el caso de la capacidad). Dado que, para la esfera arbitral esas posiciones remiten principalmente a la *lex loci arbitri*, cualquier restricción que la *lex fori concursus* prevea con respecto al arbitraje quedará sometida, por mucho que se califique como una norma de arbitrabilidad, a que el procedimiento de insolvencia se localice en el mismo Estado que la sede arbitral. De lo contrario, la limitación concursal resultará inocua para el tribunal arbitral.

Cuando no se dé esa coincidencia geográfica, infrecuente por el mero hecho de que la sede de arbitraje suele situarse en un Estado ajeno al de las partes, la arbitrabilidad de la disputa se acabará determinando de acuerdo con un régimen ajeno al procedimiento de insolvencia y que, quizá, ni siquiera llegue a reconocerlo.⁷³⁴ Desde esta perspectiva, resulta interesante

⁷³⁰ Laudo parcial, pár. 67, inédito, citado en M. A. Gandía Sellens, *El arbitraje...*, cit., 111.

⁷³¹ Laudo parcial, inédito, citado en M. A. Gandía Sellens, *El arbitraje...*, cit., 87.

⁷³² J. F. Merino Merchán y J. M. Chillón Medina, *Tratado de Derecho Arbitral* (Cizur Menor: Aranzadi, 2006) 1247; M. Requejo Isidro, "Arbitrabilidad de la controversia y arbitraje comercial internacional" (1995) 11 *Revista de la Corte Española de Arbitraje* 43, 67; y B. Hanotiau, "What Law...", cit., 393.

⁷³³ No es el objetivo de este estudio resolver esta problemática, sino tomarla como punto de partida para el análisis del tratamiento de la circunstancia concursal desde la perspectiva arbitral.

⁷³⁴ Respecto a esta problemática vide el Capítulo IV.B.

apuntar que todos los laudos mencionados en este apartado que aplicaron una norma distinta a la *lex fori concursus* concluyeron que la disputa permanecía arbitrable y que el tribunal era competente para resolverla a pesar de la insolvencia de una de las partes.

233. Por último, se ha de reseñar que el resultado pro-arbitral que esta interpretación pueda acabar produciendo se acentúa incluso más en el caso español. En efecto, sin perjuicio de la incertidumbre conflictual que se ha expuesto con carácter general, la Ley de Arbitraje sí contiene una norma de conflicto específica para la arbitrabilidad. Además, no es una norma referida exclusivamente a la fase post-laudo, sino que se proclama sin ningún tipo de acotación temporal y sin limitaciones respecto a la esfera judicial o arbitral. En concreto, el art. 9.6 LA establece que:

“Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español.”

Como se deriva del tenor del precepto, esta norma equipara el tratamiento conflictual de la arbitrabilidad al de los convenios arbitrales. Para ambas cuestiones, el legislador español se ha apartado conscientemente del régimen propuesto por la Ley Modelo UNCITRAL y ha optado por proporcionar puntos de conexión alternativos inspirados en el principio *favor validitatis*.⁷³⁵ Es decir, se pretende ofrecer a jueces y árbitros un abanico de normas a las que pueden recurrir con el fin de concluir que la disputa sí es arbitrable. Aunque es posible encontrar una solución similar en el Derecho suizo, ésta solo se refiere a la validez del convenio arbitral y no a la arbitrabilidad,⁷³⁶ por lo que parece que el precepto español es un caso único en el panorama comparado.

El resultado de esta peculiaridad en situaciones concursales es claramente pro-arbitral. Tan pronto como una de las normas alternativas prevea la arbitrabilidad de la controversia, los jueces españoles y los tribunales con sede en España desoirán la restricción concursal y proclamarán la competencia arbitral.⁷³⁷

⁷³⁵ C. Esplugues Mota y R. Verdera Server, “Artículo 9. Forma y contenido del convenio arbitral” en S. Barona Vilar (coord.), *Comentarios...*, cit., 361, 501.

⁷³⁶ Vide art. 177(1) LSDIPr.

⁷³⁷ Esta afirmación, no obstante, se ha de poner en relación con las conclusiones que se alcanzaron en el Capítulo III.B.2.c.

A la luz de esta conclusión, procede ahora estudiar cuál es el contenido sustantivo que el Derecho español y otros regímenes de su entorno otorgan a noción de arbitrabilidad en materia concursal.

b. La arbitrabilidad como regla general en situaciones concursales

234. Como ya quedó dicho en el primer Capítulo, la arbitrabilidad ha vivido durante las últimas tres décadas un proceso de apertura a nivel internacional, hasta el punto de poder defender que la inarbitrabilidad una situación excepcional y que el punto de partida de todo análisis ha de ser la arbitrabilidad de la disputa.⁷³⁸ De hecho, se ha llegado a afirmar (no sin cierta exageración) que la doctrina de la inarbitrabilidad “ha empezado a morir”.⁷³⁹

Sobre esta base, la mayoría de los estudios de Derecho comparado concluyen que el análisis de la arbitrabilidad de la disputa requiere distinguir entre materias estrictamente concursales y materias que afectan directa o indirectamente al concurso pero cuya existencia no deriva necesariamente de él.⁷⁴⁰ Las primeras son tradicionalmente etiquetadas como “*pure or core insolvency issues*”, mientras que las segundas son conocidas como “*non-pure or non-core insolvency issues*”. A pesar de su frecuente uso en la disciplina arbitral, esta distinción encuentra su origen terminológico en la sección 157(b) del Bankruptcy Code estadounidense, que habla de “*jurisdiction on core bankruptcy matters*”.⁷⁴¹

235. Las materias puramente concursales son aquellas que surgen exclusivamente en el contexto de un procedimiento de insolvencia y que encuentran su base jurídica en la normativa concursal.⁷⁴² Constituye una cuestión pacífica que estas cuestiones no son susceptibles de sujeción a arbitraje y que han de someterse a la competencia de las autoridades del Estado.⁷⁴³

⁷³⁸ B. Hanotiau y O. Caprasse, “Public policy in international commercial arbitration” en E. Gaillard y D. Di Pietro (eds.), *Enforcement...*, cit., 787, 819 y C. Esplugues Mota, “Sobre algunos desarrollos recientes del arbitraje comercial internacional en Europa” en S. Barona Vilar (dir.), *Arbitraje y justicia en el siglo XXI* (Cizur Menor: Pamplona, 2007) 177, 192.

⁷³⁹ K. Youssef, “The death of inarbitrability” en L. Mistelis y S. Brekoulakis (eds.), *Arbitrability...*, cit., 47, 67.

⁷⁴⁰ A título de ejemplo, R. Kovacs, “A Transnational...”, cit., 58-92; J. Sutcliffe y J. Rogers, “Effect...”, cit., 281-285; C. Liebscher, “Insolvency and Arbitrability” en L. Mistelis y S. Brekoulakis (eds.), *Arbitrability...*, cit., 165; J. F. Poudret y S. Besson, *Comparative...*, cit., 309 et seq.; F. Perret, “Faillite et arbitrage international” (2006) 1 *ASA Bulletin* 36, 40 et seq.; y V. Lazic, *Insolvency...*, cit., Capítulo 4 íntegro.

⁷⁴¹ El *Bankruptcy Code* se encuentra actualmente codificado en el Título 11 del *United States Code* y fue introducido mediante la *Bankruptcy Reform Act* de 1978. Vide P. F. Kirgis, “Arbitration, Bankruptcy and public policy - a contractarian approach” (2009) 17 *American Bankruptcy Institute Law Review* 503, 514-516.

⁷⁴² Vide el siguiente apartado para una enumeración detalla de las mismas.

⁷⁴³ Por todos, incluso haciendo referencia a países con tradición marcadamente proarbitral como Suiza o Francia, vide G. Born, *International Commercial...*, cit., 994; J. Paulsson, *The Idea of Arbitration* (Oxford: Oxford University Press, 2013) 118; D. Jones, “Insolvency...”, cit., 127; C. Liebscher, “Insolvency...”, cit., 166; I. Heredia

De hecho, parece que la inarbitrabilidad del Derecho concursal puro está tan asumida en la práctica que ni si siquiera es posible encontrar casos en los que las partes hayan intentado tramitar un procedimiento arbitral al respecto.⁷⁴⁴ Por esa razón, las únicas resoluciones arbitrales que declaran la imposibilidad de tramitar un procedimiento arbitral sobre esas materias, lo hacen mediante pronunciamientos *obiter dicta*. Así lo demuestran los laudos dictados en los Asuntos CCI 16369 (2012),⁷⁴⁵ 11876 (2002)⁷⁴⁶ y 6697 (1990).⁷⁴⁷

236. Según la opinión de algunos autores, la inarbitrabilidad de estas cuestiones viene motivada por la inaptitud del arbitraje para gestionar conflictos que requieren necesariamente una tramitación colectiva, para los cuales el foro judicial ofrece herramientas procesales más apropiadas.⁷⁴⁸ Es decir, no es la naturaleza de los intereses en juego, sino la inaptitud procedimental del arbitraje para gestionarlos y tutelarlos, la que motiva la prohibición de su utilización en escenarios concursales.

En línea con esta idea, otros autores afirman que la única razón que justifica el régimen de inarbitrabilidad es la inverosimilitud de que, una vez surgida la insolvencia, se puedan alcanzar convenios arbitrales en los que el deudor y todas las partes afectadas acuerden someter todas las cuestiones derivadas de la misma a un procedimiento arbitral.⁷⁴⁹ De acuerdo con esta postura, la tutela colectiva es el objetivo principal del Derecho concursal, de modo que si ésta pudiera conseguirse a través de un convenio arbitral multi-parte y de ámbito objetivo amplio, el Estado no debería tener ninguna razón legítima para impedir el arbitraje.

237. Ésta es una postura que no concede a los intereses concursales *per se* peso específico para sustentar el régimen de inarbitrabilidad. Por esta razón, es una posición susceptible de crítica.

Cervantes, “Nota a la Sentencia de la AP Madrid (Sección 20ª), de 9 abril 2008” (2009) 6 *Revista del Club Español del Arbitraje* 198, 199; J J. F. Poudret y S. Besson, *Comparative...*, *cit.*, 306; F. Perret, “Faillite...”, *cit.*, 37; G. Kaufmann-Kohler y L. Lévy, “Insolvency...”, *cit.*, 260-262; A. Mourre, “Arbitraje y...”, *cit.*, 232; L. Lévy, “Insolvency...”, *cit.*, 28; B. Hanotiau, “L’arbitrabilité” (2002) 296 *Recueil des cours de l’Académie de droit international* 29, 181; V. Lazic, *Insolvency...*, *cit.*, 154-157; F. Mantilla Serrano, “International...”, *cit.*, 69; y R. von Mehren, “From Vynior case to Mitsubishi: The future of arbitration and public law” (1986) *Brooklyn Journal of International Law* 597, 606.

⁷⁴⁴ Así lo concluye también F. Mantilla Serrano, “International...”, *cit.*, 69.

⁷⁴⁵ Laudo final, disponible en (2014) XXXIX *Yearbook Commercial Arbitration* 169, 190. Afirma que la asunción de competencias en materia concursal “usurparía autoridad pública”.

⁷⁴⁶ Laudo final, disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 85.

⁷⁴⁷ Laudo parcial (*Casa v Cambior*), disponible en (1992) *Revue de l’Arbitrage* 135, 142.

⁷⁴⁸ S. Brekoulakis, “On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern” en L. Mistelis y S. Brekoulakis (eds.), *Arbitrability...*, *cit.*, 19, 21 y 44, y S. Kröll, “Arbitration and Insolvency Proceedings...”, *cit.*, 358.

⁷⁴⁹ J. Paulsson, *The Idea...*, *cit.*, 207; C. Liebscher, “Insolvency...”, *cit.*, 176; D. Vidal, “Arbitration and Insolvency...”, *cit.*, 52 (aunque este último autor defiende que el “imperium” ejercido por la autoridad judicial sobre la pluralidad de partes concurrentes en el concurso no se debe solo a razones de eficiencia sino también de moralidad económica); y A. Mourre, “Arbitraje y...”, *cit.*, 231.

Según la concepción del Derecho concursal que aquí se defiende, la puesta en marcha de la maquinaria estatal en casos de insolvencia no viene motivada solo por la necesidad de ofrecer un foro colectivo que permita gestionar la pluralidad de impagos presentes o futuros derivados de la insuficiencia financiera de una parte. También se debe a la voluntad del Estado de solventar una patología grave en el funcionamiento del mercado que puede desplegar efectos perjudiciales sobre cualquier parte que interactúe con la concursada. Es decir, el Derecho concursal puede concebirse como el resultado del interés estatal por crear y gestionar mecanismos de saneamiento dirigidos a eliminar disfunciones mercantiles surgidas dentro de su territorio. Por tanto, es el interés público el que motiva la limitación de las facultades del deudor y el que justifica la alteración o suspensión de sus obligaciones contractuales (y del *pacta sunt servanda*). Asimismo, es ese interés el que explica que el Estado desactive su política pro-arbitral y limite la libertad de las partes de acudir al arbitraje para resolver disputas de naturaleza patrimonial.

Esta postura también viene confirmada por el contenido propio del Derecho concursal. Así, una vez se dan los requisitos para abrir el procedimiento de insolvencia, existen ciertas reglas concursales que no pretenden tutelar a los acreedores, sino que van más allá de los intereses de las partes involucradas.⁷⁵⁰ Además de la restricción de la capacidad de obrar del deudor, el Derecho español ofrece ejemplos de estas medidas en el régimen punitivo que prevé el art. 172 LC para los administradores sociales. Éste incluye la inhabilitación por un periodo de dos a quince años (art. 172.2.2º LC) y la pérdida de cualesquiera derechos que tuvieran como acreedores concursales o de la masa (art. 172.2.3º LC). El objetivo de estas previsiones excede del carácter indemnizatorio que pueden tener otras reglas concursales y no persigue compensar a los acreedores por la contribución que los administradores hayan tenido a la generación o agravamiento de la insolvencia. Por el contrario, son medidas impuestas por el Estado con carácter estrictamente sancionador y en beneficio del mercado en general.⁷⁵¹

Por esta razón, no parece acertado defender que la inarbitrabilidad de núcleo duro concursal es una mera consecuencia de la improbabilidad de que se acuerde un convenio arbitral sobre

⁷⁵⁰ Antes las partes pueden acudir a mecanismos extrajudiciales para solventar problemas de solvencia y reestructurar la deuda en situaciones preconcursales. En España esta posibilidad ha sido desarrollada por la Ley 14/2013, de 27 septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (BOE núm. 233, de 28 de septiembre), que introduce un Título X a la Ley Concursal.

⁷⁵¹ Así lo manifiesta el Magistrado Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo en el voto particular de la Sentencia del TS (Sala Primera) de 21 mayo 2012, a pesar de defender el carácter indemnizatorio del régimen previsto en el art. 172 bis LC. Para un comentario al respecto vide M. I. Huerta Viesca y D. Rodríguez Ruiz de Villa, “La responsabilidad concursal de los administradores (a propósito del voto particular a la STS 21.5.2012)” (2013) 28 *Anuario de derecho concursal* 207.

ellas. Más bien, es el resultado de que existan, junto con los privados, intereses públicos que también merecen tutela en la tramitación concursal. Otra cosa es que, en casos excepcionales, el propio Estado prevea la posibilidad de recurrir al arbitraje para solventar algunas cuestiones que puedan estar relacionadas con la insolvencia.⁷⁵² Sin embargo, en esos supuestos el arbitraje no será exclusivamente la consecuencia de la voluntad de las partes, sino que formará parte de las herramientas proporcionadas específicamente por el régimen concursal de un ordenamiento.

238. Frente a estas materias, las cuestiones no propiamente concursales se refieren a todas aquellas controversias que puedan afectar al deudor durante la tramitación del procedimiento de insolvencia pero cuya existencia, aun pudiendo estar vinculada con sus dificultades económicas, no ha de darse necesariamente en el seno de un concurso de acreedores. Es decir, disputas en las que la situación concursal no constituye un elemento constitutivo o *sine qua non*, sino un elemento únicamente circunstancial (aunque innegablemente relevante).⁷⁵³ Este rasgo se manifiesta frecuentemente⁷⁵⁴ en el hecho de que la base jurídica de la acción no se localiza en la normativa concursal sino fuera de ella (típicamente otra legislación civil y mercantil).

Con carácter general, la doctrina se muestra de acuerdo en defender la arbitrabilidad de ese tipo de disputas.⁷⁵⁵ Las razones que justifican esta postura son principalmente tres. Primero, este tipo de disputas suelen derivar de las relaciones comerciales del deudor con anterioridad a la apertura del concurso y frecuentemente limitan su propósito a decidir acerca de la existencia y/o cuantía de un crédito a favor o en contra de la masa. Por tanto, podría defenderse que no forman parte de las funciones esenciales asignadas al procedimiento de insolvencia, pues versan sobre litigios individuales y no sobre la gestión colectiva de las pretensiones concurrentes sobre el patrimonio concursal.⁷⁵⁶

⁷⁵² Sobre esta posibilidad vide J. L. Westbrook *et al.*, “Position Paper Supporting Greater Use of Arbitration in Connection with Insolvency Matters” (21 abril 2014), disponible en www.iiiglobal.com; E. Sussman y J. L. Gorskie, “Capturing the benefits of arbitration for cross-border insolvency disputes” en A. W. Rovine (Ed) *Contemporary issues in international arbitration and mediation: The Fordham Papers 2012* (Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2013) 158; A. L. Gropper “The Arbitration of cross-border insolvencies” (2012) 86 *American Bankruptcy Law Journal* 201; T. S. Heather, “Arbitration as a Tool in Support of Insolvency Procedures” (2012) 6(1) *World Arbitration and Mediation Review* 161; H. Ezcurra Rivero, “Privaticemos la insolvencia” (2002) 24 *Ius Et Veritas. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú* 198, 206-207.

⁷⁵³ Vide el siguiente apartado para una enumeración detalla de las mismas.

⁷⁵⁴ Pero no siempre, como se expone *infra* en relación con algunas acciones como la pauliana concursal.

⁷⁵⁵ Vide las obras citadas en la nota 743.

⁷⁵⁶ M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *The European...*, *cit.*, 60 afirman que el propósito fundamental de los procedimientos de insolvencia no es la resolución de disputas individuales entre el deudor y sus acreedores, sino la gestión y satisfacción colectiva de los derechos de los mismos.

Ello no equivale a afirmar que la insolvencia es una situación irrelevante para el arbitraje. Sin lugar a dudas, el resultado del mismo tendrá un efecto directo sobre el interés del concurso y podrá exigir ciertas modificaciones procedimentales en la tramitación del arbitraje.⁷⁵⁷ Sin embargo, la presencia de ese interés no es lo suficientemente intensa como para desplazar el derecho a arbitrar de las partes y la política pro-arbitral del Estado. Con ello se corrobora la idea (ya pacífica) de que los tribunales arbitrales no han de restringir su competencia a controversias de carácter estrictamente privado y con intereses exclusivamente *inter partes*. Como ya quedó explicado en el Capítulo I, desde hace ya varias décadas el arbitraje es depositario de la confianza de los Estados para aplicar normas consideradas imperativas o de orden público y para resolver disputas que puedan tener implicaciones sobre intereses *praeter partes*.⁷⁵⁸

239. Segundo, no puede afirmarse que la participación del deudor o de la administración concursal en un procedimiento arbitral resulte *in abstracto* y *per se* contraria a los intereses del concurso.⁷⁵⁹ De hecho, la posibilidad de recurrir al arbitraje puede en ocasiones convertirse en una valiosa herramienta favorable para el concurso.

Por una parte, cuando es éste quien ocupa la parte actora, la obtención de un laudo favorable dota al concurso de un título que goza de elevada ejecutabilidad internacional gracias a la Convención de Nueva York. Este factor incrementa la liquidez potencial de la resolución y puede resultar relevante en situaciones concursales, dada la necesidad de aumentar la masa patrimonial.

Por la otra, cuando la demanda arbitral va dirigida en contra del concurso, la posible dificultad de que éste cuente con la capacidad financiera suficiente para hacer frente al (frecuentemente) elevado coste del arbitraje puede incrementar la voluntad de la contraparte de alcanzar un acuerdo transaccional con el deudor. Con ello, se incrementarán las posibilidades de evitar una condena de mayor cuantía.⁷⁶⁰

240. Por último, la limitación de la capacidad de obrar propia de las situaciones concursales no puede entenderse como una pérdida sobrevenida de arbitrabilidad. Dos razones alternativas permiten defender esta postura, una relativa a la disponibilidad de las materias sometidas a

⁷⁵⁷ Sobre esta cuestión, vide el Capítulo III.B.5 (en relación con el Derecho concursal español) y el apartado D.3 de este Capítulo (en relación con el Derecho arbitral en general).

⁷⁵⁸ Vide el Capítulo I.1.

⁷⁵⁹ Así lo afirma también J. Paulsson, *The Idea...*, cit., 118.

⁷⁶⁰ No se ignora, sin embargo, que varios Reglamentos arbitrales permiten que la parte actora anticipe el pago inicial requerido por la institución para el comienzo de la tramitación del arbitraje. Ej., art. 36.5 Reglamento CCI.

resolución y otra referente al abandono del criterio de la disponibilidad como regla para definir la noción de arbitrabilidad.

Con respecto a la primera, el hecho de que la capacidad de disponer del deudor quede afectada por la apertura de un procedimiento de insolvencia no implica que la materia devenga indisponible *per se*. En efecto, la capacidad de disposición no se extingue tras la declaración concursal sino que se traslada total o parcialmente a la administración concursal o se somete a la autorización judicial. Es decir, mientras las cuestiones propiamente concursales son en todo momento indisponibles para el deudor, sin perjuicio de la plenitud de su capacidad de obrar, las cuestiones no concursales permanecen disponibles. Únicamente varía la persona capacitada para ello.⁷⁶¹

241. En cuanto a la segunda, el desarrollo del Derecho arbitral en las últimas décadas ha producido que el concepto de arbitrabilidad ya no venga marcado por el concepto de disponibilidad de los derechos y pretensiones de las partes, sino que este criterio ha sido sustituido por el más amplio de patrimonialidad.⁷⁶² La relevancia de esta distinción es fundamental en el contexto de la problemática generada por el arbitraje y el concurso. Como ya ha quedado dicho, la apertura de un procedimiento de insolvencia viene acompañada en la mayoría de las ocasiones por la limitación de la capacidad de obrar de la concursada. Deriva de ello que si el criterio para determinar la arbitrabilidad consistiera en la posibilidad del titular de disponer de sus derechos y pretensiones, podría defenderse (aun con error, como se defiende en el párrafo anterior) que la declaración concursal debería acarrear la pérdida de la arbitrabilidad de la disputa.⁷⁶³

Ello se debe, además, a que la arbitrabilidad objetiva, al igual que la subjetiva, es un requisito “continuado”. Es decir, que no solo ha de cumplirse en el momento de la conclusión del convenio arbitral o al comienzo del arbitraje, sino que ha de satisfacerse durante todo el procedimiento.⁷⁶⁴ Por tanto, el empleo del criterio de la disponibilidad material implicaría entender que su pérdida como consecuencia de un evento sobrevenido también desataría

⁷⁶¹ En el mismo sentido, J. Chuah, “Resolving...”, *cit.*, 441.

⁷⁶² Como afirman J. A. Montero Aroca y C. Esplugues Mota, “Artículo 2. Materias objeto de arbitraje” en S. Barona Vilar (coord.), *Comentarios...*, *cit.*, 123, 140, y S. Brekoulakis, “On Arbitrability...”, *cit.*, 39, no es la materia en sí misma sino la pretensión en concreto la que ha de someterse al juicio de arbitrabilidad. Igual doctrina matuvo la Cour d’Appel de Rennes, en su Sentencia de 26 septiembre 1984 (*Auvinet S.A. v S.A. Sacomi et Poirier*), disponible en (1986) *Revue de l’Arbitrage* 442, con “Annotation” de P. Ancel.

⁷⁶³ Esta idea subyace a la afirmación de J. Paulsson, *The Idea...*, *cit.*, 117 en la que defiende que “*the core rationale for limits on arbitrability, namely that arbitration is permissible with respect to the patrimonial interests over which the arbitrating parties have full powers of disposition*”.

⁷⁶⁴ Vide el Capítulo IV.A.1.c.

forzosamente la alteración de la arbitrabilidad original de la disputa y la pérdida de la competencia arbitral.

242. Frente a este criterio, la transición a un concepto de arbitrabilidad basado en la patrimonialidad permite evitar la problemática descrita.⁷⁶⁵ Este proceso se ha producido de forma indubitada en Estados como Suiza y, como seguidamente se verá, también puede encontrarse en el Derecho español, aun con menor grado de claridad.

En Suiza, su Tribunal Federal ha confirmado que la noción de arbitrabilidad aplicable a arbitrajes internacionales (pero no a domésticos)⁷⁶⁶ incluye todas las pretensiones que tienen algún valor económico para las partes. Es decir, la regla general es que puede someterse a arbitraje cualquier disputa relativa a bienes, derechos y responsabilidades susceptibles de valoración según criterios pecuniarios.⁷⁶⁷ Como demuestra la rama suiza de *Elektrim*, este criterio tiene importantes repercusiones. Así, si en ese caso el tribunal arbitral CCI hubiera optado por calificar la situación concursal como un problema de arbitrabilidad, la norma de conflicto propia de esa categoría habría excluido la aplicación del Derecho polaco (art. 142 LPIR) y habría supuesto el recurso al Derecho suizo. Como resultado, el tribunal sí habría conservado su competencia.⁷⁶⁸

243. El régimen arbitral español parece apuntar a la misma solución, aunque la normativa y jurisprudencia carezcan de la univocidad deseable. Así, es cierto que el art. 2.1 de la actual Ley de 2003 todavía dispone que “son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho”⁷⁶⁹ y que con similar tenor se pronuncia una consolidada línea jurisprudencial:

“el arbitraje sólo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor. Por ello, quedan extramuros de su ámbito aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición”.⁷⁷⁰

⁷⁶⁵ En el mismo sentido se pronuncia D. Baizeau, “Arbitration and Insolvency...”, *cit.*, 102.

⁷⁶⁶ Donde el art. 5 del Concordato Intercantonal de Arbitraje de 26 marzo 1969 aún delimita la arbitrabilidad a “*tout droit qui relève de la libre disposition des parties*”.

⁷⁶⁷ Sentencia del Tribunal Federal de 23 junio 1992 en *Fincantieri-Cantieri Navali Italiani SpA et Oto Melara S.p.A. v M*, ATF 118 II 353. Vide G. Kaufmann-Kohler y L. Lévy, “Insolvency...”, *cit.*, 260 para una aplicación de esta jurisprudencia al debate concursal.

⁷⁶⁸ Así lo defiende P. Landolt, “Swiss Supreme...”, *cit.*, 2, que se refiere a la norma suiza como “*a most admirable pro-arbitration substantive rule*”, aunque el propio autor acaba decantándose por calificar la problemática como una cuestión relativa a la validez y eficacia del convenio arbitral que, como se verá en el epígrafe produce el mismo resultado pro-arbitral.

⁷⁶⁹ Así lo disponía también la Ley de Arbitraje de 1988.

⁷⁷⁰ Auto del TC núm. 259/1993, de 20 de julio de 1993, con la que concurren las Sentencias de la AP Barcelona (Sección 15ª), de 9 febrero 2010, y de la AP Guipúzcoa, de 27 enero 2000, así como el Auto del TS (Sala 1ª) de 25 julio 1989.

Sin embargo, esta aparente restricción a la noción de disponibilidad queda *de facto* superada mediante una definición muy amplia de la misma. En efecto, de acuerdo con abundante jurisprudencia, las “materias de libre disposición” han de delimitarse a la luz de dos preceptos: el art. 1814 CC, que únicamente excluye la transaccionalidad de materias relativas al estado civil de las personas, cuestiones matrimoniales y alimentos futuros; y el art. 6.2 CC, en virtud del cual la renuncia a los derechos reconocidos en la ley será válida siempre que no contraríe el interés o el orden público ni perjudique a terceros.⁷⁷¹

Según esa jurisprudencia, estas restricciones “permiten situar el límite de lo que puede ser objeto de arbitraje en el orden público”.⁷⁷² Ello implica que la presencia de normas imperativas en juego o la posibilidad de que la disputa repercuta indirectamente sobre intereses más allá de las partes no han de traducirse en la imposibilidad de tramitar el arbitraje. Solo requerirá que el tribunal arbitral resuelva la controversia de acuerdo con esas normas y tomando en consideración esos intereses.⁷⁷³ Y así, continúa esta jurisprudencia, “mientras quepa el desistimiento, la renuncia o la transacción dentro del proceso [...], cabe imaginar una disposición anticipada para que esa controversia se dirima por medio de arbitraje”.⁷⁷⁴

244. Las implicaciones de esta interpretación sobre la problemática del arbitraje y el concurso no resultan del todo claras. Por una parte podría entenderse que el mero hecho de optar por el arbitraje ya constituye un acto de disposición pues, tal y como indica alguna sentencia, supone “la renuncia a un derecho fundamental, cual es el de obtener con plenitud la tutela efectiva de los jueces o tribunales –art. 24 CE-”.⁷⁷⁵ Desde este punto de vista, la decisión de arbitrar, en sí misma considerada, quedaría limitada por los criterios del mencionado art. 6.2 CC. Por tanto, tan pronto como se pudiera probar que el recurso al arbitraje y la renuncia a la jurisdicción estatal constituye una decisión perjudicial para los intereses del conjunto de acreedores (terceros), la disputa podría considerarse inarbitrable y la competencia arbitral no podría existir. Sin lugar a dudas, este resultado sería contrario a la concepción amplia de la arbitrabilidad descrita en los anteriores párrafos.

⁷⁷¹ Autos de la AP Madrid (Sección 14ª), de 22 junio 2011, y de la AP Madrid (Sección 25ª), de 3 enero 2011, y Sentencias de la AP Madrid (Sección 14ª), de 15 junio 2011, y de la AP Barcelona (Sección 15ª), de 9 febrero 2010, de 30 junio 2008 y 16 marzo 2005.

⁷⁷² *Id.*

⁷⁷³ Sentencia de la AP Almería (Sección 3ª) de 25 abril 2008, cuyo texto reproducen con aprobación el Auto de la AP Madrid (Sección 14ª) de 30 julio 2011 y la Sentencia de la AP Barcelona (Sección 15ª) de 9 febrero 2010.

⁷⁷⁴ *Id.*

⁷⁷⁵ Sentencia de la AP Madrid (Sección 20ª), de 7 junio 2011. En el mismo sentido se pronuncia el Laudo parcial en el Asunto CCI 6097 (1989), disponible en (1993) 4(2) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 79.

Frente a esta opción, parece más acertado defender que tal perjuicio no existe (o, mejor dicho, no es de suficiente gravedad) en aquellos casos en los que el recurso al arbitraje vaya destinado a resolver exclusivamente cuestiones civiles y mercantiles. Sin lugar a dudas, ésta es la posición por la que actualmente ha optado el legislador español. Así, más allá del tenor pro-arbitral que impregna la redacción vigente del art. 52 LC, la Exposición de Motivos de la Ley que introdujo la reforma de ese precepto en 2011 declaró expresamente la arbitrabilidad de las “meras acciones civiles”.⁷⁷⁶ Esto es, aquellas que, “pese a que pudieran llegar a tener trascendencia patrimonial sobre el deudor concursal, podrían haberse planteado con independencia de la declaración del concurso”.⁷⁷⁷

De hecho, ésta es una interpretación que ya había asumido alguna jurisprudencia española antes de la modificación del art. 52 LC. Según esta postura, el hecho de que ese precepto privara a los convenios arbitrales de eficacia tras la declaración concursal no equivalía a asumir la inarbitrabilidad de las cuestiones en ellas contenidas. Así se manifestó con especial claridad el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 29 de abril de 2009, en el caso *Pirelli*:

“Por lo que respecta a este último aspecto [arbitrabilidad], [...] se trata de una controversia de carácter patrimonial que no supera la dimensión jurídico-privada, sin afectar a materias que escapan a la libre disposición de las partes pues, atendido el objeto del litigio y considerando incluso la invocación de la Ley de Competencia Desleal, las partes pueden renunciar, desistir, allanarse y transigir sin impedimento proveniente del orden público jurídico-económico y constitucional, aún cuando la actora esté declarada en concurso. No por existir tal declaración judicial constitutiva los litigios que se inicien o desarrollen contra el concursado o los que el mismo pueda instar o continuar, referidos a materias patrimoniales de libre disposición, como es este caso, quedan revestidos con el carácter de orden público o afectados por un orden público concursal que impida la libre disposición, como implícitamente se deriva, entre otros, de los arts. 51 y 54 LC. Lo que la LC establece como efecto de la declaración de concurso (entre otros efectos) son restricciones a las facultades patrimoniales del deudor (art. 40 LC) y ello incide en la libre disposición del objeto de un proceso que afecta a su patrimonio, pero no dota a la materia de ese proceso jurisdiccional, o en su caso procedimiento arbitral, del carácter de orden público de tal modo que quede impedida la libre disposición.”⁷⁷⁸

⁷⁷⁶ Apartado IV de la Exposición de Motivos.

⁷⁷⁷ *Id.*

⁷⁷⁸ Auto de la AP Barcelona (Sección 15ª) de 29 abril 2009. En el mismo sentido, aun de forma implícita, se pronuncia la Sentencia del TSJ Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), de 9 julio 2013 con respecto al Laudo CCI 16217 de 22 junio 2012 y a otro posterior no identificado.

245. En definitiva, España se posiciona en línea con la doctrina imperante en el Derecho comparado, según la cual el régimen de arbitrabilidad se asienta sobre la escisión entre acciones concursales y acciones no puramente concursales. Mientras que las primeras se entienden fuera del ámbito de operación del arbitraje, las segundas sí que son susceptibles del mismo a pesar de la situación concursal de una de las partes. Procede ahora delimitar *in concreto* qué cuestiones quedan cubiertas por cada categoría.

c. La definición de la arbitrabilidad in concreto y el Reglamento de Insolvencia

246. A pesar de la utilidad y de la aceptación que la escisión entre materias puramente concursales y materias meramente civiles o mercantiles goza en la jurisprudencia y en la doctrina, no es posible encontrar en la literatura ningún criterio interpretativo que permita trazar la línea divisoria entre esas dos categorías.⁷⁷⁹ Hasta la fecha, este silencio ha obligado a que sean los Derechos arbitral y concursal de cada Estado los que den contenido específico a esa clasificación.

Sin embargo, no puede ignorarse que una categorización muy similar a la aquí analizada se ha venido empleando durante las últimas décadas como criterio para definir los ámbitos de aplicación del Reglamento de Insolvencia y del régimen Bruselas I.⁷⁸⁰ Como ya quedó explicado con detalle en el Capítulo II, la escisión entre materias propiamente concursales y acciones meramente civiles o mercantiles constituye un criterio fundamental para decidir qué cuestiones caen dentro de la competencia exclusiva del juez del concurso y cuáles permanecen sometidas a las normas ordinarias de competencia judicial internacional. Es decir, es una división que da contenido específico al principio de *vis attractiva concursus* en el territorio de la Unión Europea y que define los límites del juego de la autonomía de las partes para acordar cláusulas de jurisdicción.

Es, además, un criterio que han adoptado varios Estados de la Unión para su Derecho concursal internacional de origen doméstico. Éste es el caso del art. 11 LC, relativo al régimen de competencia judicial internacional aplicable a acciones no cubiertas por los instrumentos europeos.⁷⁸¹ También puede encontrarse en la doctrina *common law* de insolvencias

⁷⁷⁹ En el mismo sentido se manifiestan C. Liebscher, “Insolvency...”, *cit.*, 166, y V. Lazic, *Insolvency...*, *cit.*, 156 *et seq.*

⁷⁸⁰ Este régimen incluye el actual Reglamento Bruselas I bis, el Reglamento Bruselas I, el Convenio de Bruselas y el Convenio de Lugano.

⁷⁸¹ Vide el Capítulo III.B.1.a.

transfronterizas, como demuestra la sentencia dictada por la Supreme Court inglesa en *Rubin v Eurofinance SA*,⁷⁸² donde Lord Collins distinguió entre “*claims which derive directly from the bankruptcy or winding up, and which are closely connected with them, on the one hand, and those which do not, on the other hand*”.

Sobre esta base, resulta apropiado plantearse la aplicabilidad que esta división puede tener para coadyuvar en la definición *in concreto* del régimen de arbitrabilidad concursal, favoreciendo así la armonización de soluciones en todo el territorio de la Unión.

247. Como punto de partida se ha de reconocer que la definición de la arbitrabilidad a la luz de un criterio que también sirve para delimitar la competencia de exclusiva de los jueces concursales puede despertar ciertas dudas. En efecto, el recurso a las normas de competencia exclusiva para este tipo de ejercicios es una cuestión harto controvertida en la doctrina arbitral. La pluralidad de opiniones al respecto es buena prueba de ello. Una parte importante de ellas defiende que el interés general que frecuentemente motiva las normas de competencia exclusiva coincide con las consideraciones de orden público que generalmente se invocan para limitar la arbitrabilidad de una disputa.⁷⁸³ De acuerdo con esta postura, la indisponibilidad en la esfera jurisdiccional también implicaría imposibilidad de sumisión arbitral.

Es incluso posible encontrar autores que defienden esta interpretación en relación con la problemática concreta del arbitraje y el concurso, aun sin mencionar expresamente el Reglamento de Insolvencia.⁷⁸⁴ Es decir, aquellas materias que caigan dentro de la competencia exclusiva del juez del concurso no podrán ser objeto de un convenio arbitral.

248. Frente a esta opinión, otra parte igualmente relevante de la literatura entiende que la naturaleza de las reglas de atribución de competencia exclusiva impide equiparar sus mandatos a normas de inarbitrabilidad. Primero, porque las políticas que motivan la imposición de un foro exclusivo, aun siendo generalmente de interés general o de orden público, no son aplicables a los tribunales arbitrales, pues éstos hace ya décadas que cuentan con autoridad para tomar en consideración normas imperativas y resolver disputas que porten elementos de interés general.⁷⁸⁵ Segundo, porque el objetivo general de las normas de competencia exclusiva es

⁷⁸² [2012] UKSC 46, pág. 100.

⁷⁸³ G. Born, *International Commercial...*, cit., 991 (hacienda referencia a las norma de competencia exclusiva del Reglamento Bruselas I); J. C. Fernández Rozas, “Ámbito de aplicación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de arbitraje” (2006) 102 *Estudios de derecho judicial* 65, 77; H. Arfazadeh, “Arbitrability under the New York Convention: the *lex fori revisited*” (2001) 17(4) *Arbitration International* 73, 77. Idéntica postura adopta el tribunal arbitral en el laudo final dictado en el Asunto CCI 12193 (2004), sección III.C, inédito, citado en M. A. Gandía Sellens, *El arbitraje...*, cit., 86.

⁷⁸⁴ S. Nadeau-Séguin, “When Bankruptcy...”, cit., 92 y C. Carrara, “How does...”, cit.

⁷⁸⁵ Vide el anterior apartado y el Capítulo I.1 para esta idea.

distribuir las funciones entre los distintos órganos judiciales en el plano internacional o doméstico, pero no delimitar cuál es el rol que se le ha de reconocer el arbitraje. Así lo manifiesta el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14^a), de 15 de junio de 2011:

“la norma procesal de competencia puede ser imperativa y de orden público dentro del proceso, pero no serlo en instituciones ajenas a él. A fin de cuentas la indisponibilidad que impide el arbitraje es la referente a la materia; al Derecho material discutido que constituye el objeto, pero no a los derechos procesales puros, excluidos del arbitraje por definición”.⁷⁸⁶

El recurso a esta postura es particularmente frecuente en el debate referido a la relación entre el Reglamento Bruselas I y el arbitraje, en el que muchos autores defienden que las normas de competencia exclusiva de ese instrumento no pueden operar como normas de arbitrabilidad.⁷⁸⁷ No obstante, la misma postura se ha mantenido también en relación con reglas de competencia de origen interno⁷⁸⁸ e, incluso, en el contexto de la propia problemática concursal.⁷⁸⁹ Según esta posición, la arbitrabilidad ha de venir definida únicamente por las consideraciones de orden público que se opongan específicamente a la existencia del arbitraje y por las normas propias del Derecho arbitral que expresamente lo prohíban.

249. Esta segunda posición parece más apropiada para juzgar el papel que deben desempeñar las normas de competencia del Reglamento de Insolvencia en la definición del concepto de arbitrabilidad. En efecto, en vez de operar como un parámetro vinculante, su contribución se ha de limitar a actuar como un criterio orientativo. Un primera razón para justificar esta posición se encuentra en el hecho de que, tal y como se expuso en el Capítulo II, el régimen de *vis attractiva concursal* que diseña el Reglamento no viene siempre motivado por la necesidad de proteger de intereses calificables como de orden público, sino que también

⁷⁸⁶ Auto de la AP Madrid (Sección 14^a), de 15 junio 2011.

⁷⁸⁷ M. A. Gandía Sellens, *El arbitraje...*, cit., 62-65 y J. F. Poudret y S. Besson, *Comparative...*, cit., 294-295.

⁷⁸⁸ S. Barona Vilar, “Artículo 22. Potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia” y “Artículo 29. Demanda y contestación”, en S. Barona Vilar (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2011) 409 y 515 (respectivamente); *id.*, *Medidas cautelares en el arbitraje* (Cizur Menor: Aranzadi, 2006) 144; N. Bouza Vidal, “La arbitrabilidad...”, cit., 376. Además también existe jurisprudencia al respecto. Vide el Laudo parcial dictado en el Asunto CCI 15013 (2009), inédito, pág. 7, citado en M. A. Gandía Sellens, *El arbitraje...*, cit., 64; Laudo parcial dictado en el Asunto CCI 6709 (1992), disponible en J. J. Arnaldez, Y. Derains y D. Hascher (eds.), *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995* (1997) 435, 437; el Laudo final dictado en el Asunto CCI 4491 (1983), disponible en (1985) 112 *Journal de Droit International* 966; y el Laudo final dictado en el Asunto CCI 2048 (1971), citado en Y. Derains, “L’expérience de la Cour d’arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale en matière de propriété industrielle” (1977) *Revue de l’Arbitrage* 40, 45.

⁷⁸⁹ C. Liebscher, “Insolvency...”, cit., 169, 172 y 174 (con respecto a Austria, Francia y Alemania respectivamente); F. Perret, “Faillite...”, cit., 38; V. Lazic, *Insolvency...*, cit., 61; y P. Ancel, “Arbitrage et procédures collectives” (1983) 3 *Revue de l’Arbitrage* 255, 256.

responde a razones de economía procesal.⁷⁹⁰ Es decir, a motivos de conveniencia. Por tanto, emplear esas reglas como criterio imperativo para definir el ámbito de la inarbitrabilidad acabaría desembocando en una noción más amplia de la que fue expuesta en el apartado anterior.

Asimismo, tampoco puede olvidarse que las normas de competencia exclusiva previstas en el Reglamento no solo cubren acciones estrictamente concursales, sino también “acciones conexas”. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, esas acciones son aquellas “que se deriven directamente del procedimiento de insolvencia y guarden una relación estrecha con él”.⁷⁹¹ Un ejemplo tradicional es el de la acción pauliana o revocatoria concursal. En esos casos, la atribución de competencia por el Reglamento no concreta un tribunal específico, como el foro concursal. Por el contrario, tal y como deriva del art. 25.1.II RI y como confirmó el Asunto *Seagon*, el Reglamento se limita a establecer que la resolución de esas acciones deberá llevarse a cabo por los tribunales del Estado de apertura. Es decir, no existe impedimento alguno a que los legisladores nacionales atribuyan la resolución de esas disputas a órganos judiciales distintos al juez del concurso y ni siquiera parece que existan obstáculos legales para que los Estados puedan permitir acuerdos de elección de foro para estas materias.⁷⁹² Incluso más, el art. 6 introducido en la nueva versión del Reglamento perpetúa este régimen y dispone que cuando dichas acciones se ejerzan en conjunción con una acción meramente civil y mercantil, la administración podrá también optar por acudir a los tribunales del domicilio del demandado aunque estén situados en otro Estado Miembro.

La flexibilidad sobre la que reposa el régimen de competencia para estas acciones “directamente” relacionadas con el procedimiento de insolvencia impide que sus reglas puedan ser empleadas como normas de inarbitrabilidad. Como mucho, su efecto podría ser el de restringir la posibilidad de recurrir a un procedimiento arbitral que tenga su sede en el territorio designado por el Reglamento.⁷⁹³ Sin embargo, parece que la mejor opción consiste en continuar permitiendo que corresponda a cada Estado decidir sobre la arbitrabilidad de este

⁷⁹⁰ Vide Capítulo II.B.2.

⁷⁹¹ *Id.*

⁷⁹² Obviamente, restringidos al territorio del Estado de apertura.

⁷⁹³ Esta sugerencia la han realizado M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal...*, cit., 323, en relación con el debate general del arbitraje y las competencias exclusivas, pero sin mención a la problemática concursal.

tipo de acciones,⁷⁹⁴ más allá de que los argumentos empleados en los anteriores párrafos parezcan apuntar a favor de la misma.⁷⁹⁵

250. Es por todo ello que la función (solo) orientativa que aquí se defiende de las normas de competencia exclusiva debería limitarse a un criterio *de minimis*. Es decir, podrá asumirse que las acciones no cubiertas por dichas normas serán *a priori* susceptibles de sujeción a arbitraje. Por su parte, las que sí caigan dentro de su ámbito de aplicación tendrán que ser analizadas a la luz del régimen arbitral de cada Estado y tomando en consideración el verdadero propósito que justifica la atribución competencial exclusiva.⁷⁹⁶

Sobre esta base, se puede proponer que el cerco de la inarbitrabilidad debería quedar restringido a las siguientes acciones de naturaleza puramente concursal:

- La declaración de insolvencia y la apertura del procedimiento concursal.
- La designación y nombramiento de la administración concursal.
- La concreción de los efectos que la apertura del concurso produce sobre la capacidad de obrar y las facultades del deudor.
- La determinación de los efectos que la apertura del concurso tiene sobre los contratos de los que es parte.⁷⁹⁷
- La determinación de las masas activa y pasiva del concurso.
- La elaboración de la lista de acreedores, la calificación de los créditos y el establecimiento de la prelación entre ellos.
- La aprobación o convalidación de un convenio de acreedores.
- La orden de pago a los acreedores y la distribución efectiva del patrimonio.
- La decisión acerca de la necesidad de liquidar y disolver la sociedad concursada, pero no la liquidación en sí de la sociedad, que sí podría someterse a arbitraje.⁷⁹⁸

⁷⁹⁴ Una cuestión que ha sido tradicionalmente controvertida. A favor, C. Liebscher, “Insolvency...”, *cit.*, 169; G. Kaufmann-Kohler y L. Lévy, “Insolvency...”, *cit.*, 263-265; L. Lévy, “Insolvency...”, *cit.*, 29; y D. Brown-Berset y L. Lévy, “Faillite...”, *cit.*, 672-673. En contra, V. Lazic, *Insolvency...*, *cit.*, 199-200 y P. Fouchard “Arbitrage et faillite” (1998) 3 *Revue de l’Arbitrage* 471, 478.

⁷⁹⁵ Por el contrario, I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso...*, *cit.*, 41-43 defiende la inarbitrabilidad de estas cuestiones conexas tomando las normas de competencia como base de su análisis.

⁷⁹⁶ Respecto a este enfoque, en general, vide J. F. Poudret y S. Besson, *Comparative...*, *cit.*, 309.

⁷⁹⁷ Pero han de tenerse en cuenta las importantes matizaciones expuestas en el Capítulo III.B.2.b.

⁷⁹⁸ En Francia, Sentencia de la Cour d’Appel (*Morin v Morin*) de 21 septiembre 1993, disponible en (1994) *Revue de l’Arbitrage* 348 con “Annotation” de D. Cohen.

- La calificación del concurso y la determinación de la responsabilidad civil y/o criminal de los administradores sociales.
 - La finalización y cierre del procedimiento concursal.
251. Por el contrario, la esfera de la arbitrabilidad debería comprender, al menos, cuestiones como:
- La determinación de la existencia, validez, cuantía y exigibilidad de un crédito a favor o en contra de la masa, sin perjuicio de que su inclusión efectiva en la masa corresponda a la autoridad concursal.⁷⁹⁹ Además, la arbitrabilidad no deberá verse alterada por el hecho de que la disputa venga motivada *ab initio* por la disconformidad de un acreedor con la decisión de la administración concursal de rechazar su crédito debidamente comunicado. Aunque es común que las normas concursales prevean la competencia del juez concursal para resolver estas cuestiones, las razones de eficacia en la administración de justicia que las justifican no alcanzan el nivel de orden público que se requiere para excluir la posibilidad de arbitraje.⁸⁰⁰
 - Las acciones de reserva de dominio, incluso si se ejercitan después de la apertura del procedimiento concursal.⁸⁰¹
 - La cesión de los derechos de participación en una *joint venture* desde el deudor concursal a otra sociedad.⁸⁰²
 - La cesión de determinados contratos entre miembros del mismo grupo como consecuencia de la declaración concursal de uno de ellos.⁸⁰³

⁷⁹⁹ Laudo final dictado en el Asunto CCI 13845 (2006), disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 108 (sede París y Derecho concursal francés); Laudo final en el Asunto CCI 10900 (2001), disponible en E. Jolivet, “Quesques exemples de traitement du droit des procédures collectives dans l’arbitrage” (2008) IV *Les Cahiers de l’Arbitrage* 351, 369; Laudo final en el Asunto CCI 6549 (1993), disponible en E. Jolivet, “Quesques...”, *cit.*, 353 (sede en París y Derecho concursal francés); y, en España, Auto de la AP Barcelona (Sección 15^a), de 29 abril 2009, FJ 7^o.

⁸⁰⁰ C. Liebscher, “Insolvency...”, *cit.*, 175; G. Kaufmann-Kohler y L. Lévy, “Insolvency...”, *cit.*, 262. Sin embargo, esta arbitrabilidad no se reconoce ni en Italia [J. F. Poudret y S. Besson, *Comparative...*, *cit.*, 308] ni en Suiza [F. Perret, “Faillite...”, *cit.*, 40]. Tampoco en Francia cuando la sede y el concurso coincidan en territorio francés, como establecen la Sentencia de la Cour de Cassation, de 22 enero 2008, disponible en (2009) *Revue de l’Arbitrage* 145 con “Annotation” por P. Ancel y el Laudo final dictado en el Asunto CCI 13845 (2006), disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 108. Ambas decisiones citadas con aprobación por D. Vidal, “Arbitration and Insolvency...”, *cit.*, 63.

⁸⁰¹ Laudo final en el Asunto CCI 11876 (2002), disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 85 (sede Francia y Derecho concursal francés).

⁸⁰² Laudo parcial en el Asunto CCI 13764 (2006), disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 108 (sede Nueva York y Derecho concursal estadounidense).

⁸⁰³ Laudo final en el Asunto CCI 11519 (2003), disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 83 (sede Nueva York y Derecho concursal estadounidense). El objetivo de la decisión era únicamente delimitar la competencia del tribunal y determinar la legitimación pasiva de una de las codemandadas.

- Los efectos de un convenio de acreedores sobre las deudas post-convenio derivadas de un contrato pre-concursal con el deudor.⁸⁰⁴
- La transmisibilidad de las acciones de la sociedad concursada propiedad directa o indirecta de los miembros de la administración social tras la apertura del procedimiento de insolvencia.⁸⁰⁵
- Las acciones reivindicatorias relativas a bienes de un tercero en posesión del deudor concursal.⁸⁰⁶
- Las acciones para reclamar el cobro de una deuda a favor de la masa insolvente.⁸⁰⁷
- Las disputas surgidas a partir de un plan de restructuración de la deuda alcanzado con los acreedores antes de la declaración de concurso.⁸⁰⁸
- Las acciones paulianas o revocatorias y las acciones reivindicatorias, tanto ordinarias como concursales.⁸⁰⁹

252. Como es posible apreciar, la inclusión de algunas de las acciones en esta lista se funda exclusivamente en la existencia de resoluciones arbitrales al respecto. Por esta razón, su validez ha de ser solo tentativa. Es decir, más allá del carácter persuasivo que estos pronunciamientos puedan tener, su aplicación a cada caso concreto seguirá estando sujeta al criterio del tribunal y a la ley que se entienda aplicable a la arbitrabilidad de la disputa. En todo caso, parece que la arbitrabilidad de pretensiones civiles y mercantiles en escenarios concursales no debería constituir una amenaza para la competencia del tribunal. Corresponde ahora analizar si la fuente de esa competencia, el convenio arbitral, puede verse afectado por la insolvencia de una de sus partes.

⁸⁰⁴ Laudo final en el Asunto CCI 12441 (2005), disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 90 (sede en Amsterdam y Derechos concursales holandés y estadounidense, aunque el tribunal aplicó a la cuestión controvertida el Derecho inglés, por ser el elegido por las partes para gobernar el contrato). De los dos concursos paralelos, solo el holandés reconoció el contrato como válido y ejecutable, lo que es otra muestra más de la falta de cooperación real entre procedimientos concursales concurrentes.

⁸⁰⁵ E. Gaillard y J. Savage, *Fouchard...*, cit., 343, pág. 577, con cita a numerosa jurisprudencia francesa.

⁸⁰⁶ Así lo reconoce el apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley 11/2011 que modifica el art. 52 LC.

⁸⁰⁷ *Id.*

⁸⁰⁸ *Id.*

⁸⁰⁹ Vide el apartado anterior.

3. Validez, eficacia y ámbito del convenio arbitral en situaciones concursales

253. El convenio arbitral cumple varias funciones. Constituye el sustrato contractual que dota a los árbitros de su competencia para decidir la disputa, impide la intervención judicial en cuanto al fondo del asunto y refleja el compromiso de las partes de cumplir con el contenido sustantivo del laudo resultante del arbitraje. Desde esta perspectiva, los preceptos concursales que excluyen o condicionan la existencia de procedimientos arbitrales pueden ser calificados también como normas relativas a la validez y eficacia del convenio arbitral. Junto con las categorías de capacidad y de arbitrabilidad, ésta es una opción que también encuentra acogida en parte de la práctica arbitral y que está sometida a un tratamiento conflictual diferente a las anteriores.

Además, es posible encontrar casos en los que las dudas que produce el concurso de una de las partes sobre la competencia del tribunal se reducen a determinar si la disputa en cuestión está cubierta por el convenio arbitral o si la administración que ha reemplazado al deudor se encuentra vinculada por el compromiso arbitral. Es decir, cuestiones que hacen referencia al ámbito objetivo (*ratione materiae*) y subjetivo (*ratione personae*) del convenio arbitral. En estos casos, la ley aplicable también difiere de la que se aplica a las categorías de capacidad y arbitrabilidad.

Los siguientes apartados estudian esta problemática.

a. Las implicaciones conflictuales de centrarse en el convenio arbitral

254. El art. 142 LPIR constituye un claro ejemplo del tipo de precepto que tiene por objeto eliminar por completo la competencia arbitral sobre la parte concursada. También lo era la versión del art. 52 LC previa a la reforma de 2011. Incluso, la redacción actual de este artículo permite un resultado similar si el juez concursal decide dictar la orden de suspensión de efectos prevista en el art. 52.1 LC.

Según se expuso en el primer epígrafe de esta Sección, esta clase de reglas absolutas podría calificarse empleando la categoría de la arbitrabilidad subjetiva. Sin embargo, son muchos los autores que también han sugerido que, en realidad, preceptos como los citados van dirigidos

a regular la validez y la eficacia de los convenios arbitrales suscritos por el concursado.⁸¹⁰ En efecto, no puede negarse que la pregunta fundamental en situaciones como la existente en *Elektrim* es si el tribunal arbitral conserva su competencia a pesar del concurso de una de las partes. Es decir, si el convenio arbitral continúa produciendo los efectos derogatorios y prorrogatorios que generaba antes de la declaración concursal.

Ésta parece ser la calificación por la que también se decanta implícitamente la Guía de incorporación al Derecho interno de la Ley Modelo UNCITRAL sobre insolvencia transfronteriza. Como quedó expuesto en el tercer Capítulo, el art. 20.1.a) LMI prevé que el reconocimiento de un concurso extranjero producirá la paralización automática de todos los procedimientos individuales que afecten al concursado en ese Estado, incluidos los tramitados por la vía arbitral. En línea con lo que allí se explicó, esta medida puede ir más allá de la mera suspensión temporal de la tramitación y resultar en la imposibilidad indefinida de comenzar o continuar ningún procedimiento individual. De acuerdo con la Guía, en todos estos casos

“145. [...] el artículo 20 establece un límite imperativo a la *eficacia eventual de toda cláusula compromisoria*. Se trata de un límite *adicional* a todo *otro* límite impuesto por el derecho interno a la autonomía contractual de las partes en materia de arbitraje (por ejemplo, límites en cuanto a la *materia arbitrable* o en cuanto a la *capacidad* para concluir una cláusula compromisoria).”⁸¹¹

255. La calificación de la situación concursal como una cuestión relativa al convenio arbitral puede tener implicaciones relevantes sobre la decisión final del tribunal. Ello se debe a que el régimen conflictual correspondiente a esta categoría difiere completamente del aplicable a la capacidad personal y a la arbitrabilidad de la disputa. En efecto, el principio rector para la determinación de la ley reguladora del convenio arbitral es la autonomía de la voluntad, es decir, la posibilidad de que las partes escojan de forma expresa o tácita el régimen aplicable a

⁸¹⁰ Esta es una crítica común a la sentencia suiza en *Elektrim*. Vide K. Sachs, “Insolvency...”, *cit.*, 19; G. Kaufmann-Kohler, L. Lévy y S. Sacco, “The Survival of the Arbitration Agreement and Arbitration Proceeding in Cases of Cross-Border Insolvency: An Analysis From the Swiss Perspective” (2010) 2 *Les Cahiers de l’Arbitrage* 371, 383; P. Landolt, “Swiss Supreme...”, *cit.*, 2; L. Markert, “Arbitrating in...”, *cit.*, 234; M. Robertson, “Cross-border insolvency...”, *cit.*, 129.

⁸¹¹ Pár. 145 de la Guía para la incorporación de la Ley Modelo UNCITRAL al Derecho interno. Similar tenor puede encontrarse en los párs. 32 y 141. Cursiva añadida por el autor.

su cláusula compromisoria.⁸¹² Así lo prescriben el art. V.1.a) CNY,⁸¹³ el art. VI.2.a) CG y los arts. 34.2.a.i) y 36.1.a.i) LMA. Esta libertad encuentra su fundamento en el principio de separabilidad del convenio con respecto al contrato principal y constituye un pilar básico del Derecho arbitral contemporáneo.

Por su parte, en ausencia de elección por las partes, todos los preceptos arriba referidos proclaman la aplicación de la ley de la sede del arbitraje. Ésta es también la solución que puede encontrarse en muchos ordenamientos jurídicos nacionales⁸¹⁴ y en algunos reglamentos arbitrales.⁸¹⁵

256. A pesar de la frecuencia de este régimen conflictual, algunos ordenamientos jurídicos prevén otras soluciones que persiguen favorecer la validación del compromiso arbitral adquirido por las partes. Este es el caso de los Derechos francés, español y suizo.⁸¹⁶ Así, en Francia se exime a los convenios arbitrales de los requisitos que puedan exigir las leyes potencialmente aplicables y se reduce el análisis del convenio a la comprobación de la mera concurrencia de voluntades desde un punto sustantivo. Según la jurisprudencia francesa este enfoque anacional constituye una “*règle matérielle du droit international de l'arbitrage*”.⁸¹⁷

⁸¹² Vide, en general, A.J. van den Berg, “Re-examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?” en A.J. van den Berg (ed.), *International Arbitration 2006: Back to Basics? ICCA Congress Series 2006* (Paris: Kluwer Law International, 2007) Vol. 13, 301, así como J. Lew, “The Law Applicable to the form and substance of the Arbitration Clause” y M. Blessing, “The Law applicable to the arbitration clause”, ambos en A. J. van den Berg (ed.), *Improving the efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series 1998* (Paris: Kluwer Law International, 1999) Vol. 9, 114 y 168 respectivamente.

⁸¹³ Esta solución es extensible también a la fase pre-laudo, aunque el art. II.3 CNY no contenga una norma de conflicto equivalente de forma expresa. Por todos, L. H. Wilhensen, “European perspectives on international commercial arbitration” (2014) 10 (1) *Journal of Private International Law* 113, 118 con abundante literatura.

⁸¹⁴ Aunque en la tradición *common law* esta regla viene sustituida por la aplicación de la ley con la que el contrato en cuestión (convenio arbitral) tiene la conexión más cercana y real, en la práctica ello suele resultar en la aplicación de la legislación de la sede. Vide la regla 54 en L. Collins (ed.), *Dicey... cit.*, vol. 2, y las sentencias *Sulamérica Cia Nacional De Seguros S.A. and others v Enesa Engenharia S.A* [2012] EWCA Civ 638 y *Arsanovia Ltd v Cruz City 1 Mauritius Holdings* [2013] 2 All ER 1. Además, como luego se expone,

⁸¹⁵ Este es el caso del art. 16.4 del Reglamento arbitral de 2014 de la LCIA. Resulta interesante, no obstante, que también en 2014 la OMPI haya decidido eliminar un regla similar de su nuevo Reglamento arbitral, cuyo art. 61 ya no contiene una regla equivalente a la anteriormente prevista en el art. 59.c).

⁸¹⁶ Estas soluciones son aplicables incluso en el marco de las acciones de reconocimiento y ejecución cubiertas por la CNY, como deriva de la cláusula *favorem arbitrii* del art. VII CNY.

⁸¹⁷ Por todas, sentencia de la Cour de Cassation de 20 diciembre 1993 en el caso *Comité populaire de la Municipalité de Khoms v Dalico Constructions*, disponible en (1994) 1 *Revue de l'arbitrage* 116. No obstante, como acertadamente señala J. C. Fernández Rozas, “Determinación del lugar de arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral” (2007) 2 *Lima Arbitration* 25, 53, ésta no es una “norma material de orden internacional”, sino una norma de Derecho francés. Así lo ha corroborado la sentencia de la Supreme Court inglesa en *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan* [2010] UKSC 46, donde la judicatura inglesa aplicó el método francés a un convenio arbitral internacional con sede en París solo después de concluir que el Derecho francés era el régimen aplicable a la luz del art. V.1.a) CNY.

Por su parte, los legisladores español y suizo han introducido una serie de puntos de conexión alternativos que permiten acudir a varias normas para dar validez al convenio arbitral y excluir la competencia judicial. Este régimen ya fue mencionado en el epígrafe anterior en materia de arbitrabilidad. De acuerdo con el art. 9.6 LA, ese “triple fuero electivo”⁸¹⁸ se compone de las “normas jurídicas” (no solo leyes) elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, las (también) “normas jurídicas” aplicables al fondo de la controversia y el derecho español. El mismo abanico se reproduce en el art. 178.2 LSDIPr, aunque el legislador suizo emplea el término “ley” en vez de “norma jurídica”. En cualquier caso, ambos preceptos son portadores del principio *favor validitatis*.

Como se aprecia, este tratamiento conflictual dista sustancialmente del aplicable a las dos categorías exploradas en los apartados anteriores. Deriva de ello que si en el caso *Elektrim* los árbitros y el Tribunal Federal suizo hubieran optado por el empleo de esta calificación del art. 142 LPIR, el resultado hubiera sido manifiestamente distinto. Entre otras leyes posibles, el art. 178.2 LSDIPr permitía al recurso al Derecho suizo para validar el convenio arbitral. Según este Derecho, el convenio no pierde ni su validez ni su eficacia cuando una parte es declarada en concurso.⁸¹⁹ Por tanto, los árbitros podrían haberse declarado competentes para resolver la disputa y el Tribunal Federal debería haber anulado el laudo recurrido.

De hecho, el Tribunal Federal estuvo cerca de decantarse por esta interpretación. Así lo demuestra el hecho de que la sentencia viniera acompañada por un voto particular suscrito por dos de los cinco miembros del Tribunal. En él, los jueces disidentes rechazaban la interpretación mayoritaria y defendían la anulación del laudo a la luz del régimen “profiláctico”⁸²⁰ del art. 178.2 LSDIPr. La disparidad entre los resultados alcanzados en el pronunciamiento principal y en el voto particular y el poco convencimiento del Tribunal con respecto a su propia argumentación mayoritaria llevaron a que la sentencia no fuera incluida en el Boletín oficial en el que periódicamente se publican las decisiones relevantes del Tribunal Federal suizo.⁸²¹

⁸¹⁸ Sentencia del TSJ Madrid (Sala 1ª) de 13 marzo 2012.

⁸¹⁹ W. Kühn, “Arbitration and Insolvency: A Comment on *Elektrim v Vivendi (Switzerland)*” en P. Wautelet, T. Kruger y G. Coppens (eds.), *Essays in Honour of Hans Van Houtte* (Oxford: Hart Publishing, 2012) 135, 139; S. Kröll, “Arbitration and Insolvency - Selected...”, *cit.*, 231; G. Nater-Bass y O. Mosimann, “Effects...”, *cit.*, 173; G. Naegeli, “Bankruptcy...”, *cit.*, 201; J. Hargrove y V. Liborio, “Arbitration...”, *cit.*, 50; L. Lévy, “Insolvency in Arbitration: Swiss Law, Financial Capacity of the Parties” (2004) *German Institution of Arbitration* 96.

⁸²⁰ P. Landolt, “Swiss Supreme...”, *cit.*, 2.

⁸²¹ P. Karrer, “Is *Vivendi* Good Law in Switzerland? Distinguishing a Not-so-Distinguished Judgment - A Comment on *Elektrim v. Vivendi (Switzerland)*” en P. Wautelet, T. Kruger y G. Coppens (eds.), *Essays...*, *cit.*, 145, 146; M. Aebi y H. Frey, “Impact...”, *cit.*, 146; y G. Naegeli, “The impact...”, *cit.*, 57.

257. La duda manifestada por el Tribunal no ha de extrañar. De hecho, la opción por la categoría del convenio arbitral ya había sido apoyada por varios autores suizos⁸²² y podía encontrarse en algunos laudos arbitrales previos a *Elektrim*. Así, en las decisiones dictadas en los Asuntos CCI 6057 (1991),⁸²³ 4415 (1984),⁸²⁴ 2139 (1974)⁸²⁵ y 2073 (1972)⁸²⁶ los árbitros entendieron que el Derecho concursal extranjero que prohibía el arbitraje no podía invocarse para argumentar que el convenio había dejado de estar operativo, pues (en ausencia de elección) ésta era una cuestión que estaba regulada exclusivamente por la ley de la sede.

Además, es una calificación por la que también ha optado algún laudo dictado con posterioridad a la sentencia *Elektrim*. Buen ejemplo de ello es el Asunto CCI 16369 (2012), con sede en Zúrich.⁸²⁷ En ese caso, el tribunal arbitral decidió que el empleo de la categoría afín al convenio arbitral era la adecuada para analizar el impacto de la prohibición concursal sobre un arbitraje extranjero, incluso en relación con convenios arbitrales concluidos después de la apertura de la insolvencia. De acuerdo con esta calificación, el laudo concluyó que el convenio, a pesar de ser inválido de acuerdo con la *lex fori concursus*, se podía beneficiar del régimen favorable previsto en el Derecho arbitral suizo (art. 178.2 LSDIPr) y, por tanto, los árbitros podían declararse competentes para resolver la disputa.

258. En definitiva, el panorama arbitral tanto previo como posterior a *Elektrim* demuestra que el empleo de la lógica conflictual propia de los convenios arbitrales es una opción que ha contado tradicionalmente con cierto apoyo jurisprudencial y, sobre todo, doctrinal. Sin embargo, como seguidamente se expone, es a partir de 2012 cuando puede entenderse que ésta ha devenido la calificación dominante.

⁸²² F. Perret, “Faillite...”, *cit.*, 36 *et seq.*; A. Mourre, “Arbitrage et le droit de la faillite: Réflexions sur l’office du juge et de l’arbitre” en G. Affaki (ed.), *Faillite internationale et conflit de juridictions: Regards croisés transatlantiques / Cross-border insolvency and conflict of jurisdictions: A US-EU Experience* (Bruselas: Bruylant, 2007) 153, párs. 9, 12 y 27-29; G. C. Giorgini, “Arbitrage et...”, *cit.*, 271; y E. Gaillard y J. Savage, *Fouchard...*, *cit.*, pár. 587.

⁸²³ Laudo parcial (*Syrian company v French company*), disponible en J. J. Arnaldez, Y. Derains y D. Hascher, *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995* (1997), vol. III, 487, y en (1993) 120 *Journal du Droit International* 1016, con “Annotation” de Y. Derains.

⁸²⁴ Laudo final, disponible en S. Jarvin y Y. Derains, *Collection of ICC Awards 1974-1985* (1990), 530, y en (1984) 111 *Journal de Droit International* 952.

⁸²⁵ *Id.*, 240.

⁸²⁶ *Id.*, 236.

⁸²⁷ Laudo final, disponible en (2014) XXXIX *Yearbook Commercial Arbitration* 169 (sede Zúrich y Derecho concursal kosovar).

b. La reconsideración de Elektrim Suiza y el actual art. 52 LC

259. Dada la incertidumbre evidenciada en el anterior apartado, resulta especialmente bienvenido que otra acción de anulación ejercitada en el 2012 ofreciera al Tribunal Federal la posibilidad de reconsiderar la doctrina *Elektrim*. El caso en cuestión derivaba del convenio arbitral CCI con sede en Ginebra incluido en un contrato de compraventa de obleas de silicona entre una sociedad portuguesa (X) y una sociedad china (Y). En agosto de 2009, tras la aparición de algunas desavenencias con respecto al cumplimiento del contrato, la parte portuguesa solicitó la declaración de concurso voluntario al amparo del Código portugués de Insolvencia y Recuperación de Empresas (CIRE).⁸²⁸ La solicitud fue concedida por el Juzgado Mercantil de Vila Nova de Gaia (Portugal) y en noviembre de ese mismo año la administración comunicó a Y que su incumplimiento en la entrega de la mercancía autorizaba a X a resolver el contrato y a exigir la devolución de los más de 41 millones de dólares pagados a cuenta.⁸²⁹ Ante la falta de pago, la administración decidió en julio de 2010 accionar las garantías ofrecidas por Y a través del Bank of China. Y consiguió suspender la ejecución de las garantías mediante una orden cautelar dictada por los tribunales chinos y en agosto interpuso demanda arbitral ante la CCI por incumplimiento contractual.

La administración concursal se personó en el procedimiento, pero alegó tanto ante la CCI como ante el tribunal arbitral que, en línea con el art. 142 polaco, uno de los efectos de la legislación concursal portuguesa era que el deudor perdía la capacidad de participar en ningún procedimiento arbitral instruido después de la apertura de la insolvencia. En concreto, el art. 87 CIRE prevé que

“1. Queda suspendida la eficacia de los convenios arbitrales de los que el concursado sea parte, en relación con los litigios que puedan afectar al valor de la masa del concurso, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales.

2. Los procedimientos pendientes en la fecha de la declaración de insolvencia continuarán de acuerdo con sus propios términos, sin perjuicio, en su caso, de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 85 y en el apartado 3 del artículo 128”.⁸³⁰

⁸²⁸ *Decreto-Lei* nº 53/2004, de 18 marzo 2004, que aprueba *o novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*.

⁸²⁹ Esta comunicación tuvo lugar al día siguiente del acuerdo de la Junta de Acreedores por la que se aprobaba la decisión de liquidar la sociedad concursada.

⁸³⁰ Traducción del autor.

260. A pesar del tenor del precepto, el tribunal arbitral dictó un Laudo parcial en noviembre de 2011 por el que concluía que la apertura de un procedimiento concursal en Portugal no constituía un impedimento para que un tribunal con sede en Suiza pudiera declararse competente. En concreto, la decisión entendió que el art. 87 CIRE no era una norma relativa a la capacidad arbitral de la concursada, sino a la validez y eficacia de sus convenios arbitrales. El tribunal insistió en la ausencia de jurisprudencia portuguesa que hiciera indicar que el art. 87.1 CIRE iba dirigido a privar a X de su capacidad arbitral y escrutó la confusa literatura especializada al respecto.

Además, según los árbitros, el tenor del art. 87.2 CIRE también demostraba que el concursado no perdía su capacidad de arbitrar de forma absoluta, pues podía continuar participando, por sí mismo o a través de la administración,⁸³¹ en aquellos que estuvieran en curso. Asimismo, el laudo indicaba que la capacidad de obrar del deudor no se extinguía necesariamente por su situación concursal, sino que ésta podía conservarse en determinadas ocasiones, sin que ello afectara a la operativa del art. 87 CIRE.⁸³²

Sobre esta base, el tribunal concluyó que la mejor forma de decidir acerca de la validez del laudo era mediante el recurso al régimen previsto en el art. 178 LSDIPr. En aplicación de los puntos de conexión alternativos dispuestos en ese precepto, el laudo acabó declarando la ineficacia de régimen portugués y justificó la competencia del tribunal al amparo del Derecho suizo, que declara la eficacia continuada del convenio arbitral tras la declaración concursal.

Frente a esta resolución, la administración de X ejerció la oportuna acción de anulación, que fue resuelta mediante sentencia de 16 de octubre de 2012.⁸³³

261. La decisión del Tribunal Federal difiere sustancialmente de la alcanzada en *Elektrim*, a pesar de que cuatro de los cinco jueces que componían el Tribunal de 2012 también hubieran participado en la sentencia de 2009. En este caso, el pronunciamiento se emitió por unanimidad y con una argumentación mucho más detallada que en la anterior decisión. Además, fue publicada en el Boletín oficial,⁸³⁴ evidenciando una voluntad clara de sentar doctrina en la materia.⁸³⁵

⁸³¹ Al respecto, arts. 81 y 85 CIRE.

⁸³² Vide arts. 224 y 226 CIRE.

⁸³³ Sentencia del Tribunal Federal de 16 octubre 2012, núm. 4A_50/2012, disponible en inglés en (2013) 31 (2) *ASA Bulletin* 354. La argumentación y fallo del tribunal arbitral se explican con detalle en su apartado 3.1.

⁸³⁴ (2012) 138 BGE III 714.

⁸³⁵ Así lo afirma A. Truttman, *Impact of Foreign Bankruptcy Proceedings on Pending Arbitrations in Switzerland: Need for a Change in Swiss Legislation*, 25 marzo 2014, disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com>.

La sentencia no se aparta del trasfondo de *Elektrim* en lo relativo a que la arbitrabilidad subjetiva (a la que siguió llamando capacidad) constituye una cuestión fundamental que ha de ser analizada cuando una parte arbitral es sometida a concurso. De hecho, dedicó a ella casi cinco páginas de examen. También confirmó que, ante la ausencia de una norma específica en la LSDIPr para determinar la ley aplicable a esta cuestión, el régimen general de la ley personal ofrecía el tratamiento conflictual más apropiado.⁸³⁶ Esta regla remitía al Derecho portugués.

Sin embargo, y ésta es la diferencia fundamental con *Elektrim*, el Tribunal entendió que a la hora de dar contenido a la categoría de la arbitrabilidad subjetiva bajo un Derecho extranjero, la única cuestión relevante es si ese Derecho reconoce al concursado la posibilidad general de ser titular de derechos y obligaciones, sin importar que existan limitaciones específicas relativas a la posibilidad de tomar parte en procedimientos arbitrales. Éstas últimas simplemente “no serán consideradas”.⁸³⁷ Sobre esta base, el Tribunal entendió que, como la ley portuguesa no excluía la titularidad directa de derechos y obligaciones con respecto a la sociedad X, ésta seguía pudiendo ser parte en procedimiento arbitral suizo.⁸³⁸

262. Esta nueva interpretación marca un cambio profundo en el posicionamiento general del ordenamiento suizo con respecto a la problemática del arbitraje y concurso.⁸³⁹ Además de la influencia que ello pueda ejercer sobre el tratamiento que se le dé en otros Estados, también tiene implicaciones en relación con el entendimiento de la noción de arbitrabilidad subjetiva.

De facto, la interpretación suiza equipara esta categoría a la de la capacidad jurídica, aunque no queda claro si esta equiparación queda restringida a los casos concursales. Dicho de otra forma, el Tribunal no concibe que puedan existir personas con capacidad jurídica y sin posibilidad de acudir a arbitraje. Ello implica que cuando una persona sea declarada en concurso, siempre que su ley personal le permita seguir siendo titular de derechos y obligaciones, esa parte no habrá perdido la arbitrabilidad subjetiva a los efectos de los procedimientos arbitrales tramitados en Suiza.⁸⁴⁰ Se ha afirmado que es suficiente con que esta capacidad sea “residual”.⁸⁴¹ Además, la existencia de normas en la *lex fori concursus* que

⁸³⁶ Párrs. 3.3.2 y 3.3.3.

⁸³⁷ Pár. 3.3.4.

⁸³⁸ Pár. 3.4.2.

⁸³⁹ G. Naegeli, “The Capacity of a Bankrupt Party to Be or Remain a Party to International Arbitral Proceedings: A Landmark Decision of the Swiss Federal Supreme Court” (2013) 31 (2) *ASA Bulletin* 372, 378.

⁸⁴⁰ *Id.*, 381.

⁸⁴¹ N. Voser y A. George, *Insolvency...*, *cit.*

impidan la existencia de arbitraje, aunque sea de forma total (art. 142 LPIR), resultará irrelevante desde la perspectiva suiza.

263. Es por esta razón que el pronunciamiento de 2012 resulta irreconciliable, y por tanto deja sin validez, la doctrina *Elektrim*, en donde la posibilidad reconocida por el Derecho polaco de que la concursada pudiera seguir siendo titular de sus propios derechos y obligaciones debería haber impedido la conclusión del arbitraje acordada por el tribunal CCI.⁸⁴² Y también es por este motivo que no se llega a entender por qué el Tribunal, a pesar de hacer referencia expresa a la abundante literatura crítica generada contra *Elektrim*,⁸⁴³ se negó a corregir su anterior sentencia de forma expresa. Simplemente, prefirió afirmar que el caso polaco debía interpretarse a la luz de sus peculiares rasgos legislativos y de las opiniones de los expertos polacos que depusieron en sede arbitral y judicial.⁸⁴⁴

Finalmente, el Tribunal afirmó que, en cualquier caso, el laudo arbitral había acertado en calificar al art. 87.2 CIRE como una norma relativa a la validez y eficacia de los convenios arbitrales. Esto confirmaba, aún más, su irrelevancia desde el punto de vista de la arbitrabilidad subjetiva y producía que fuera igualmente ineficaz desde la perspectiva del art. 178 LSDIPr, cuyos puntos de conexión alternativos remitían al régimen favorable del Derecho arbitral suizo.⁸⁴⁵

264. Ésta es una interpretación que, según la mayoría de los autores, proporciona la seguridad jurídica deseada en cuanto al análisis requerido y blindada a los arbitrajes con sede en Suiza de que concursos extranjeros puedan frustrar los compromisos arbitrales de las partes, siempre y cuando éstas mantengan su capacidad jurídica según su ley personal.⁸⁴⁶ Aún y así, algún autor ha sugerido que continúa siendo confusa y que no impide que casos abusivos de pérdida de capacidad jurídica según la *lex fori concursus* puedan emplearse con propósitos anti-arbitrales.⁸⁴⁷

En este sentido, resulta interesante que se proponga erradicar la incertidumbre por completo mediante la introducción de una norma que disponga la imposibilidad de una persona de

⁸⁴² Así lo critica también G. Naegeli, “The Capacity...”, *cit.*, 381.

⁸⁴³ Par. 3.5.2.

⁸⁴⁴ Par. 3.5.3.

⁸⁴⁵ Pár. 3.6.

⁸⁴⁶ A favor de esta interpretación, sobre todo por el espíritu pro-arbitral que la motiva, G. Born, *International Commercial...*, *cit.*, 1006-1007; S. M. Hohler, *The effect of a party's bankruptcy on international arbitration proceedings in Switzerland – the revised position of the Swiss Federal Supreme Court after Vivendi*, 18 febrero 2014, disponible en <http://blogs.law.nyu.edu/transnational/category/international-arbitration/>; G. Naegeli, “The Capacity...”, *cit.*, 380-381; y N. Voser y A. George, *Insolvency...*, *cit.*

⁸⁴⁷ A. Truttman, *Impact of...*, *cit.*

invocar su ley concursal para justificar la inarbitrabilidad de la disputa, en línea con la regla generalmente vigente para entidades públicas.⁸⁴⁸ De forma alternativa, también se ha propuesto insertar una norma que establezca expresamente que los convenios arbitrales no dejan de ser válidos y eficaces cuando una parte es declarada en concurso, de manera análoga a como se establece que la invalidez del contrato principal no supone la invalidez del convenio arbitral.⁸⁴⁹

265. Salvo que esta última norma sea efectivamente introducida, resulta relevante aclarar que la doctrina sentada por la sentencia de 2012 no equivale a afirmar que el convenio arbitral es siempre y de forma absoluta inmune a la situación concursal de las partes. Tampoco implica que los árbitros se beneficien de un principio de *perpetuatio fori*, de modo que una vez asumida su competencia de forma válida la apertura de un procedimiento concursal no podrá afectarles en ningún caso.⁸⁵⁰

Es cierto que la regla general con respecto a la evaluación de la validez del convenio arbitral en el marco de la Convención de Nueva York o de la Ley Modelo es que el momento relevante para el análisis es aquel en que se concluyó el convenio arbitral y no posteriormente.⁸⁵¹ Sin embargo, esta norma puede quedar sujeta a alteraciones excepcionales surgidas durante la tramitación arbitral. De acuerdo con algunos Derechos nacionales, éste es el caso de la declaración de concurso, en línea con la afectación general que la apertura de un procedimiento de insolvencia puede producir sobre el principio de *pacta sunt servanda*. No obstante, para que esta alteración surta efectos en el seno arbitral resulta necesario que se dé al menos una de las siguientes dos condiciones. O que tal legislación concursal sea la ley aplicable al convenio arbitral, ya sea por elección de las partes o por ser la sede del arbitraje. O que los árbitros la consideren como una norma de aplicación imperativa, posibilidad que tanto el voto particular en *Elektrim* como el Tribunal Federal en 2012 excluyeron en sus pronunciamientos.⁸⁵²

266. La similitud entre el art. 87 LPIR y el art. 52 LC previo a la reforma de 2011 justifican que la calificación relativa a la eficacia y validez del convenio arbitral también pudiera ser apta para la normativa concursal española. De hecho, ésta es una interpretación que ya había defendido

⁸⁴⁸ *Id.*

⁸⁴⁹ *Id.*

⁸⁵⁰ Esta opinión la defiende P. Karrer, “Views on the decision by the Swiss Supreme Court: Note - 31 March 2009 - Swiss Supreme Court” (2010) 28(1) *ASA Bulletin* 111, 112.

⁸⁵¹ V. Lasic, *Insolvency...*, *cit.*, 183 y A. van den Berg, *The New York Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (La Haya: Kluwer Law International, 1981) 276 y 303.

⁸⁵² La aplicación imperativa del Derecho concursal se estudia en el epígrafe D.2 de este Capítulo.

algún autor⁸⁵³ y que podía encontrarse en alguna jurisprudencia española. Así lo proclamaron en el marco de acciones de anulación contra laudos domésticos las sentencias de las Audiencias Provinciales de Cantabria (Sección 2ª), de 9 de marzo de 2011, y de Madrid (Sección 8ª), de 20 septiembre 2010. Ambas recurrieron al art. 52.1 LC a través del art. 41.1.a) LA, relativo a la validez del convenio arbitral.

Asimismo, el mencionado Auto *Pirelli* entendió que el art. 52 LC no constituía una norma relativa a la arbitrabilidad objetiva de la disputa, sino que hacía referencia a “otras posibles limitaciones a la eficacia del arbitraje”.⁸⁵⁴ Ello implicaba que, a los efectos de decidir la declinatoria de jurisdicción presentada por Pirelli sobre la base de un convenio arbitral CCI con sede en París,

“el artículo 52.1 LC (como señala el dictamen jurídico aportado por la parte demandada) sólo sería aplicable al caso en la medida en que los citados Convenios internacionales suscritos por España [CNY y CG] designasen la ley española como ley aplicable para determinar la eficacia del convenio arbitral.”⁸⁵⁵

En este sentido, la Audiencia no dudó en adherirse a la argumentación contenida en el laudo parcial que ya se había dictado en el seno del arbitraje y según el cual, en ausencia de elección, el convenio estaba regulado por la ley de la sede (París) y no por la ley aplicable al contrato principal (Derecho italiano). Esta interpretación confirmaba la inaplicabilidad del precepto español para impedir la competencia arbitral.⁸⁵⁶

267. Con estos precedentes, resulta poco controvertido que el régimen del art. 52 LC vigente tras la reforma de 2011 ha de concebirse como una norma relativa al convenio arbitral. Ello implica que su tenor únicamente será relevante en el contexto de arbitrajes internacionales cuando el Derecho español sea el designado para gobernar la cláusula compromisoria. Además, parece que ésta será la interpretación predicable incluso cuando el juez del concurso haya acordado la suspensión de la eficacia del convenio al amparo del art. 52.1 LC, cuya eficacia extraterritorial también quedará supeditada al análisis conflictual.⁸⁵⁷

⁸⁵³ K. Sachs, “Insolvency...”, *cit.*, 19 (aunque sin justificación).

⁸⁵⁴ Auto de la AP Barcelona (Sección 15ª), de 29 abril 2009, FJ 6º.

⁸⁵⁵ *Id.* Sorprende que, a diferencia de la Sentencia suiza en *Elektrim*, la Audiencia no recurriese al régimen de puntos de conexión alternativos previsto en el art. 9.6 LA, que también le hubiera permitido esquivar el Derecho español sobre la base de la misma calificación (validez y eficacia del convenio arbitral).

⁸⁵⁶ *Id.*, FJ 6º. Sorprende también que Pirelli no optara simplemente por el reconocimiento del laudo parcial al amparo del CNY, lo que hubiera fortalecido su posición dadas las estrictas normas de la CNY. Ese es el propósito del art. VI.3 CG, que también resultaba aplicable a esta disputa.

⁸⁵⁷ Este último apunte, no obstante, quedará también condicionado al reconocimiento de esa resolución por el tribunal arbitral y por las autoridades de la sede. Vide al respecto el Capítulo IV.D.1.

c. *El ámbito del convenio arbitral*

268. La apertura de la noción de arbitrabilidad objetiva que se expuso en el anterior epígrafe no siempre implica que las partes puedan resolver la disputa empleando el convenio arbitral que concluyeron antes de la apertura del concurso. Es posible que la controversia en cuestión, aun siendo arbitrable, caiga fuera del ámbito objetivo o *ratione materiae* del compromiso arbitral. Éste es un caso frecuente cuando la acción que se ejercita encuentra su base en la legislación de insolvencia, como ocurre con las acciones paulianas de origen concursal, pues es muy probable que las partes no contemplaron la situación de insolvencia como un escenario próximo o verosímil cuando suscribieron el convenio. Si las partes, con o sin intervención de la administración según la capacidad del deudor, no concluyen un nuevo convenio o se niegan a extender el ámbito objetivo del anterior, estos escenarios son fuente de frecuentes controversias a la hora de demostrar la competencia del tribunal y suelen concluir con la inadmisión de la acción.⁸⁵⁸ A pesar de ello, resulta apropiado resaltar dos puntos para el análisis de esta cuestión.

Por una parte, la definición del ámbito objetivo de un convenio constituye un ejercicio que pretende averiguar cuál era la verdadera intención que tenían las partes cuando se comprometieron voluntariamente a resolver sus disputas a través de arbitraje. Es decir, es un ejercicio de interpretación, en línea con la práctica habitual en materia contractual. Por tanto, tendrá que ser la ley aplicable al convenio arbitral la que proporcione las herramientas hermenéuticas objetivas o subjetivas que deban ser empleadas para definir el alcance de la sumisión a arbitraje.⁸⁵⁹

Por la otra, es una cuestión pacífica en la inmensa mayoría de los Derechos arbitrales que, por norma general, el ámbito de un convenio arbitral puede alcanzar materias tanto contractuales como extracontractuales.⁸⁶⁰ De este modo, el hecho de que algunas de las acciones que puedan ejercitarse en escenarios concursales no tengan origen en la relación estrictamente contractual entre las partes no ha de ser en sí mismo óbice para que puedan considerarse incluidas por el compromiso arbitral.

⁸⁵⁸ En el mismo sentido, K. Sachs, “Insolvency...”, *cit.*, 27-28; L. Lévy, “Arbitration and bankruptcy: Bankruptcy of arbitration?” (2011) 5(1) *Dispute Resolution International* 103, 107; G. Kaufmann-Kohler y L. Lévy, “Insolvency...”, *cit.*, 262 (con duda); A. Mourre, “Arbitraje y...”, *cit.*, 231; y P. Ancel, “Annotation” a la Sentencia de la Cour d’appel de Paris de 27 febrero 1992, disponible en (1992) *Revue de l’arbitrage* 590.

⁸⁵⁹ En el Reino Unido, esta doctrina la sienta *Peterson Farms v C&M Farming*, [2004] 1 Lloyd’s Rep. 603.

⁸⁶⁰ Para España, y haciendo referencia específica a la problemática concursal, vide el Auto de la AP Barcelona (Sección 15ª), de 29 abril 2009, FJ 5º.

269. Más allá de estos supuestos, la verdadera polémica que frecuentemente se encuentra en la práctica en relación con el ámbito del convenio se centra en su alcance subjetivo o *ratione personae*. En concreto, en si la administración concursal ha de quedar vinculada por los compromisos arbitrales concluidos por el deudor concursal antes de la apertura del procedimiento de insolvencia. Resulta oportuno mencionar tres cuestiones.

Primero, ésta es una problemática que carece de regulación unívoca en el Derecho comparado, lo que implica que en cada ocasión será necesario llevar a cabo un análisis de ley aplicable antes de poder dar una respuesta concreta a la cuestión. No obstante, ello no impide reconocer que la regla general en la mayoría de los ordenamientos es que las cláusulas arbitrales válidamente concluidas en la fase pre-concursal vinculan a la administración que asume sus facultades con ocasión de la insolvencia.⁸⁶¹ Más allá de detalles nacionales, éste es el caso de ordenamientos como el español,⁸⁶² el alemán, el belga, el francés, el sueco o el suizo.⁸⁶³ También lo reconoce así la jurisprudencia arbitral, como lo demuestran los laudos dictados en los Asuntos CCI 12993 (2005),⁸⁶⁴ 7337 (1996),⁸⁶⁵ 6192 (1990)⁸⁶⁶ y 5877 (1986).⁸⁶⁷

270. Segundo, incluso cuando se prevea la vinculación de la administración con respecto al convenio arbitral, esta obligación no se articula del mismo modo en todos los ordenamientos. Así, en Estados como Suiza se entiende que la apertura del procedimiento concursal desencadena automáticamente un proceso de sucesión de parte en todas las relaciones patrimoniales que afecten al deudor, incluidos los convenios arbitrales. Esto es, el concursado deja de ser parte en esas relaciones, siendo la masa concursal (representada por la administración) la que se subroga en su posición.⁸⁶⁸ En cambio, otros Estados revisten la intervención de la administración como un mero supuesto de representación (plena o suplementaria) que persigue suplir la insuficiencia de capacidad de obrar del deudor. Es decir, el concursado continúa siendo el titular de los derechos y obligaciones, pero su ejercicio y cumplimiento se lleva a cabo total o parcialmente a través de la administración, que ha de

⁸⁶¹ Por todos, J. Paulsson, *The Idea...*, cit., 118 y A. Mourre, "Arbitraje y...", cit., 230.

⁸⁶² Vide *infra*.

⁸⁶³ Un análisis de todos estos Estados puede encontrarse de forma comparada o individualizada en G. Born, *International Commercial...*, cit., 995-998; K. Sachs, "Insolvency...", cit., 18; J. Hargrove y V. Liborio, "Arbitration...", cit., 52; J. F. Poudret y S. Besson, *Comparative...*, cit., 253; A. Mourre, "Arbitraje y...", cit., 230; V. Lazić, *Insolvency...*, cit., 188; y P. Ancel, "Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985" (1987) *Revue de l'Arbitrage* 127, 128. Todos ellos con cita de abundante jurisprudencia.

⁸⁶⁴ Laudo final, disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 105.

⁸⁶⁵ Laudo parcial, disponible en (1999) XXIVa *Yearbook of International Arbitration* 149.

⁸⁶⁶ Inédito, citado en F. Mantilla Serrano, "International...", cit., 65.

⁸⁶⁷ *Id.*, 67

⁸⁶⁸ Para más detalle, vide la literatura nombrada en la nota 863.

actuar en todo caso en interés de la masa concursal. Ésta es la solución que se preveía en el Derecho polaco incluso en casos como el de *Elektrim*,⁸⁶⁹ aunque parte de los comentarios de la sentencia suiza hayan ignorado este punto.⁸⁷⁰

El Derecho concursal español, por su parte, requiere de un análisis más matizado. Así, para casos de suspensión de facultades, existe consenso en que la sustitución del concursado por parte de la administración no es un fenómeno que venga justificado simplemente por la falta de capacidad de aquél, sino que es un verdadero acto de representación de un patrimonio independiente.⁸⁷¹ Un supuesto pleno de subrogación.⁸⁷² Por el contrario, en situaciones de mera intervención no puede entenderse que la merma en la capacidad de obrar del deudor implique la entrada de la masa del concurso como parte sustituta en las relaciones patrimoniales y procesales.⁸⁷³ De hecho, como ya quedó expuesto en el Capítulo III, en estos casos la legitimación procesal continúa perteneciendo al concursado y ello ha de implicar que la titularidad del convenio arbitral permanece inmutada, aunque en ocasiones pueda preverse la intervención de la administración con propósitos suplementarios.

271. Finalmente, a la hora de determinar la ley aplicable a la vinculación que la administración tiene con respecto a los convenios arbitrales del deudor, ha de tenerse en cuenta que no se trata de un supuesto ordinario de determinación del ámbito subjetivo del convenio arbitral. No es un caso en el que existe una pluralidad de partes en la relación contractual subyacente o en el que una de las partes se integra en un grupo societario, varios de cuyos miembros pueden quedar obligados por la sumisión arbitraje. Se trata de casos en los que un evento externo a la relación obligacional y completamente ajeno a una de las partes produce un efecto directo sobre la otra parte, hasta el punto de poder producir su sustitución en la titularidad del convenio arbitral y la transmisión de la legitimación procesal. Desde un punto de vista conceptual, es una situación similar a la que se da tras operaciones societarias de concentración o escisión de empresas.

⁸⁶⁹ M. Aebi y H. Frey, “Impact...”, *cit.*, 151 y F. Perret, “Faillite...”, *cit.*, 43.

⁸⁷⁰ G. Kaufmann-Kohler, L. Lévy y S. Sacco, “The Survival...”, *cit.*, 371 ignoran esta importante distinción y erróneamente califican todos los casos como supuestos de sucesión.

⁸⁷¹ J. Alonso-Cuevillas Sayrol, *La vis atractiva concursus del proceso concursal* (Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2007) 305-306.

⁸⁷² F. Cordón Moreno, “Artículo 54...”, *cit.*, 627, quien afirma que “Aunque el derecho (o la obligación) continúa perteneciendo al deudor, los efectos del acto de ejercicio no ingresan en su patrimonio, sino en el de la masa”. Vide también los comentarios en el Capítulo III.B.5 y M. F. Martín Moral, *El concurso...*, *cit.*, 198, con cita adicional a J. L. González Montes, “Arbitraje y...”, *cit.*, 391 y J. A. Montero Aroca, *De la legitimación en el proceso civil* (Barcelona: Bosch, 2007), 325-329.

⁸⁷³ Así parece derivarse de la Sentencia del TSJ Murcia (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), de 13 marzo 2013.

Por tanto, no puede afirmarse directamente que sea la ley reguladora del convenio la que tenga que gobernar esta cuestión, como ocurre en condiciones generales. Por el contrario, parece más apropiado abogar por que sea la ley que rige el acto generador de la sustitución la que también determine cuál es su efecto sobre las obligaciones arbitrales preexistentes.⁸⁷⁴ Esto es, la *lex fori concursus*. Y ello sin perjuicio de que la ley reguladora del convenio arbitral pueda seguir aplicándose a otras cuestiones de validez, eficacia y ámbitos objetivo y subjetivo.

Esta postura ya ha sido defendida por algún autor⁸⁷⁵ y también ha sido acogida por tribunales arbitrales en el pasado. Así lo reflejan los laudos de los Asuntos CCI 13764 (2006),⁸⁷⁶ CCI 7337 (1996),⁸⁷⁷ 6192 (1990)⁸⁷⁸ y 5877 (1986).⁸⁷⁹ Además, es una posición que casa con la norma de conflicto prevista en el art. 4.2.e) RI, según la cual corresponde a la legislación concursal y no a la ley aplicable al contrato (en este caso, el convenio) determinar cuál es el efecto que la apertura de un procedimiento de insolvencia produce sobre dicho contrato.

No obstante, no puede ignorarse que existe un importante grupo doctrinal, sobre todo de origen suizo, que defiende que los escenarios aquí estudiados no son más que supuestos de determinación del ámbito subjetivo del convenio arbitral y que, por tanto, han de regularse por la ley aplicable al convenio.⁸⁸⁰ En definitiva, esta ausencia de criterio imperante manifiesta la misma incertidumbre que tradicionalmente ha existido en materia de cesión de créditos y de cláusulas arbitrales, en la que parte de la literatura se decanta por someter sus efectos a la ley reguladora del acto de cesión,⁸⁸¹ mientras que otra parte (afín a la posición suiza) defiende la aplicación de la ley que gobierna el crédito o la cláusula objeto de cesión.⁸⁸²

272. Para finalizar, se ha de clarificar que la posición aquí mantenida ha de ser interpretada a la luz de las conclusiones alcanzadas en el apartado anterior. Por ello, será la ley aplicable al

⁸⁷⁴ Así lo defiende G. Born, *International Commercial...*, cit., 1210-1219 con respecto a operaciones societarias o sucesorias y aquellas otras que impliquen un cambio de titularidad en el convenio arbitral.

⁸⁷⁵ I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso...*, cit., 22-23.

⁸⁷⁶ Laudo parcial, disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 108. Sede Nueva York y Derecho concursal estadounidense.

⁸⁷⁷ Laudo parcial, disponible en (1999) XXIVa *Yearbook of International Arbitration* 149. Sede Alemania y Derecho concursal sueco.

⁸⁷⁸ Inédito, citado en F. Mantilla Serrano, "International...", cit., 65.

⁸⁷⁹ *Id.*, 67. Sede Londres y Derecho concursal japonés.

⁸⁸⁰ G. Naegeli, "The Capacity...", cit., 374; G. Nater-Bass y O. Mosimann, "Effects...", cit., 172; G. Naegeli, "Bankruptcy...", cit., 202; M. Robertson, "Cross-border insolvency...", cit., 130; G. Kaufmann-Kohler y L. Lévy, "Insolvency...", cit., 267; L. Lévy, "Insolvency...", cit., 26; J. Alonso-Cuevillas Sayrol, "Comentario al artículo 52...", cit., 297; D. Brown-Berset y L. Lévy, "Faillite...", cit., 667; V. Lazic, *Insolvency...*, cit., 181 *et seq.*

⁸⁸¹ Laudo Parcial en el Asunto CCI 7337 (1996), disponible en (1999) XXIVa *Yearbook of International Arbitration* 149 y Laudo finales dictados en los Asuntos CCI 7652 (1995) y CCI 6884 (1992), ambos disponibles en E. Jolivet, "Quesques...", cit., 360 y 355 respectivamente.

⁸⁸² Laudo dictado en el Asunto CCI 6206, inédito, citado con aprobación por F. Mantilla Serrano, "International...", cit., 64.

convenio arbitral y no la *lex fori concursus* la apropiada para concretar el efecto que la decisión de la administración de renunciar o rescindir un contrato deba producir sobre la cláusula arbitral en él contenida. Asimismo, corresponderá a aquella ley determinar la eficacia que pueda tener una decisión de la autoridad concursal por la que se ordene la invalidación o la suspensión de los efectos de propio convenio. En arbitrajes internacionales, todas estas deben ser cuestiones excluidas de la *lex fori concursus*.

B. Las disfunciones de la calificación arbitral y el conflicto de calificaciones

273. Según se desprende de la Sección anterior, la calificación del problema concursal como una cuestión relativa a la validez y efectividad del convenio es la alternativa que ha conseguido lograr, tras un largo periodo de incertidumbre, la mayor aceptación desde la perspectiva arbitral. Además, también podría afirmarse que es una opción que aporta coherencia desde un punto de vista interdisciplinar.

Por una parte, coincide con la calificación defendida en el marco del Reglamento de Insolvencia y de la Ley Concursal, con respecto de los cuales se abogó por el empleo de la faceta contractual del convenio arbitral para identificar el régimen concursal aplicable.⁸⁸³ Por la otra, es una solución acorde con la Guía que UNICTRAL ofrece sobre el art. 20.1.a) de su propia Ley Modelo.⁸⁸⁴ En definitiva, es una solución que conduce a una deseable identidad de calificación entre la esfera arbitral y la concursal.

274. Sin embargo, contentarse con este resultado implica obviar los numerosos problemas sistemáticos que de él derivan. Primero, decantarse por una calificación cuya norma de conflicto tiene como primer punto de conexión la autonomía de la voluntad supone dotar a las partes de libertad de elección con respecto a los efectos que la declaración de concurso produce sobre sus compromisos arbitrales.

Este régimen no es acorde con la indisponibilidad que caracteriza a las soluciones conflictuales previstas en el Reglamento de Insolvencia y en las legislaciones concursales nacionales.⁸⁸⁵ Ninguno de estos regímenes confiere al deudor, con o sin acuerdo de los

⁸⁸³ Capítulos II.C.3.a y III.Introducción.

⁸⁸⁴ Apartado A.3.a de este Capítulo.

⁸⁸⁵ En el mismo sentido, P. Wagner, “Insolvency and Arbitration: A Pleading for International Insolvency Law” 5(2) *Dispute Resolution International* (2011) 189, 195.

acreedores, la posibilidad de escoger el régimen concursal aplicable a los convenios arbitrales, a las cláusulas jurisdiccionales o a los contratos en general.⁸⁸⁶

275. Segundo, a pesar de que exista cierto consenso acerca del régimen conflictual general que se ha de aplicar al convenio arbitral,⁸⁸⁷ la determinación de la ley aplicable en ausencia de elección expresa produce frecuentes desencuentros en relación con la posibilidad de que haya existido una elección tácita de la ley.⁸⁸⁸ La incertidumbre que tradicionalmente ha envuelto a esta cuestión lleva a que en ocasiones tribunales arbitrales y órganos judiciales concluyan que distintas leyes son aplicables respecto de un mismo convenio.⁸⁸⁹

Visto desde la perspectiva del problema concursal, ello llevaría a la paradoja de que árbitros y jueces, aun aplicando el mismo régimen conflictual y optando por la misma calificación, acabarían determinando los efectos que el concurso produce sobre el arbitraje de acuerdo con distinta normativa. Este es un riesgo que conviene evitar.

276. Tercero, podría decirse que esta solución encontraría dificultades de aplicación en aquellos casos, como el francés, en los que se entiende que el convenio arbitral no está sometido a ninguna ley nacional, sino a reglas materiales de derecho trasnacional.⁸⁹⁰ Aunque ya quedó dicho en la Sección anterior que, al fin y al cabo, esta es una solución de origen francés y, por tanto, conducente a aplicar el régimen concursal francés, no cabe duda de que a nivel arbitral (y no judicial) resultaría más complejo vincular el régimen aplicable al convenio arbitral con una concepción nacional de normas concursales.

La misma dificultad se daría en aquellos ordenamientos como el español o el suizo que no prevén una sola ley aplicable al convenio, sino que ofrecen varios puntos de conexión alternativos que dirigen a varias leyes o, peor aún, a varias “normas jurídicas” anacionales y carentes de una concepción concursal propia.

277. Cuarto, es posible que la aplicación de un régimen de inspiración propiamente arbitral responda a las legítimas expectativas de las partes de que sea la ley elegida por ellas mismas

⁸⁸⁶ De hecho, J. L. Westbrook, “International Arbitration...”, *cit.*, 649 argumenta que esta puede ser una fuente de discriminación entre acreedores y M. D. Fielding, “Elevating business...”, *cit.*, 617 defiende que genera un privilegio de difícil encaje constitucional.

⁸⁸⁷ Este consenso, sin embargo, no es total, sobre todo con respecto a la ley aplicable en ausencia de elección. Así lo demuestra el hecho de que G. Born, *International Commercial...*, *cit.*, 490-559 identifique hasta nueve posibles soluciones para ese supuesto.

⁸⁸⁸ En cuanto a esta problemática vide M. Penadés Fons, *Elección tácita de ley aplicable en los contratos internacionales* (Cizur Menor: Aranzadi – Thomson Reuters, 2012) 196-202.

⁸⁸⁹ Como ejemplo, vide *Sulamérica Cia Nacional De Seguros S.A. and others v Enesa Engenharia S.A* [2012] EWCA Civ 638.

⁸⁹⁰ Así se exponía en el apartado A.3.a de este Capítulo.

y, en su defecto, la normativa de la sede la que regule las cuestiones competenciales que puedan surgir en relación con el arbitraje.⁸⁹¹ Resulta controvertido, sin embargo, defender de forma realista que esas expectativas cubren también situaciones concursales, de modo que con la elección de la sede del arbitraje o de la ley aplicable al convenio arbitral las partes pretendieran excluir sus *leges concursi* personales en caso de insolvencia. Incluso cuando sea posible demostrar este inusual nivel de previsión por las partes, no cabe obviar que la previsibilidad que pueda producir *inter partes* se traducirá con toda probabilidad en imprevisibilidad *erga omnes* desde la perspectiva concursal (acreedores, administración, autoridad concursal, etc.).

278. Quinto, tampoco se puede ignorar que ésta es una calificación que, al hacer depender a cada convenio arbitral de su propia normativa aplicable, produce el riesgo inevitable de que en el contexto de un mismo procedimiento concursal e incluso con respecto de un mismo acreedor, algunos de los convenios resulten válidos y ejecutables y otros devengan inválidos e inoperativos. Y ello como consecuencia de la aplicación de lógicas concursales y arbitrales probablemente ajenas a la *lex fori concursus*, que es la legislación que *a priori* cuenta con verdadera legitimidad de aplicación sobre los compromisos del deudor.

Desde un punto de vista estratégico, esta variedad de soluciones no es sino abono para la práctica de *forum shopping*. Y, aunque en sí misma esa práctica no sea legítimamente criticable, sí que lo puede ser cuando del desarrollo y resultado de un procedimiento arbitral depende el valor de la masa concursal y, en definitiva, el nivel de cobro de otros acreedores ajenos al arbitraje.

279. Sexto, la remisión potencial a regímenes concursales distintos se lleva a cabo con total independencia de que cada uno de los Estados cuya legislación se pretende aplicar reconozca o no el procedimiento de insolvencia en cuestión. Es decir, se recurre a una normativa para regular cuestiones de naturaleza concursal⁸⁹² sin comprobar con anterioridad si para ese ordenamiento el fenómeno concursal efectivamente existe desde un punto de vista jurídico.

⁸⁹¹ Así lo defienden G. Nater-Bass y O. Mosimann, “Effects...”, *cit.*, 175.

⁸⁹² Es cierto que la materia sustantiva sometida a arbitraje puede tener naturaleza solo indirectamente concursal (por eso es arbitrable), pero ello no priva de naturaleza concursal a la cuestión concreta del efecto que la insolvencia produce sobre la competencia arbitral. Según la concepción de *kompetenz-kompetenz* mantenida por algunos regímenes arbitrales no europeos (USA), esta distinción podría emplearse para argumentar que la determinación de dichos efectos no es arbitrable, de modo que correspondería al juez concursal decidir acerca de la validez y eficacia del convenio arbitral...Vide, en general, G. Bermann, “The ‘Gateway Problem’ in International Commercial Arbitration” (2012) 37 (1) *Yale Journal of International Law* 1, 7-12 y 29.

Además, tampoco se considera si, en el eventual caso de reconocimiento, el Derecho internacional privado de ese Estado remitiría a la legislación concursal que deviene aplicable según el análisis conflictual realizado por el tribunal arbitral o señalaría a una normativa concursal extranjera, incluso a la propia *lex fori concursus*.⁸⁹³

280. Séptimo, es incluso posible que el régimen aplicable desde la perspectiva arbitral no contenga regulación alguna en relación con el efecto de la insolvencia sobre los convenios arbitrales. Aunque ello no implique que el ejercicio de calificación tenga que realizarse a la luz de las normativas potencialmente aplicables, pues en principio éste debería ser un ejercicio neutro e *in abstracto*,⁸⁹⁴ no cabe duda de que la posibilidad de acabar acudiendo a un ordenamiento jurídico carente de soluciones específicas para responder a esa calificación puede desvirtuar el correcto funcionamiento del sistema.

Por ejemplo, piénsese que el tribunal remitiera a un ordenamiento que concibe la confluencia del arbitraje y el concurso como una cuestión de arbitrabilidad o de capacidad, de modo que no prevea ninguna norma específica en materia de convenio arbitral. ¿Qué solución ha de adoptarse, la que hace referencia a la arbitrabilidad o la capacidad aunque contravenga la calificación arbitral y a pesar de que el tribunal ya haya identificado otras normas aplicables para esas categorías?, ¿o ha de entenderse artificialmente que la ausencia de disposiciones en materia de convenio arbitral equivale a que ese ordenamiento no prevé ningún obstáculo a la existencia de arbitraje en situaciones concursales, a pesar de que sí existan reglas específicas para esta problemática en relación con otras categorías?

281. Por último, la identidad de calificaciones que se subrayaba al principio de esta sección no produce la armonía de resultado que se podría esperar desde un punto de vista material. Ello se debe a que la posible coincidencia de calificaciones no va seguida de una coincidencia de normas de conflicto. Mientras el Derecho concursal designa la *lex fori concursus* como la ley aplicable a esta cuestión (art. 4.2.e) RI o art. 200 LC) o impone una solución procesal que varía según el Estado en el que se reconozca del concurso extranjero (art. 20 LMI), el Derecho arbitral permite a las partes elegir la ley aplicable y, en su defecto, remite a la *lex loci arbitri*.⁸⁹⁵

⁸⁹³ Por ejemplo, éste sería el caso del Reglamento de Insolvencia tal y como se interpretó en el Capítulo II.

⁸⁹⁴ En este sentido vide también, S. M. Hohler, *The effect...*, *cit.*; S. Kröll, "Arbitration and Insolvency - Selected...", *cit.*, 245-246 y 249; M. Robertson, "Cross-border insolvency...", *cit.*, 129.

⁸⁹⁵ No resulta acertado defender que la ley aplicable al convenio arbitral ha de incluir también la normativa concursal internacional, como hace L. Markert, "Arbitrating in...", *cit.*, 239. Aunque esta solución podría contribuir a aminorar la duplicidad de tratamiento descrita, es una propuesta que ignora la exclusión del reenvío que caracteriza a la operativa de las normas de conflicto arbitrales aplicables a la cláusula compromisoria.

Es, por tanto, una calificación que no garantiza el respeto directo de los principios concursales de origen (*lex fori concursus*) y que tampoco es acorde con el tratamiento que derivaría desde la perspectiva del Derecho concursal internacional. Por el contrario, es una solución que *de facto* favorece la inaplicación de la *lex fori concursus* salvo en los escasos supuestos en los que el foro concursal y la sede arbitral coinciden en un mismo territorio.⁸⁹⁶

282. Si se aprecia, ninguna de estas razones critica la solución por ser excesivamente pro-arbitral. De hecho, el riesgo de que no exista coincidencia entre la ley aplicable al convenio y la *lex fori concursus* no es *per se* portador de un resultado material concreto. Así, es cierto que los casos que pusieron de manifiesto el problema aquí estudiado y que despertaron el abundante interés doctrinal compartían el rasgo de que la solución prevista en el Derecho concursal resultaba menos favorable al arbitraje que la contenida en el régimen aplicable al convenio. Para estos supuestos, la calificación propuesta desembocaba en un resultado pro-arbitral.

Sin embargo, no existe razón aparente por la que esa misma calificación no deba emplearse a situaciones en las que la normativa aplicable al convenio resulte menos beneficiosa para la operatividad del arbitraje que la prevista en la *lex fori concursus*. Piénsese en un contrato entre una parte española y una portuguesa que contiene un convenio arbitral CCI con sede en Lisboa. El contrato se rige por Derecho español y el convenio, ante la falta de elección, se entiende gobernado por Derecho portugués. La sociedad española entra en concurso. De acuerdo con la calificación mayoritaria, no se acudiría a la *lex fori concursus* (art. 52 LC, que permite el arbitraje), sino a la ley aplicable al convenio arbitral, cuyo Derecho concursal impide la activación de convenios arbitrales post-concurso (art. 87 CIRE).

Aunque no existe jurisprudencia que avale esta interpretación, resulta poco controvertido que es la consecuencia natural de la lógica expuesta en la anterior sección. No obstante, parece legítimo preguntarse si la jurisprudencia y la literatura arriba mencionadas mostrarían el mismo nivel de convicción y univocidad si los supuestos sometidos a examen hubieran incluido escenarios como el descrito...

283. En cualquier caso, lo que el análisis de la práctica arbitral demuestra es que en la encrucijada entre arbitraje y concurso coexisten dos metodologías paralelas de Derecho internacional privado. La arbitral, basada en las tradicionales categorías que inspiran el régimen conflictual

⁸⁹⁶ Otra cosa sería que la reforma del Reglamento de Insolvencia hubiera sido empleada para incluir una norma específica que previera que los efectos del concurso sobre los aspectos competenciales del arbitraje se regirán siempre por la ley aplicable al convenio arbitral, tal y como se propuso en M. Penadés Fons, “El arbitraje internacional en el Reglamento Europeo de Insolvencia: Crítica a la propuesta de reforma” (2014) 32 *Anuario de Derecho Concursal* 265, 279.

de instrumentos como la Convención de Nueva York, el Convenio de Ginebra y la Ley Modelo de Arbitraje; y la concursal, que pretende avanzar hacia un universalismo mitigado y que defiende el rol prioritario de la *lex fori concursus* (Reglamento de Insolvencia y Ley Concursal) y el de la ley del lugar de reconocimiento (Ley Modelo de Insolvencia). La relevancia de las políticas normativas y de los instrumentos regulatorios que fundan cada una de estas disciplinas impide que la problemática producida por la concurrencia de calificaciones pueda resolverse simplemente a través de la invocación *in abstracto* de la superioridad de una con respecto a la otra.⁸⁹⁷

Ello no implica, sin embargo, que su coexistencia haya de resultar en impermeabilidad. Aunque la solución no se articule de forma idéntica en el plano arbitral y el judicial, el objetivo ha de ser el de buscar un mecanismo que favorezca la coherencia de tratamiento que el Derecho concursal y el arbitral deberían ofrecer a un problema que de forma simultánea o sucesiva se plantea las más de las veces en ambas instancias. Cuanto menos, una fórmula que acerque la lógica argumentativa del Arbitraje comercial internacional contemporáneo al Derecho moderno de las insolvencias trasfronterizas.

284. Sorprendentemente, la inmensa mayoría de la literatura publicada hasta la fecha carece de un tratamiento expreso y directo de esta coexistencia de calificaciones. Ello no implica, sin embargo, que las autoridades que se han tenido que enfrentar a la solución *in concreto* de los problemas aquí tratados hayan permanecido ajenos a la tensión argumentativa que deriva de ella. Así, la Opinión de la AG Kokott en el caso *Comisión de las Comunidades Europeas v AMI Semiconductor Belgium BVBA*⁸⁹⁸ puso de manifiesto la inaptitud del régimen conflictual del Reglamento de Insolvencia para acomodar alegaciones relativas a la arbitrabilidad subjetiva o capacidad arbitral de una de las partes. Simplemente era (y es) una categoría desconocida para la lógica del Reglamento y que, por tanto, carece de encaje directo en sus normas de conflicto. De hecho, la AG eludió el análisis de la cuestión y concluyó que su resolución “podría ser innecesaria” (pár. 78) si un resultado equivalente en cuanto a la admisibilidad del arbitraje podía alcanzarse a través de las normas del Reglamento. El TJUE tampoco analizó esta problemática.

Igualmente, en *Elektrim*, el juez Christopher Clarke de la High Court inglesa se hizo eco de una reflexión realizada por los asesores de Elektrim durante la vista del asunto. En ella, estos

⁸⁹⁷ En este sentido no se puede compartir la idea de que I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso...*, cit., 18 y 19, es “normativa concursal [...] y solo la concursal” la que “ha de dar respuesta a este enfrentamiento”.

⁸⁹⁸ Vide Capítulo II.A.2 para un estudio de este caso.

abogados se cuestionaban cómo un tribunal arbitral podía respetar simultáneamente el régimen conflictual del Reglamento, que remitía a la legislación concursal, y la calificación arbitral, que imponía la aplicación de la ley hipotéticamente elegida por las partes para gobernar su convenio arbitral:

*“If, as the majority arbitrators would appear to hold, that [the wording in article 15] means the curial law, how is that rule to apply if the proper law of the arbitration agreement is not the same as the curial law? Suppose the parties in this case not only agreed that the seat of the arbitration should be England but also that the proper law of the agreement to arbitrate should be (say) Greek law. Which law is Article 15 supposed to apply? Does it apply English law to a contract whose proper law is Greek law? Or is one supposed to read the phrase ‘the law of the member state in which that lawsuit is pending’ as if it said ‘the proper law of the relevant arbitration agreement’?”*⁸⁹⁹

La pregunta fue calificada como una *“confusion of thought”* (pár. 76) y, como en *Semiconductor*, quedó simplemente sin respuesta.⁹⁰⁰

285. El análisis que se contiene en esta obra pretende contribuir a esclarecer esos interrogantes. Y lo hace partiendo de la base de que árbitros y jueces tienen distinta naturaleza y siguen distintas lógicas decisionales.

Sobre esta base, el Capítulo III estudió la resolución de estas dudas en el contexto de la intervención judicial en la fase pre-arbitral, cuando la legislación concursal ordena la ineficacia del convenio arbitral o permite que el juez concursal acuerde su suspensión (art. 52.1 LC).⁹⁰¹ Por su parte, el Capítulo V completa el análisis de la esfera judicial mediante el examen del impacto que la coexistencia de regímenes de calificación produce en la fase post-arbitral, cuando los jueces resuelven acciones de anulación y acciones de reconocimiento y ejecución de laudos.⁹⁰² Como se explica en cada uno de esos Capítulos, en ambos escenarios se recurre a criterios de jerarquía normativa de inspiración nacional para superar los problemas de coexistencia.

⁸⁹⁹ *Syska & Elektrim v Vivendi Universal* [Comm], pár. 75. Cursiva en original.

⁹⁰⁰ De hecho, D. Baizeau, “Arbitration and Insolvency...”, *cit.*, 111 también toma el relevo de esta reflexión y se cuestiona si la ley a la remite el Reglamento de Insolvencia también ha de limitarse a la regulación de la validez y eficacia de convenio arbitral o si, por el contrario, ha de incluir también cuestiones como capacidad y procedimiento. Sin embargo, el autor simplemente apunta que *“State courts and commentators remain divided on this issue”*, sin citar a ninguno de esas sentencias o comentaristas (!) y concluye que la decisión inglesa en *Elektrim* fue la acertada.

⁹⁰¹ Vide Capítulo III.B.2.c.

⁹⁰² Vide Capítulo V.C.

Sin embargo, la distinta naturaleza de los tribunales arbitrales con respecto a los órganos judiciales impide que esa lógica les pueda ser aplicada de forma indiferenciada. Y ello, a pesar de que los árbitros también sean conscientes de la tensión que deriva de la concurrencia de regímenes concursales y arbitrales con soluciones incompatibles. Por esta razón, resulta necesario encontrar otras vías argumentales que faciliten la comunión de las dos disciplinas a la vez que se respete los rasgos fundamentales de la actividad arbitral. A esta pesquisa se dedica la segunda mitad de este Capítulo.

C. *Vías alternativas para internalizar la situación concursal en el arbitraje*

286. La ortodoxia del método de calificación expuesto en las anteriores secciones no impide encontrar en la práctica casos en los que los árbitros han decidido preguntarse directamente acerca de la necesidad de respetar las normas concursales. Es decir, situaciones en las que estas normas son *per se* el foco de atención y en las que la decisión sobre su posible aplicación no se hace depender de que una de las categorías tradicionales permita llegar a ellas en virtud de un análisis conflictual puramente arbitral. Desde un punto de vista práctico, son casos en los que los árbitros se plantean bases jurídicas alternativas que permitan justificar la aplicación de los mandatos concursales independientemente de su ejercicio conflictual ordinario.

Este tipo de argumentaciones se da principalmente en los supuestos en los que la localización de la sede arbitral no coincide con el Estado de apertura del procedimiento de insolvencia. De hecho, la práctica demuestra que los tribunales no recurren ni a las categorías propias de la disciplina arbitral ni a su lógica conflictual cuando el *forum concursus* y la sede arbitral coinciden en un mismo territorio. Y ello a pesar de que cuando esta coincidencia se da es muy probable que la calificación arbitral, aun siendo distinta a la concursal, acabe llevando a la aplicación de la *lex loci arbitri* y, por tanto, también a la normativa concursal. Por el contrario, la mayoría de las decisiones arbitrales adoptadas en casos de coincidencia muestra un acuerdo generalizado en relación con la necesidad de respetar la normativa concursal local. Aunque los árbitros no formen parte de las autoridades jurisdiccionales de la sede, en esos casos el concurso no se trata de un procedimiento propiamente extranjero, sino que su apertura produce

efectos directos sobre el territorio de la sede y sobre la actividad arbitral que ocurre en el mismo.⁹⁰³

Además, son escenarios en los que los tribunales arbitrales son conscientes de que esa legislación concursal sustantiva (y no solo la conflictual) será también aplicable en las principales instancias de la fase post-arbitral. Por una parte, los tribunales de la sede la podrán tener en cuenta para decidir sobre una eventual acción de anulación. Por la otra, será relevante en el marco de la insinuación del crédito arbitral en el seno del procedimiento concursal, que se concibe como uno de los fines naturales del laudo. En definitiva, son casos en los que las obligaciones de dictar un laudo válido y un laudo con expectativas de eficacia conducen a la toma en consideración de la misma legislación concursal.

287. La escisión de supuestos según la coincidencia o no del foro concursal y la sede arbitral también puede encontrarse en la Guía para la incorporación de la Ley Modelo UNCITRAL al Derecho interno. Mientras que la Guía no muestra ningún recelo con respecto a los casos de coincidencia, sí sugiere que cuando la sede se localice fuera del Estado de apertura “tal vez no sea siempre posible, en términos prácticos, paralizar automáticamente las actuaciones arbitrales”.⁹⁰⁴ Es decir, exactamente la conclusión que se alcanzó en la primera mitad de este Capítulo.

Pues bien, más allá de las categorías tratadas en la Sección A, existen en la práctica otros dos mecanismos empleados con frecuencia por los tribunales arbitrales para evaluar la aplicabilidad del Derecho concursal distinto al de la sede. El primero es la extraterritorialidad del procedimiento de insolvencia por mor de su propia vocación universal, de modo que los tribunales arbitrales se reconozcan afectados por el concurso a pesar de estar localizados en otro Estado. El segundo es el carácter imperativo que puedan tener las normas concursales que regulan el efecto de la insolvencia sobre el arbitraje. En ambos casos, la pregunta no es si la situación concursal es encuadrable en algunas de las categorías tradicionales del Derecho arbitral, sino que el tribunal se cuestiona directamente si ha de respetar o no los mandatos previstos en la *lex fori concursus*.

⁹⁰³ Laudos finales en el Asuntos CCI 8133 (1999), disponible en E. Jolivet, “Quesques...”, *cit.*, 363, y 7205 (1993), disponible en J. J. Arnaldez, Y. Derains y D. Hascher, *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995* (1997), vol. III, 622-625 (ambos con sede en París y Derecho concursal francés). En el mismo sentido vide S. Vorburger, *International Arbitration...*, *cit.*, 35 (citando jurisprudencia arbitral suiza); S. Kröll, “Arbitration and Insolvency - Selected...”, *cit.*, 223; D. Baizeau, “Arbitration and Insolvency...”, *cit.*, 101-103; A. Mourre, “Arbitraje y...”, *cit.*, 236; y P. Fouchard, “Arbitrage...”, *cit.*, 480.

⁹⁰⁴ Guía para la incorporación de la Ley Modelo UNCITRAL al Derecho interno, pár. 145. También en el pár. 103.

1. La territorialidad del Derecho concursal y el reconocimiento judicial de la insolvencia extranjera

288. Un primera forma de enfrentarse a la pregunta de si el tribunal arbitral con sede fuera del *forum concursus* ha de verse afectado por la insolvencia de una de las partes es mediante el análisis del alcance extraterritorial de las normas concursales. Desde esta perspectiva, cuando el procedimiento concursal no produzca efectos fuera de sus fronteras, el tribunal no resultará afectado por el mismo, pudiendo mantener íntegra su competencia. El análisis de la jurisprudencia arbitral demuestra que tal limitación territorial puede argumentarse de tres forma distintas.
289. En primer lugar, es posible que la legislación concursal bajo la cual se tramita la insolvencia no pretenda alcanzar ni al patrimonio extranjero del deudor ni a la actividad que éste lleve a cabo fuera del *forum concursus*. En estos casos, la inocuidad de la situación concursal sobre un arbitraje con sede en un Estado tercero parece un resultado poco objetable, pues no es sino la consecuencia de la propia voluntad del legislador del Estado de apertura.

Como ya se mencionó en la introducción de esta obra, la mayoría de los Derechos concursales modernos asientan su régimen sobre un modelo de aspiración universalista. Es decir, salvo que se diga lo contrario, el procedimiento alcanza a todo el patrimonio del deudor y lo somete al mismo régimen concursal.⁹⁰⁵ Sin embargo, ésta no ha sido siempre la interpretación dada por los tribunales arbitrales, que en ocasiones han justificado la inaplicación de las restricciones concursales sobre la base de que el procedimiento colectivo únicamente pretendía tener alcance territorial.⁹⁰⁶

Así, en el laudo dictado en el Asunto CCI 6057 (1991) un tribunal arbitral con sede en Damasco descartó estar vinculado por el procedimiento concursal abierto en Francia contra la demandada alegando que las reglas galas “no tenían la intención de producir efectos en Siria”.⁹⁰⁷ En el mismo sentido se pronuncia también el laudo dictado en el Asunto CCI 12993 (2005), que rechazó el efecto del Derecho concursal sur-coreano sobre un arbitraje con sede

⁹⁰⁵ Vide Capítulo I.2.

⁹⁰⁶ Así lo expone también F. Mantilla Serrano, “International...”, *cit.*, 57.

⁹⁰⁷ Laudo final en el Asunto CCI 6057 (1991), *Syrian company v French company*, disponible en (1996) III *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995*, 487, comentado en Y. Derains, “Annotation” (1993) 120 *Journal de Droit International* 1016 (sede en Damasco, Derecho concursal francés) (traducción del autor).

en Tokio sobre la base de que ese Derecho no “pretende aplicarse a litigios y arbitrajes que ocurran fuera de Corea”.⁹⁰⁸

Más allá de estos casos, el análisis de la vocación trasfronteriza de las normas que componen la *lex fori concursus* puede tener una relevancia fundamental para que el tribunal arbitral identifique correctamente el régimen cuya aplicación ha de someterse a examen. Tal y como se comentó en el Capítulo II en relación con el Reglamento de Insolvencia, es posible que el Derecho concursal otorgue tratamientos distintos a arbitrajes internos y extranjeros, así como a arbitrajes nacionales e internacionales.⁹⁰⁹ Son supuestos en los que territorialidad o extraterritorialidad no se predica de todo el régimen concursal sino solo de una o varias de sus reglas. La relevancia de esta consideración quedó evidenciada en el análisis del asunto *Mazur Media*.⁹¹⁰ Se ha de recordar, no obstante, que en el caso español el art. 52 LC es la única norma relevante para determinar el impacto que la apertura concursal produce sobre convenios y procedimientos arbitrales.⁹¹¹ Por tanto, su ámbito alcanza a todos los compromisos arbitrales del deudor, independientemente de su posible elemento trasfronterizo.

290. La segunda vertiente de la argumentación territorialista la protagonizan laudos que declaran que un tribunal arbitral con sede fuera del *forum concursus* no puede quedar vinculado ni por el procedimiento de insolvencia ni por las reglas que los gobiernan. Según esta jurisprudencia, lo relevante no es si el concurso tiene alcance territorial o universal sino que la consideración fundamental es la inaptitud inherente al régimen concursal de un Estado para obligar *per se* a órganos o autoridades situados en otro Estado. Al amparo de esta limitación, estos tribunales arbitrales se declaran legitimados para desoír las pretensiones concursales de la *lex fori concursus* y niegan la eficacia de las restricciones que éstas puedan imponer sobre la operatividad del convenio arbitral o sobre la competencia del tribunal. Aunque ésta no parece ser una interpretación que goce de amplia acogida en la actualidad, sí fue la “tendencia dominante”⁹¹² en décadas anteriores.

⁹⁰⁸ Laudo Final en el Asunto 12993 (2005), disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 105 (sede en Tokyo, Derecho concursal sur-coreano, demandante de Singapur), comentado en H. Tezuka, “Japan's Evolving Approach Towards the Resolution of Conflicts Arising from the Intersection of International Arbitration and Cross-Border Bankruptcy” (2011) 5(2) *Dispute Resolution International* 213, 219 (traducción del autor). El tribunal, no obstante, también entendió que la suspensión prevista por el Derecho sur-coreano era en realidad una cuestión procesal y, por tanto, gobernada por la *lex arbitri* (Derecho japonés).

⁹⁰⁹ Vide el Capítulo II.C.3.a.

⁹¹⁰ *Id.*

⁹¹¹ Vide el Capítulo III.B.1.a.

⁹¹² F. Mantilla Serrano, “International...”, *cit.*, 58. La superación actual de esta postura también la apunta S. Kröll, “Arbitration and Insolvency - Selected...”, *cit.*, 238.

Así, lo demuestran los Asuntos CCI 6697 (1990),⁹¹³ 5996 (1991)⁹¹⁴ y 2139 (1974).⁹¹⁵ A título de ejemplo, en el Asunto CCI 5996 (1991) el tribunal con sede en Túnez entendió que el procedimiento concursal abierto en Francia contra la parte demandada no podía producir ningún efecto sobre un arbitraje localizado en un Estado tercero. Y ello a pesar de que la legislación concursal así lo pretendiera. Aunque los árbitros reconocieron que su posición podría suponer la ineficacia del laudo en el territorio francés, el tribunal decidió acceder a la solicitud de la parte camerunesa (demandante) y continuó con el arbitraje de espaldas a la prohibición gala.

Más allá de los tres casos que menciona el párrafo anterior, el Asunto CCI 4415 (1984)⁹¹⁶ también puede resultar ilustrativo. Es cierto que la parte más importante de la argumentación empleada en este laudo es afín a la metodología que se expuso en la Sección B de este Capítulo.⁹¹⁷ Sin embargo, para justificar la decisión de ignorar las restricciones previstas por la legislación concursal del Estado de apertura el tribunal también recurrió a un laudo dictado en Sofía en 1976 bajo los auspicios de la Bulgarian Arbitration Court.⁹¹⁸ Es ese caso, los árbitros concluyeron que su arbitraje no debería verse afectado por la apertura de un procedimiento concursal en Italia, pues un tribunal localizado en un Estado distinto al de la sede arbitral no podía quedar vinculado por la legislación del Estado de apertura. Por tanto, mediante la remisión a ese laudo, los árbitros del Asunto CCI 4415 también parecieron adherirse a la postura aquí comentada.

291. En último lugar, la jurisprudencia arbitral refleja que algunos tribunales han optado por una postura que, aun siendo similar a la que se acaba de comentar, cuenta con un nivel más elevado de elaboración. En estas resoluciones, la postergación del régimen concursal no se asienta sobre la inaptitud genérica de ese régimen para regir situaciones extranjeras, sino que los tribunales hacen énfasis en la limitación territorial que *a priori* sufren los procedimientos de insolvencia.

⁹¹³ Laudo parcial (*Casa v Cambior*), disponible en (1992) *Revue de l'Arbitrage* 135, 142.

⁹¹⁴ Inédito, mencionado en F. Mantilla Serrano, "International...", *cit.*, 57.

⁹¹⁵ Laudo final, disponible en S. Jarvin y Y. Derains, *Collection of ICC Awards 1974-1985* (1990), 236 y en (1975) 102 *Journal de Droit International* 929 (sede en París y Derecho concursal italiano).

⁹¹⁶ Laudo final, disponible en S. Jarvin y Y. Derains, *Collection of ICC Awards 1974-1985* (1990), 530, y en (1984) 111 *Journal de Droit International* 952.

⁹¹⁷ Y así fue citado en el Capítulo IV.A.2.b y IV.A.3.a.

⁹¹⁸ Disponible en (1978) 105 *Journal de Droit International* 654. El tribunal, además, afirmó que el hecho de que la parte demandante no hubiera participado en la decisión de abrir el procedimiento de insolvencia contra la parte demandada impedía que el tribunal arbitral diera prioridad sin más a la situación concursal y diera por finalizado el arbitraje. El mismo razonamiento puede encontrarse en el laudo dictado en el Asunto CCI 2103 (1972), disponible en (1974) 101 *Journal de Droit International* 929.

En efecto, no puede ignorarse que, sin perjuicio de las aspiraciones universalistas que pueda perseguir cualquier Derecho concursal, su eficacia real está condicionada a que el procedimiento y sus efectos sean reconocidos por las autoridades de cada uno de los Estados terceros en los que se pretendan hacer valer. Salvo en el caso de los ordenamientos que prevén el reconocimiento automático de ciertas insolvencias extranjeras, como es el caso del Reglamento europeo,⁹¹⁹ tal homologación requiere de un acto expreso de reconocimiento (más o menos formal) en cada territorio nacional. Este rasgo demuestra un nivel de dependencia en concepciones territoriales y de soberanía que no casa con la naturaleza trasfronteriza y fluida de la actividad comercial. Sin embargo, su superación requiere de la adopción de instrumentos internacionales que no existen o no han gozado de éxito hasta la fecha.

292. Pues bien, esta realidad ha sido invocada con firmeza por varios tribunales con el fin de justificar la posibilidad de desatender los mandatos y limitaciones que derivaban de la situación concursal de una de las partes. Éste es el caso de los laudos dictados en los Asuntos CCI 16369 (2012),⁹²⁰ 9089 (1998)⁹²¹ y 1350 (1968).⁹²² Todos ellos declararon que la ausencia de reconocimiento del procedimiento concursal por parte de las autoridades de la sede impedía que el tribunal arbitral quedara vinculado por el régimen concursal extranjero.⁹²³ Además, aunque en el ya mencionado Asunto CCI 6057 (1991) el tribunal arbitral fundó la parte central de su argumentación en el alcance meramente territorial del procedimiento concursal francés, también afirmó que esa territorialidad se debía a que el procedimiento “sin más” no podía surtir efectos fuera de Francia. Parece que con esta expresión el tribunal también estaba sugiriendo que el reconocimiento del concurso galo por los tribunales de Siria podría haber modificado el nivel de vinculación que los árbitros sentían con respecto a los mandatos concursales franceses.⁹²⁴

Más allá de esta jurisprudencia arbitral, la postura que se menciona también ha contado con el apoyo puntual de alguna resolución de origen nacional. Así, la Sentencia de la Cour d’appel de Paris, de 12 de enero de 1993, declaró que el trámite de reconocimiento exigido para que

⁹¹⁹ Vide otras excepciones en el Capítulo V.B.2.b.i.

⁹²⁰ Laudo final, disponible en (2014) XXXIX *Yearbook Commercial Arbitration* 169 (sede en Zurich y Derecho concursal kosovar).

⁹²¹ Disponible en E. Jolivet, “Quesques...”, *cit.*, 365 (sede en Francia y Derecho concursal italiano).

⁹²² Disponible en (1975) 102 *Journal de Droit International* 931 (sede en Suiza y Derecho concursal austríaco). J. Rosell y H. Prager, “International Arbitration...”, *cit.*, 424 también nombran otro arbitraje CCI sin identificar en el que el tribunal arbitral con sede en Francia decidió excluir la aplicación de la suspensión automática ordenada por la legislación concursal estadounidense sobre la base de que, salvo reconocimiento en el extranjero, el procedimiento concursal de US solo tenía efectos en su territorio de apertura.

⁹²³ Esta es una idea que también parece defender P. Karrer, “Views...”, *cit.*, 111.

⁹²⁴ Así lo sugiere también D. Baizeau, “Arbitration and Insolvency...”, *cit.*, 106.

los procedimientos concursales extranjeros pudieran surtir plenos efectos en territorio francés también debía ser considerado por los tribunales arbitrales internacionales con sede en Francia. Sin tal reconocimiento, la posible suspensión de procedimientos derivada de la *lex fori concursus* no podía ser efectiva.⁹²⁵

293. Sin perjuicio de este respaldo jurisprudencial, parece que la posibilidad de invocar esta interpretación ha perdido casi total relevancia en los casos en los que tanto el procedimiento de insolvencia como el arbitral se sitúen en Estados miembros de la Unión Europea. En efecto, el régimen de reconocimiento automático prescrito por el Reglamento de Insolvencia implica que, desde el momento de su apertura, el procedimiento concursal goza de plenos efectos en todo el territorio de la Unión.

294. Además, e independientemente de este desarrollo, la argumentación empleada en las mencionadas resoluciones puede ser sometida a tres apuntes críticos. Primero, es posible que el Derecho internacional privado de la sede prevea que los efectos de la insolvencia reconocida sobre el arbitraje en cuestión no se determinen por la *lex fori concursus*, sino por el Derecho concursal de la sede. Por ejemplo, ésta es la solución que prevé el art. 20 LMI.⁹²⁶ Por tanto, centrar el análisis exclusivamente en el acto de reconocimiento y en la legislación del Estado de apertura implica ignorar las complejidades y peculiaridades del régimen concursal internacional. Precisamente, el mismo régimen que esos tribunales invocan para justificar su no vinculación a las posibles restricciones impuestas por el procedimiento colectivo.

Segundo, el tenor del mencionado enfoque implica enfrentar a la circunstancia concursal como una cuestión de todo o nada. Aunque es una postura que tiene el indudable atractivo de evitar las complejidades de calificación descritas en la sección B de este Capítulo, el debate solo parece ofrecer la alternativa de adherirse íntegramente a la *lex fori concursus* o de ignorar la situación concursal proveniente de un Estado tercero.⁹²⁷ Frente a esta interpretación, parece preferible optar por un modelo que distinga entre dos fases distintas: el reconocimiento de la situación concursal y, en caso afirmativo, la determinación de los efectos que tal circunstancia concursal produce sobre el arbitraje.⁹²⁸

⁹²⁵ Sentencia de la Cour d'appel de Paris (1re Ch. C.), de 12 enero 1993 (*République de Côte-d'Ivoire et autre v Société Norbert Beyrard*), disponible en (1994) 4 *Revue de l'Arbitrage* 685, que confirma el Laudo dictado en el Asunto CCI 5954 (1991), inédito, citado por J. Rosell y H. Prager, "International Arbitration...", *cit.*, 427.

⁹²⁶ Vide con detalle el Capítulo III.A.

⁹²⁷ En el mismo sentido, S. Kröll, "Arbitration and Insolvency - Selected...", *cit.*, 231.

⁹²⁸ Este es el modelo que inspira la solución propuesta en la Sección D de este Capítulo.

Tercero, es muy probable que en el momento en el que el tribunal arbitral lleva a cabo el análisis acerca de la situación concursal ni el deudor concursal ni su síndico hayan intentado todavía obtener el reconocimiento de la insolvencia. En estas circunstancias, la decisión del tribunal de resolver la controversia de espaldas de la realidad concursal sin más, esto es, sin considerar ni siquiera la reconocibilidad futura de la insolvencia por los tribunales de la sede, abre las puertas a acciones de anulación en las que sí se tome en consideración la insolvencia extranjera, incluso dando a su reconocimiento efectos retroactivos.⁹²⁹

Finalmente, y con carácter fundamental, la argumentación empleada en los citados laudos asume una falsa equiparación conceptual entre la posición de los órganos judiciales del Estado receptor y los tribunales internacionales que tengan su sede en él. Mediante la decisión de reconocimiento, la insolvencia extranjera entra a formar parte de la realidad jurídica del Estado receptor como un evento generador de efectos propios amparados por la ley. Sin lugar a dudas ello repercutirá directamente sobre la resolución de una eventual acción de anulación.⁹³⁰ De hecho, los árbitros internacionales operan dentro del marco arbitral previsto por el ordenamiento jurídico de la sede (la *lex loci arbitri*) y sus decisiones están sometidas a sus normas de orden público. Sin embargo, ello dista mucho de poder afirmar que la posibilidad de tomar en consideración la situación concursal en el procedimiento arbitral está sujeta necesariamente a que la insolvencia extranjera sea un evento jurídicamente existente a los ojos de los órganos judiciales de la sede. Mantener esta postura implicaría asumir que los árbitros internacionales forman parte integrante de ese ordenamiento.⁹³¹ Frente a ello, parece que los tribunales deberían gozar de autoridad suficiente para tomar esta decisión de forma autónoma, siquiera con propósitos puramente incidentales.⁹³²

295. Sobre la base de esta última crítica, varios autores han defendido que el mejor enfoque para decidir acerca de la necesidad de que un tribunal se someta a la legislación concursal consiste en evaluar directamente el carácter imperativo que la misma pueda tener.⁹³³ Al estudio de esta posibilidad se dedica el siguiente epígrafe.

⁹²⁹ Respecto a estas situaciones vide el Capítulo V.A.3.

⁹³⁰ Vide el Capítulo V.A.

⁹³¹ De hecho, se ha llegado a afirmar que todos los concursos son igualmente extranjeros para el tribunal arbitral, incluso los tramitados en el territorio de la sede. Vide F. Perret, "Faillite...", *cit.*, 42 y D. Brown-Berset y L. Lévy, "Faillite...", *cit.*, 680.

⁹³² Esta es la posición que se defiende en el Capítulo IV.D.1.

⁹³³ G. Nater-Bass y O. Mosimann, "Effects...", *cit.*, 175; S. Nadeau-Séguin, "When Bankruptcy...", *cit.*, 100-101; L. Markert, "Arbitrating in...", *cit.*, 237; A. Mourre, "Arbitrage et...", *cit.*, 166; F. Perret, "Faillite...", *cit.*, 45; J. Rosell y H. Prager, "International Arbitration...", *cit.*, 431; y F. Mantilla Serrano, "International...", *cit.*, 59.

2. Las leyes concursales como normas imperativas y el orden público internacional

296. Las normas imperativas se insertan dentro de la categoría general de las leyes de policía, y constituyen tradicionalmente una de las cuestiones más controvertidas del Derecho internacional privado. En general, pueden definirse como aquellas reglas de un ordenamiento jurídico que tienen vocación de gobernar un supuesto de hecho concreto sin perjuicio de la ley que resulte generalmente de aplicación. En el ámbito del arbitraje internacional, este debate ha quedado plasmado en un intenso debate sobre las mismas, tanto en el plano práctico como académico.⁹³⁴ En el contexto concursal, el estudio de esta cuestión requiere el examen de dos cuestiones.

Por una parte, esclarecer si las disposiciones concursales que regulan el efecto de la insolvencia sobre el arbitraje son imperativas. Por la otra, determinar si efectivamente los árbitros tienen la obligación de respetar esas normas y, en su caso, los mecanismos que existen para garantizar el cumplimiento de ese deber.

297. Antes de entrar en el análisis de estos aspectos se hace necesario realizar una precisión aparentemente simple pero de una relevancia crucial. El punto de partida para poder considerar la posible aplicación imperativa de una norma es que el supuesto de hecho caiga dentro de su ámbito de aplicación *ratione personae, materiae y loci*. Si no se satisface este requisito, el posible carácter imperativo de la norma y la eventual obligación de los árbitros de respetarla constituirán consideraciones insuficientes para justificar su aplicación. Por ejemplo, resultará irrelevante que se demuestre la imperatividad de la regulación concursal perteneciente a la *lex contractus* y que se alegue el deber general de los árbitros de aplicar este tipo de normas si la situación concursal que afecta a una de las partes del arbitraje no está regulada por ese Derecho concursal. Simplemente, sería el régimen concursal equivocado.

⁹³⁴ Por todos, vide los estudios de A. S. Raw, "The arbitrator and mandatory rules of law" (2008) 18 *American Review of International Arbitration* 1; G. Bermann, "Mandatory rules of law in international arbitration" en F. Ferrari y S. Kröll (eds.), *Conflict...*, cit., 325; L. Radicati di Brozolo, "Arbitrage commercial international et lois de police. Considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international" (2006) 305 *Recueil des Cours* 269, 501; A. Barraclough y J. Waincymer, "Mandatory Rules of Law In International Commercial Arbitration" (2005) 6 *Melbourne Journal of International Law* 205, 206; D. Hochstrasser, "Choice of Law and Foreign Mandatory Rules in International Arbitration" (1994) 11 (1) *Journal of International Arbitration* 57, 67; N. Vosner, "Mandatory Rules of Law as a Limitation on the Law Applicable In International Commercial Arbitration" (1996) 7 *American Review of International Arbitration* 319; Y. Derains, "Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration", (1987) 3 *ICCA Congress Series* 227; y P. Mayer, "Mandatory rules of law in international arbitration" (1986) 2 *Arbitration International* 274, 275.

Pues bien, a pesar de la simplicidad de este apunte, es un factor que omite una gran parte de los estudios doctrinales que se citan en este epígrafe.⁹³⁵ En la mayoría de los casos, los autores únicamente tratan el carácter imperativo de la normativa concursal (*in abstracto* o en relación con leyes individuales) sin mencionar el requisito de que la misma sea efectivamente aplicable.

298. Varias resoluciones arbitrales demuestran las implicaciones prácticas de esta consideración. Así, en el laudo dictado en el Asunto CCI 13507 (2009),⁹³⁶ el tribunal arbitral entendió que el hecho de tener la sede en Barcelona no convertía al Derecho concursal español (art. 52 LC) en el régimen apropiado para determinar el efecto que el procedimiento de insolvencia debía producir sobre el arbitraje. Dado que el concurso de la parte demandada se estaba tramitando en Suiza, las normas concursales suizas eran las únicas que cubrían el supuesto de hecho y cuya aplicabilidad tenía que ser sometida a consideración. Similar lógica comparte el laudo del Asunto CCI 11876 (2003),⁹³⁷ en el que el tribunal con sede en Londres entendió que la parte demandada había tenido “buen criterio” en basar su argumentación en el Derecho concursal francés y no en el inglés, pues solo aquél era aplicable el procedimiento concursal. Finalmente, en el mismo sentido se pronuncia el laudo del Asunto CCI 8459 (1997).⁹³⁸ El tribunal negó la relevancia del Derecho concursal de la sede (París) a la hora de evaluar el alcance de su competencia tras la apertura del procedimiento de insolvencia. No era en Francia sino en Argelia donde la parte demandada había sido declarada en concurso.

Tal y como se deriva de estos pronunciamientos, el régimen verdaderamente relevante a los efectos de evaluar si puede ser aplicado por mor de su carácter imperativo es solo el del Estado de apertura de la insolvencia. La *lex fori concursus*. Ésa es la normativa que efectivamente se aplica al deudor en el procedimiento concursal y cuyo ámbito de aplicación generalmente aspira a alcanzar a todo su patrimonio y actividad independientemente de su localización. Y ello sin perjuicio de que el régimen concursal de la sede o de los Estados de posible ejecución futura también pueda tener relevancia como consecuencia de otras razones que luego se consideran.⁹³⁹

⁹³⁵ Como excepción, K. Sachs, “Insolvency...”, *cit.*, 33 (aun muy de pasada) y G. Kaufmann-Kohler y L. Lévy, “Insolvency...”, *cit.*, 269.

⁹³⁶ Disponible en (2010) XXXV *Yearbook Commercial Arbitration* 158.

⁹³⁷ Laudo final, disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 85.

⁹³⁸ Disponible en E. Jolivet, “Quesques...”, *cit.*, 364.

⁹³⁹ Principalmente, como régimen integrante de la noción de orden público internacional (vide *infra* en el apartado b) de este epígrafe) o como consecuencia de que así lo prescriba el régimen de Derecho internacional privado en materia de insolvencias extranjeras (vide la Sección siguiente).

a. *El carácter imperativo del Derecho concursal*

299. La calificación de una norma como imperativa puede provenir de su propia (auto)declaración como tal o puede derivar de forma implícita de la sustancia o contenido de su mandato, de modo que refleje la existencia de ciertas políticas de interés general (social, económico o político) que requieran protección más allá de otras leyes aplicables.

El Derecho concursal se ha caracterizado tradicionalmente por su naturaleza híbrida. Mientras varias de sus disposiciones hacen referencia a cuestiones pertenecientes a la esfera estrictamente privada, no cabe duda de que la mayoría de su régimen está impregnado por un importante elemento público o, cuanto menos, colectivo. En efecto, no puede olvidarse que la apertura de un procedimiento de insolvencia y el nombramiento de la administración concursal es la respuesta que el Estado otorga a la existencia de una patología en el funcionamiento del mercado. Una situación que produce riesgos directos sobre otras personas que también intervienen en el mismo.⁹⁴⁰

300. La presencia de tal interés general justifica que muchas de las normas del régimen concursal sean de carácter indisponible, esto es, que las partes carezcan de libertad para excluir su aplicación o para reemplazarlas por acuerdos privados alternativos. Tal indisponibilidad es predicable de forma general de todo el marco procedimental ordenado por la legislación concursal. Por ejemplo, un deudor en situación de insolvencia no puede optar por no quedar sujeto a un procedimiento concursal si así lo solicita uno de sus acreedores; tampoco puede variar el régimen de suspensión o intervención ordenado por el juez concursal, ni disponer a su voluntad del régimen de *vis attractiva concursus*, ni acordar con los acreedores cuáles son los poderes que se ha de reconocer a la administración concursal.

Cuando las normas no disponibles para las partes devienen relevantes en el marco de un procedimiento heterocompositivo, tal indisponibilidad se traduce en una obligación de aplicación por parte del tribunal competente. Es decir, si las partes no pueden eludir su mandato porque es la solución que el ordenamiento jurídico impone de forma imperativa también para disputas internacionales, cualquier mecanismo empleado para resolver esas controversias también ha de garantizar que la voluntad del legislador goce de igual virtualidad.

⁹⁴⁰ Por todos, G. Kaufmann-Kohler y L. Lévy, “Insolvency...”, *cit.*, 270; H. L. Buxbaum, “Rethinking International Insolvency: The Neglected Role of Choice-of-Law Rules and Theory” (2000) 36 *Stanford Journal of International Law* 23, 50; y J. D. González Campos, “Aspectos internacionales...”, *cit.*, 362, que habla de “intereses nacionales” y del control del Estado sobre los “procesos económicos importantes que afectan a su economía”.

301. El alcance de las normas imperativas puede variar según la naturaleza doméstica o internacional de la disputa. Sin embargo, una parte importante de la doctrina especializada defiende que, en ambos casos, muchas de las reglas tradicionalmente presentes en el régimen concursal han de calificarse como normas imperativas.⁹⁴¹ Ello incluye cuestiones como la igualdad de acreedores, la suspensión (y en algunos Estados la prohibición) de las acciones individuales contra el deudor, la obligación de los acreedores de personarse en el concurso para poder hacer valer su crédito, la prohibición de ejecuciones individuales contra el deudor⁹⁴² o el derecho a un proceso debido tanto para los acreedores como para el deudor y la administración.

En línea con esta posición, es posible afirmar que el régimen que cada Estado prevea en relación con la posibilidad de que los convenios arbitrales suscritos por el concursado permanezcan o no operativos tras la apertura de la insolvencia y de que el concursado pueda participar en procedimientos arbitrales durante la tramitación concursal también forma parte del conjunto normativo de aplicación imperativa. Al fin y al cabo, no es sino una faceta más de las herramientas regulatorias aprobadas por el Estado con el fin de facilitar la gestión efectiva de la circunstancia concursal.

Sobre esta base, se ha defendido que preceptos como el art. 142 LPIR tendrían que ser de aplicación imperativa por tribunales arbitrales internacionales, incluso si estuviesen sitos fuera del foro concursal.⁹⁴³ La misma opinión es extensible al art. 52 LC o al art. 87 CIRE, que son preceptos igualmente indisponibles para las partes. De hecho, la Guía UNCITRAL para la adopción de la Ley Modelo de Insolvencia no duda en afirmar que las medidas que un Estado prevea con respecto a la necesidad de interrumpir temporal o definitivamente los procedimientos individuales judiciales y arbitrales que afecten al deudor concursal “no son [normas] discrecionales”.⁹⁴⁴ El mismo carácter imperativo se apunta incluso en los documentos elaborados por expertos arbitrales en el seno de UNCITRAL.⁹⁴⁵

⁹⁴¹ A favor de esta postura, por ejemplo, K. Sachs, “Insolvency...”, *cit.*, 33; D. Jones, “Insolvency...”, *cit.*, 127; L. Lévy, “Arbitration and...”, *cit.*, 103, 105 y 110; R. Millet, “Cross-border insolvency and...”, *cit.*, 114; y D. Baizeau, “Arbitration and Insolvency...”, *cit.*, 100.

⁹⁴² Más allá de las peculiaridades de cada Estado en relación con ciertos derechos de garantía.

⁹⁴³ R. Millet, “Cross-border insolvency and...”, *cit.*, 114 y V. Lazic, “Cross-Border Insolvency and Arbitration...”, *cit.*, 362.

⁹⁴⁴ Pár. 145.

⁹⁴⁵ UNCITRAL, *Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration* (2012) 164, disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf>.

302. Aunque no muy abundante, esta postura también encuentra refrendo en la práctica arbitral. Así, en el laudo final dictado en el Asunto CCI 7289 (1998),⁹⁴⁶ el tribunal arbitral con sede en París entendió que las normas del Derecho concursal yugoslavo que establecían la competencia exclusiva del juez concursal con respecto a los litigios que afectaran a la demandada yugoslava constituían una norma imperativa. En virtud de ello, el tribunal se sintió obligado a declarar su falta de competencia con respecto a esa parte.⁹⁴⁷

De manera similar, los tribunales arbitrales de los Asuntos CCI 9163 (2001)⁹⁴⁸ y 6864 (1994)⁹⁴⁹ entendieron que varias de las restricciones impuestas por el Derecho concursal francés eran normas de naturaleza imperativa. Ello incluía la necesidad de suspender el arbitraje hasta que el acreedor se hubiera personado en el procedimiento de insolvencia y la obligación de que los árbitros limitaran el laudo a un pronunciamiento declarativo y no condenatorio.⁹⁵⁰ Según el tribunal, la obligación de aplicarlas venía justificada por los “intereses legítimos” que protegen esas normas y por la estrecha vinculación entre las mismas y el supuesto de hecho. Tal y como expresamente reconoció el laudo del Asunto 9163, resultaba irrelevante que esa legislación no correspondiera ni con la ley de la sede, ni con las leyes aplicables al fondo del asunto o al procedimiento arbitral. Era una cuestión de aplicación directa y necesaria.⁹⁵¹

303. Frente a esta postura, no obstante, también existen resoluciones que han negado el carácter imperativo de las disposiciones concursales relativas al efecto que el procedimiento de insolvencia produce sobre la vía arbitral. Un primer ejemplo lo constituye la ya mencionada disputa entre las sociedades Universal y Elektrim. Del análisis empleado por los tribunales en los arbitrajes LCIA y CCI es posible deducir que ninguno de ellos estimó que el art. 142 LPIR constituyera una norma de obligatoria aplicación. Tal y como se expuso con detalle en la Sección B, ambos tribunales sometieron la posible aplicación de este precepto al análisis

⁹⁴⁶ Disponible en E. Jolivet, “Quesques...”, *cit.*, 357.

⁹⁴⁷ El tribunal, no obstante, entendió que el arbitraje podía continuar contra el resto de codemandados, que no estaban inmersos en situación concursal.

⁹⁴⁸ Laudo final, disponible en (2003) 1 *Revue de l'Arbitrage* 227, 230 y en (2005) *Journal de Droit International* 1283 (sede en Ginebra, Derecho concursal francés).

⁹⁴⁹ Laudo final, disponible en E. Jolivet, “Quesques...”, *cit.*, 354 (sede en Túnez, Derecho concursal francés).

⁹⁵⁰ La misma postura adoptó el Laudo final del Asunto CCI 8133 (1999), disponible en E. Jolivet, “Quesques...”, *cit.*, 363, en relación con la obligación de dictar un laudo declarativo, aunque era una disputa sin elementos internacionales y tanto la sede arbitral como el procedimiento concursal se localizaban en Francia.

⁹⁵¹ Algo confuso es el Laudo final dictado en el Asunto CCI 11876 (2003), disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 85. A pesar de comenzar el análisis defendiendo que el Derecho del procedimiento de insolvencia no podía privar al tribunal, con sede en Londres, de su competencia, empleó una parte importante de su argumentación en analizar el Derecho concursal francés para concluir que el comienzo del concurso no suponía la pérdida de competencia del tribunal.

conflictual propio de las categorías tradicionales de la disciplina arbitral. Éste hubiera sido un ejercicio innecesario si el mencionado precepto se hubiera calificado como una norma imperativa.

Este enfoque fue confirmado con ocasión de las acciones de anulación que se interpusieron contra esos laudos en Reino Unido y Suiza. En ambos casos los órganos judiciales se adhirieron a la lógica conflictual empleada por los tribunales. En la rama suiza, además, el voto particular emitido por dos de los cinco jueces del Tribunal Federal manifestó expresamente que el art. 142 LPIR no constituía una norma imperativa. Según esa opinión, si la interpretación mayoritaria de los arts. 4.2.f) y 15 del Reglamento de Insolvencia afirmaba que todos los efectos del procedimiento concursal sobre el arbitraje se debían regir por la *lex fori concursus* o por la *lex loci arbitri* según el estado de tramitación del procedimiento arbitral en el momento de la apertura de la insolvencia,⁹⁵² ello implicaba necesariamente que no se trataba de una norma imperativa sino de una norma cuya aplicación estaba sometida a un análisis conflictual.⁹⁵³

304. La interpretación defendida en ese voto se convirtió en doctrina mayoritaria a través de la ya mencionada sentencia del Tribunal Federal suizo de 16 de octubre de 2012.⁹⁵⁴ En ella, el Tribunal concluyó que la prohibición de arbitraje contenida en el art. 87 CIRE no podía ser calificada como una norma imperativa.⁹⁵⁵ Y lo hizo sobre dos argumentos. Por una parte, los jueces suizos enfatizaron que el tenor del precepto preveía, de forma análoga a como hace el art. 52 LC, que su regulación se establece “sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales”. Por la otra, el Tribunal Federal se refirió al art. 192.1 CIRE para demostrar que el art. 87 CIRE podía ser excluido por las partes mediante acuerdo y, por tanto, que era una norma disponible. Según dijo el Tribunal, ésta fue la misma argumentación empleada en el laudo recurrido.

Pues bien, ninguna de las dos razones puede quedar exenta de crítica. Tal y como quedó expuesto en el Capítulo III con respecto al caso español, el objetivo de la expresión “sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales” no es ni enfatizar el carácter no imperativo de la norma ni distinguir entre casos domésticos e internacionales. Es solo la

⁹⁵² Interpretación del Reglamento que ya fue rechazada en el Capítulo II.

⁹⁵³ A favor de esta interpretación se posiciona G. Naegeli, “Bankruptcy...”, *cit.*, 203 y también es una postura que adopta el Laudo final dictado en el Asunto CCI 13507 (2009), disponible en (2010) XXXV *Yearbook Commercial Arbitration* 158.

⁹⁵⁴ Sentencia que resolvía la acción de anulación de un laudo dictado contra una sociedad sometida a un procedimiento de insolvencia en Portugal y que se expuso con detalle en el Capítulo IV.A.3.b.

⁹⁵⁵ Pár. 4.2 de la sentencia.

consecuencia del principio de jerarquía normativa previsto en las normas fundamentales del ordenamiento jurídico portugués y del español.⁹⁵⁶ Por tanto, su tenor solo corrobora la sumisión de la legislación de origen interno a los instrumentos internacionales válidamente adoptados por el Estado. Precisamente es por esta razón que un importante sector de la doctrina especializada ha calificado a esta parte del precepto de redundante e innecesaria.⁹⁵⁷

Igualmente desacertada es la referencia al art. 192.1 CIRE. El objetivo de este artículo es autorizar a las partes intervinientes en el concurso para que puedan alcanzar determinados acuerdos en la fase de convenio. Ello incluye el régimen de pago de créditos, la liquidación de la masa del concurso, su distribución entre los titulares de esos créditos y el régimen de responsabilidad del deudor después de la finalización del procedimiento concursal.⁹⁵⁸ Como se aprecia, ninguno de estos conceptos incluye las normas del Código concursal portugués relativas a los procedimientos individuales que afectan al deudor y, ni mucho menos, al caso concreto del arbitraje internacional. Además, este precepto está referido exclusivamente a los casos de convenio concursal y no a los pactos privados en general. Es decir, la posibilidad de alcanzar tales acuerdos queda restringida a supuestos en los que necesariamente ha intervenido la administración concursal en la negociación y que han sido aprobados por el juez competente de la insolvencia. No parece apropiado que la decisión de un tribunal arbitral adoptada en el seno de un arbitraje con sede fuera del *forum concursus* sea incluida dentro de esos supuestos sin que exista prescripción normativa que así lo permita.

b. La eficacia real del Derecho concursal

305. Procede pasar ahora a analizar el segundo aspecto enunciado al comienzo de este epígrafe. Esto es, asumiendo que la norma sea indisponible y que el supuesto de hecho caiga dentro de su ámbito de aplicación, cuál es el deber real que tienen los árbitros de aplicar o, cuanto menos, respetar esa normativa. Y, en su caso, cuáles son los mecanismos existentes para garantizar el cumplimiento del mismo.

Es cierto que algunos de los laudos citados anteriormente hablan de la necesidad de aplicar la normativa imperativa y que varios autores se suman a esta posición, incluso en relación con

⁹⁵⁶ Por ejemplo, así lo prevé el art. 96 CE.

⁹⁵⁷ Para el caso español, vide el Capítulo III.B.1.b.

⁹⁵⁸ Esta enunciación responde al tenor literal del precepto. Traducción del autor.

la normativa concursal.⁹⁵⁹ Sin embargo, este punto constituye la principal debilidad de la teoría de las normas imperativas en el marco del arbitraje comercial internacional. Ello se debe a dos factores. Por una parte, los árbitros carecen de una vinculación con los ordenamientos jurídicos equivalente a la de los órganos judiciales, de modo que no puede afirmarse con igual contundencia que tengan una *lex fori* cuyo respeto y protección forme parte inherente del desempeño de su función. En este sentido, se ha defendido que para los tribunales arbitrales no existen normas imperativas nacionales y extranjeras, sino que estrictamente hablando todas las normas imperativas son ajenas al estatuto propio de los árbitros.⁹⁶⁰

306. Por otra, no existe en el marco regulatorio arbitral ningún instrumento de origen convencional o nacional que prevea la existencia del deber de los tribunales arbitrales internacionales de aplicar normas imperativas.⁹⁶¹ Este silencio contrasta con el régimen conflictual aplicable a los tribunales nacionales, en el que preceptos como los arts. 3.3, 3.4 y 9 del Reglamento Roma I o la regla 187 del *Restatement (Second) of Conflict of Laws*, concretan de forma expresa el contenido y el alcance del deber de los órganos judiciales de respetar ciertas normas de carácter imperativo. Esta ausencia justifica que algunos autores defiendan que la posición del tribunal arbitral en cuanto a la legislación concursal de fuera de la sede, por mucho que ésta pueda tener carácter imperativo, es de “discrecionalidad significativa”.⁹⁶² También explica que la definición de normas imperativas esbozada al comienzo de este epígrafe hable únicamente de “vocación” de aplicación.⁹⁶³

En concreto, los laudos arbitrales que invocan la necesidad de aplicar tales normas en situaciones concursales nunca han sido capaces de identificar la base jurídica concreta que legitima su decisión. Si acaso, hacen referencia a la legítima expectativa de las partes⁹⁶⁴ o al interés legítimo de esas normas de regular un supuesto de hecho con el que guardan una relación muy estrecha.⁹⁶⁵ Este modo de operar acerca la doctrina de las normas imperativas al método de la *voie direct*, en el que el tribunal arbitral elige la ley más apropiada para resolver

⁹⁵⁹ G. Nater-Bass y O. Mosimann, “Effects...”, *cit.*, 179; P. Wagner, “Insolvency and...”, *cit.*, 195; S. Nadeau-Séguin, “When Bankruptcy...”, *cit.*, 99; L. Lévy, “Arbitration and...”, *cit.*, 107; V. Lazic, “Cross-Border Insolvency and Arbitration...”, *cit.*, 362; y A. J. Bělohávek, “Impact...”, *cit.*, 150.

⁹⁶⁰ J. Lew, L. Mistelis y S. Kröll, *Comparative...*, *cit.*, p. 17.27.

⁹⁶¹ Es cierto, no obstante, que en España los Autos de la AP Madrid (Sección 14ª) de 22 junio y de la AP Madrid (Sección 25ª) de 3 enero 2011 y la Sentencia de la AP Madrid (Sección 14ª) de 15 junio 2011 reconocen que “los contenidos imperativos imponen a los jueces y a los árbitros la obligación de fallar conforme a ellas”, pero ninguna de esas resoluciones se dictó en relación con un arbitraje internacional.

⁹⁶² J. Paulsson, *The Idea...*, *cit.*, 207, afirmando que la solicitud de su aplicación “*may or may not be effective*”.

⁹⁶³ Esta es una problemática que no consideran autores como S. Nadeau-Séguin, “When Bankruptcy...”, *cit.*, 100-101, que sugieren el empleo de la vía de las normas imperativas como una alternativa “prometedora” y acertada.

⁹⁶⁴ A. Mourre, “Arbitraje y...”, *cit.*, 229.

⁹⁶⁵ Así lo hace el mencionado Laudo CCI 9163 (2001).

la cuestión controvertida sin necesidad de aplicar ningún método conflictual que justifique su decisión.⁹⁶⁶ Es decir, un resultado basado en criterios de idoneidad y conveniencia desde la perspectiva del tribunal.

307. La incertidumbre que esta situación puede producir en cuanto al respeto efectivo de la *lex fori concursus* constituye una causa de preocupación para UNCITRAL. Así, aunque la Guía para la incorporación de la Ley Modelo UNCITRAL al Derecho interno reconoce el carácter “no discrecional” de la normativa concursal, también apunta que

“habida cuenta de las particularidades del arbitraje internacional, en particular su independencia relativa del orden jurídico interno del Estado donde se celebre, tal vez no sea siempre posible, en términos prácticos, paralizar automáticamente las actuaciones arbitrales. Por ejemplo, si el arbitraje no se celebra en el Estado promulgante ni tampoco en el Estado donde se celebre el procedimiento principal, será tal vez difícil paralizar el procedimiento arbitral.”⁹⁶⁷

308. Esta incertidumbre viene acentuada por la inexistencia de mecanismos post-laudo que permitan privar de validez o eficacia a los laudos que se dicten sin tomar en consideración las prescripciones concursales del Estado de apertura. En efecto, ni las legislaciones nacionales en materia de acción de anulación ni los instrumentos internacionales relativos al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales prevén un causal dirigido específicamente a normas imperativas. Tampoco se incluye ninguna referencia al “legítimo interés” que determinadas normas puedan tener de ser aplicadas al arbitraje. Como seguidamente se explica, ésta es una consecuencia del desarrollo que ha caracterizado al arbitraje internacional en las últimas décadas.

Tal y como se expuso en la Sección anterior, la noción de arbitrabilidad ha ido ganando progresivamente una interpretación expansiva.⁹⁶⁸ De hecho, un gran número de ordenamientos concurren en aceptar que los tribunales arbitrales están autorizados para conocer de disputas cuya resolución, aun siendo privada en origen, puede tener implicaciones sobre partes ajenas a la controversia o sobre el interés público en general. Como consecuencia de la presencia de estos intereses, la resolución puede requerir en ocasiones la aplicación de

⁹⁶⁶ Así lo sugiere L. Lévy, “Arbitration and...”, *cit.*, 107, aunque reconoce que ésta es una metodología tradicionalmente circunscrita al Derecho aplicable al fondo del asunto. S. Kröll, “Arbitration and Insolvency - Selected...”, *cit.*, 231 rechaza la conveniencia de extender este método a la cuestión de determinar la normativa concursal aplicable a los problemas que aquí se estudian.

⁹⁶⁷ Guía para la incorporación de la Ley Modelo UNCITRAL al Derecho interno, pág. 145. Similar cautela se contiene en la Guía Legislativa que acompaña a la Ley Modelo, pág. 103, y en la opinión de algunos autores que no se oponen a la naturaleza imperativa de la normativa concursal, como K. Sachs, “Insolvency...”, *cit.*, 36.

⁹⁶⁸ Vide al respecto el Capítulo IV.A.2.

normas imperativas, para lo cual los árbitros están plenamente autorizados.⁹⁶⁹ Sin embargo, los mecanismos establecidos en la fase post-laudo para garantizar la correcta consideración de esos intereses y normas (la *second look doctrine*) no han sufrido una modificación acorde con este desarrollo. Esto es, los árbitros han ampliado el abanico de materias sobre las que pueden ejercer su potestad resolutoria, pero el propio Derecho arbitral no se ha dotado de las herramientas apropiadas para controlar que esas nuevas competencias son adecuadamente ejercitadas. Si acaso, el discurso pro-arbitral imperante en la mayoría de la doctrina y práctica internacionales ha llevado a que la interpretación de tales herramientas de control sea incluso más restrictiva que la aceptada en décadas anteriores, cuando la concepción de la arbitrabilidad era mucho más estrecha.

Esta situación tiene el efecto de eliminar todo el incentivo que los árbitros puedan tener de internalizar los intereses colectivos en su toma de decisión, acentuando con ello el imperio de la autonomía de las partes. Ésta es una consideración de fundamental importancia en escenarios concursales, en los que la decisión arbitral produce por definición un efecto directo sobre las expectativas de cobro del conjunto de acreedores y sobre el procedimiento colectivo en general.

309. La práctica arbitral no está exenta de ejemplos que corroboran esta situación. Así, aunque en el laudo dictado en el Asunto CC 13507 (2009)⁹⁷⁰ el tribunal arbitral excluyó la relevancia del Derecho concursal de la sede (Barcelona), también entendió que no estaba obligado a respetar el régimen de suspensión arbitral previsto por la ley concursal suiza, incluso si pudiera entenderse de carácter imperativo. El mismo razonamiento puede encontrarse en el laudo derivado del Asunto CCI 11028 (2002). En él, los árbitros rechazaron el deber de aplicar la paralización del arbitraje impuesta por el Derecho concursal tailandés y entendieron que tampoco era una regla que formaba parte del orden público de Suiza, donde se localizaba la sede.⁹⁷¹

De manera similar, el laudo dictado en Lugano en el Asunto CCI 10507 (2002)⁹⁷² concluyó que no era necesario atender a los mandatos prescritos por el Derecho concursal italiano. Frente a ello, el tribunal debía dar primacía al principio de *pacta sunt servanda* y a la legítima

⁹⁶⁹ *Id.*

⁹⁷⁰ Disponible en (2010) XXXV *Yearbook Commercial Arbitration* 158.

⁹⁷¹ Laudo preliminar de 15 abril 2002, inédito, citado por G. Kaufmann-Kohler y L. Lévy, “Insolvency...”, *cit.*, 270.

⁹⁷² Disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 71, aunque con crítica por su postura excesivamente pro-arbitral en D. Vidal, “Arbitration and Insolvency...”, *cit.*, 69.

expectativa de las partes de resolver sus disputas a través de arbitraje, esto es, fuera de los tribunales estatales. Igualmente, el tribunal encargado de dictar el laudo del Asunto CCI 5996 (1991)⁹⁷³ falló que un procedimiento arbitral con sede en Túnez no podía quedar vinculado por la normativa concursal francesa que se aplicaba al procedimiento de insolvencia de una de las partes.

En definitiva, ejemplos todos ellos que demuestran que la práctica arbitral es consciente de la ausencia de un régimen específico que obligue a aplicar determinadas normas que no hayan sido elegidas por las partes, incluso cuando se pudiera reconocer su carácter imperativo.

c. El Derecho concursal y el orden público internacional

310. A pesar de la situación que se acaba de describir, no sería correcto concluir ni que los tribunales arbitrales acostumbran a decidir de espaldas a los mandatos concursales ni que deciden ignorar a los intereses concurrentes en el procedimiento de insolvencia. Más bien, la toma en consideración de esos mandatos e intereses se lleva a cabo a través de canales mucho más pragmáticos desde la perspectiva arbitral. Los árbitros cumplirán con aquellas normas imperativas y, en concreto, con aquellas reglas concursales cuyo cercenamiento haría peligrar el cumplimiento de su mandato arbitral: la emisión de un laudo válido que goce de eficacia en caso de ser invocado en la esfera judicial.

La validez del laudo se evalúa a través de la acción de anulación tramitada ante los tribunales de la sede. La resolución de este tipo de acciones requiere la consideración de varias categorías propias de la disciplina arbitral. Algunas de ellas fueron ya estudiadas en la segunda Sección de este Capítulo.⁹⁷⁴ Más allá de ellas, el causal de orden público constituye la excepción de mayor relevancia en este contexto.⁹⁷⁵ En efecto, una parte importante de la doctrina recomienda que los tribunales internacionales deberían tomar en consideración la normativa concursal de la sede con el fin de evitar o, cuanto menos, evitar el riesgo de que el laudo pueda ser objeto de anulación.⁹⁷⁶

⁹⁷³ Laudo final, disponible en E. Jolivet, “Quesques...”, *cit.*, 352.

⁹⁷⁴ Vide el Capítulo V.A para un análisis más detallado de las acciones de anulación en situaciones concursales.

⁹⁷⁵ A título de ejemplo, vide los arts. 41.1.f) LA y 34.2.b.ii) LMA.

⁹⁷⁶ Así lo defienden, entre otros, G. Naegeli, “The impact...”, *cit.*, 60; D. Baizeau, “Arbitration and Insolvency...”, *cit.*, 101 y 112; S. Walker y A. García, “Insolvency in International Arbitration: A Growing Concern” (2009) *Bird & Bird*, disponible en <http://www.twobirds.com/en/news/articles/2013/insolvency-international-arbitration>; A. Mourre, “Arbitraje y...”, *cit.*, 238 (aunque abre la puerta a la *lex fori concursus* en 229); F. Perret, “Faillite...”, *cit.*, 44; y G. C. Giorgini, “Arbitrage et...”, *cit.*, 265-266. También se pronuncia en el mismo sentido,

311. Junto con la sede, la práctica general demuestra que los tribunales también suelen hacer referencia a la necesidad de tomar en consideración las reglas que puedan ser relevantes en el contexto de una acción de reconocimiento y ejecución. Es cierto que, en muchas ocasiones, la imposibilidad de anticipar el Estado en el que se presentará esta solicitud lleva a que los árbitros se concentren principalmente en el Derecho de la sede. Sin embargo, parece razonable defender que la existencia de la situación concursal permite superar la incertidumbre que frecuentemente caracteriza a este análisis prospectivo. Frente a las circunstancias ordinarias, en que cualquier Estado en el que el deudor tenga bienes constituye un foro de posible reconocimiento y ejecución, la apertura de un procedimiento de insolvencia suele conllevar la prohibición de ejecuciones individuales contra el patrimonio del concursado y la concentración de todas las pretensiones patrimoniales en un solo procedimiento.⁹⁷⁷

A la vista de estas limitaciones, resulta legítimo percibir al foro concursal como el destino natural de cualquier laudo dictado en contra del deudor. En consecuencia, se ha defendido que los tribunales arbitrales también deberían tomar en consideración las normas concursales cuya inaplicación podría hacer peligrar la eficacia del laudo en el seno del procedimiento de insolvencia.⁹⁷⁸ Dado el origen extranjero de laudo, la determinación de esa eficacia se llevará a cabo a la luz de los criterios que establece la Convención de Nueva York.⁹⁷⁹ A título orientativo, estos criterios suelen guardar una similitud importante con los causales empleados en sede de anulación. Sin lugar a dudas, uno de ellos es también la excepción de orden público (art. V.2.b) CNY).

312. Más allá de que algunos tribunales puedan asumir el controvertido deber de aplicar *per se* ciertas normas imperativas, la explicación que se acaba de proporcionar refleja un nivel de vinculación mucho más tenue, a la vez que mediato o instrumental, con respecto a la legislación concursal. La determinación del alcance específico de esa vinculación requiere identificar las reglas concursales que efectivamente puedan subsumirse en el causal de orden

el Laudo parcial dictado en el Asunto CCI 6057 (1991), *Syrian company v French company*, disponible en J. J. Arnaldez, Y. Derains y D. Hascher, *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995* (1997), vol. III, 487, y en (1993) 120 *Journal du Droit International* 1016, con "Annotation" de Y. Derains.

⁹⁷⁷ Salvo que existan procedimientos secundarios o territoriales.

⁹⁷⁸ Entre otros, vide el Laudo final dictado en el Asunto CCI 9163 (2001), disponible en (2003) 1 *Revue de l'Arbitrage* 227, 230 y (2005) *Journal de Droit International* 1283 (sede en Ginebra, Derecho concursal francés); el Laudo parcial dictado en el Asunto CCI 6697 (1990), *Casa v Cambior*, disponible en (1992) *Revue de l'Arbitrage* 135, 142 (sede en Francia, Derecho concursal luxemburgués); K. Sachs, "Insolvency...", *cit.*, 32; D. Jones, "Insolvency...", *cit.*, 126 y 138; S. Kröll, "Arbitration and Insolvency - Selected...", *cit.*, 222; G. Kaufmann-Kohler y L. Lévy, "Insolvency...", *cit.*, 270 (aunque reconocen que es una cuestión debatida); y B. Hanotiau, "The Law Applicable by...", *cit.*, 33.

⁹⁷⁹ Para un análisis detallado de este punto, vide el Capítulo V.B.1.

público, pues serán esas las que podrán esgrimirse frente a un tribunal arbitral con mayor probabilidad de éxito.

i. En contenido concursal de la excepción de orden público

313. El orden público es un causal que ha de definirse de forma autónoma por cada Estado. Esto es, más allá de que pueda existir una innegable tendencia hacia la armonización de las interpretaciones nacionales de esta excepción, el punto de partida es que potencialmente pueden existir tantas nociones de orden público como ordenamientos nacionales.⁹⁸⁰ En virtud del razonamiento que se acaba de presentar, el orden público relevante a los ojos del tribunal será el de la sede arbitral y el del Estado de apertura. La potencial existencia de disparidades nacionales, sin embargo, no impide que puedan realizarse varios apuntes con validez general.

314. La naturaleza excepcional y restrictiva que generalmente se reconoce al causal de orden público impide poder afirmar que todas las normas imperativas sean automáticamente subsumibles en la excepción de orden público.⁹⁸¹ Aunque todas esas normas están basadas en la voluntad del legislador de proteger ciertos intereses políticos, sociales o económicos por encima de la autonomía conflictual de las partes, no todas ellas cuentan con la importancia fundamental que se requiere para entrar a formar parte del orden público de un Estado.

En este sentido, parece que un análisis de las normas concursales que imponen la invalidez o la ineficacia de los convenios arbitrales suscritos por el concursado ha de llevar a la conclusión de que resulta inapropiado dotarlas de carácter de orden público de forma generalizada. Similar resultado se puede predicar de aquellas que directamente impiden la existencia de arbitrajes durante la tramitación del procedimiento de insolvencia. Ello se debe principalmente a dos razones.

315. Por una parte, en muchas ocasiones esa prohibición se prevé con la expectativa de que la disputa originariamente sujeta a un convenio arbitral sea acumulada al procedimiento concursal. Como ya quedó expuesto en el Capítulo II, ésta es una premisa errónea, al menos en todo el territorio de la Unión.⁹⁸² Incluso si se respeta la prohibición de recurrir a la vía arbitral, la renuncia a la concepción amplia de *vis attractiva concursus* que deriva del

⁹⁸⁰ Vide el Capítulo V.B.2.b.ii, que estudia con mucho más detalle en concepto de orden público en la fase post-laudo.

⁹⁸¹ L. Markert, “Arbitrating in...”, *cit.*, 219.

⁹⁸² Vide con detalle el Capítulo II.C.3.a.

Reglamento Bruselas I bis⁹⁸³ implica que el foro concursal no será necesariamente competente para conocer de la disputa. Por el contrario, si la controversia tiene carácter civil y mercantil (esto es, no puramente concursal), su resolución corresponderá a los tribunales que sean competentes según las normas de competencia judicial internacional previstas en ese instrumento. Es decir, el propio régimen europeo impedirá la acumulación automática que puedan pretender algunos Derechos concursales nacionales.

Esta consideración permite afirmar que la regla de *vis attractiva concursus* para materias no concursales no puede considerarse por sí misma como un principio de orden público. No solo es una regla con adopción muy desigual entre los distintos Estados Miembros, sino que, cuando la disputa queda cubierta por el régimen de competencia judicial internacional europeo, es una regla expresamente rechazada.⁹⁸⁴ Tal y como defienden los Profs. Virgós y Garcimartín, ello se debe a que el propósito fundamental de los procedimientos de insolvencia no es la resolución de disputas individuales entre el deudor y sus acreedores, sino la gestión y satisfacción colectiva de los derechos de los mismos.⁹⁸⁵

316. Por la otra parte, tampoco puede afirmarse que la mera tramitación de un procedimiento arbitral suponga necesariamente un menoscabo fundamental de los principios nucleares del Derecho concursal. El objetivo del arbitraje es la resolución de una controversia patrimonial entre el concursado y un tercero con el fin de esclarecer la posible existencia de un crédito entre ellos y, en su caso, obtener una decisión que ordene la satisfacción del mismo. Éste es también el objetivo que tienen los procedimientos individuales tramitados ante los órganos judiciales y que expresamente ha permitido el legislador de la Unión. Si frente a los tribunales judiciales tales procedimientos no se consideran contrarios al núcleo duro concursal, parece que la tramitación de una misma pretensión ante un tribunal arbitral no debería suponer un plus de perjuicio que produzca la violación del orden público.

Es por esta razón que la decisión de un tribunal arbitral de declararse competente o de continuar con un arbitraje a pesar de la prohibición prescrita por la *lex fori concursus*⁹⁸⁶ no debería ser razón suficiente para que el laudo resultante fuera privado de validez y eficacia.⁹⁸⁷

⁹⁸³ Y de todos los instrumentos que en él se inspiran, como el Convenio de Lugano o el Convenio bilateral España-El Salvador.

⁹⁸⁴ Así se expone con mucho más detalle en el Capítulo II.B.2.

⁹⁸⁵ M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *The European...*, cit., 60.

⁹⁸⁶ O por una resolución judicial dictada por el juez del Estado de apertura, como permite el art. 52 LC.

⁹⁸⁷ Sin perjuicio de esta afirmación general, vide el análisis en el Capítulo III.B.2.c y en el Capítulo V con respecto a las repercusiones que el principio de jerarquía normativa entre las normas concursales y las arbitrales puede producir en el esclarecimiento de esta cuestión.

Y ello sin perjuicio de que se deban introducir determinadas modificaciones procedimentales en el arbitraje con el fin de adaptar el proceso a la situación concursal, tal y como se expone en la siguiente Sección.⁹⁸⁸

Esta misma motivación justifica que las normas que no prohíben sino que solo imponen la suspensión temporal del procedimiento tampoco deben considerarse normas de orden público.⁹⁸⁹ Sí que habrá que tener en cuenta, no obstante, que cuando el objetivo de las mismas sea dotar a la administración concursal de tiempo suficiente para familiarizarse con el procedimiento arbitral, la vulneración del derecho al proceso debido (más que la vulneración del Derecho concursal en sí) podrá invocarse como causa para anular el laudo o para denegar su reconocimiento y ejecución.⁹⁹⁰

317. Frente a estas exclusiones del concepto de orden público, parece que el verdadero núcleo duro del Derecho concursal que ha de quedar cubierto por esa excepción es el principio de la *par conditio creditorum*.⁹⁹¹ Este principio consta de un doble faceta, la material o sustantiva y la procesal. Sin embargo, parece que solo la primera ha de beneficiarse de la calificación de orden público.

La posibilidad de que distintos acreedores determinen la existencia y cuantía de sus créditos a través de distintas vías procedimentales (incidente concursal, arbitraje internacional o procedimiento ante un órgano judicial extranjero) produce una innegable desigualdad de trato de los mismos desde un punto de vista procesal. Es decir, una desviación de la regla de *par conditio creditorum* procesal. Sin embargo, como ha quedado dicho en los párrafos anteriores, este distinto trato procesal es una situación permitida en el territorio de la Unión y que, por tanto, excluiría cualquier posibilidad de recurrir al causal de orden público.

Frente a esta faceta, la vertiente material o sustantiva de la *par conditio creditorum* hace referencia a la necesidad de que todos los acreedores pertenecientes a una misma clase reciban un tratamiento equitativo, tanto a la hora de distribuir el patrimonio del concursado como cuando haya que tomar decisiones que repercutan directamente sobre esa cuestión. En general, ésta es una vertiente que se asemeja a la regla del *pari passu*, esto es, la necesidad de que no existan desigualdades en el grado de satisfacción crediticia (prorratio patrimonial) dentro de

⁹⁸⁸ Vide el Capítulo IV.D.3.

⁹⁸⁹ En el mismo sentido, J. F. Poudret y S. Besson, *Comparative...*, *cit.*, 506 y G. Kaufmann-Kohler y L. Lévy, “Insolvency...”, *cit.*, 270.

⁹⁹⁰ Así se explica con más detalle en el Capítulo III.B.5 y el Capítulo IV.D.3.b.ii).

⁹⁹¹ Principio que, no obstante, deberá dotarse de contenido específico a la luz del Derecho concursal de cada Estado, tal y como defiende acertadamente F. Perret, “Faillite...”, *cit.*, 44.

cada una de las categorías de acreedores.⁹⁹² En esencia, ésta igualdad constituye el punto de partida que inspira la lógica de todo procedimiento colectivo.⁹⁹³

318. La manifestación más directa de esta regla se encuentra en la prohibición generalizada de llevar a cabo ejecuciones individuales una vez se ha abierto el procedimiento de insolvencia. Sin embargo, ésta no es una función que corresponda al tribunal arbitral. La llevanza a cabo de medidas coercitivas con el fin de materializar el pronunciamiento arbitral es una competencia que corresponde exclusivamente a los poderes del Estado. Es decir, por regla general los tribunales arbitrales carecen de la capacidad necesaria para vulnerar directamente el principio de la igualdad de acreedores.⁹⁹⁴ Es por esta razón que la mera tramitación del arbitraje, incluso si se lleva a cabo en contravención de la normativa concursal, no debería equivaler necesariamente a una violación del orden público.⁹⁹⁵ La práctica arbitral que seguidamente se comenta permite corroborar esta interpretación, incluso en los supuestos en los que el arbitraje concluye con un laudo condenatorio dictado en contra del deudor concursal.⁹⁹⁶
319. Antes de entrar en ese análisis jurisprudencial, resulta conveniente identificar dos supuestos específicos en los que la necesidad de garantizar la *par conditio creditorum* material podría producir un efecto directo sobre el procedimiento arbitral.

Por una parte, ello ocurrirá en los supuestos en los que una de las partes solicite al tribunal arbitral la compensación de créditos entre demandante y demandado. La regulación de esta cuestión no es uniforme en todos los Estados y, además, suele contar con una norma de conflicto específica en los instrumentos de Derecho concursal internacional.⁹⁹⁷ Sin embargo, es posible afirmar de forma general que la compensación de un crédito contra otro equivale a una ejecución individual del crédito, pues permite al acreedor una satisfacción total o parcial

⁹⁹² B. C. Mamutse, *The pari passu principle in insolvency law: an analysis of the Judicial construct and its suitability for modern needs* (Londres: Tesis presentada en la Universidad de Westminster (Reino Unido), julio 2009), 120 y 223 (centrándose en el Derecho inglés), disponible en <http://westminsterresearch.wmin.ac.uk/id/eprint/8486> (el autor defiende que es un principio conformador del orden público inglés).

⁹⁹³ T. H. Jackson y R. E. Scott, “On the Nature of Bankruptcy: An Essay on Bankruptcy Sharing and the Creditors' Bargain” (1989) 75 *Virginia Law Review* 155 y T. H. Jackson, *The Logic...*, *cit.*, caps. 1 y 2. Así lo declaraba ya en España la Sentencia de la AP Barcelona de 30 mayo 1959 (sobre la suspensión de pagos).

⁹⁹⁴ No obstante, vide la excepciones mencionadas en el siguiente párrafo.

⁹⁹⁵ En este sentido resulta interesante mencionar el asunto *A/Wear UK Ltd (In Administration)*, Re [2013] EWCA Civ 1626 (CA), párs. 13 y 34, en el que la Court of Appeal inglesa rechazó que la existencia de un procedimiento individual fuera de foro concursal supusiera un perjuicio para la regla de *pari passu*. Ésta es también la filosofía que subyace a la fundamentación jurídica del caso *Gibraltarcon*, *cit.*

⁹⁹⁶ En este sentido vide también M. V. Benedetelli, “Cross-border insolvencies...”, *cit.*, 816.

⁹⁹⁷ Vide la explicación en el Capítulo III.B.3.b.

fuera del procedimiento concursal. Por esta razón, los árbitros deberían restringir su competencia a determinar y cuantificar cada uno de los créditos de forma separada.

Cuando no se adhieran a esta limitación, parece que la mejor opción para proteger de forma equilibrada la *par conditio creditorum* y el compromiso arbitral de las partes pasa por permitir solo la anulación o la denegación del reconocimiento de la parte de laudo que lleve a cabo la operación de compensación. Sin embargo, cuando esta medida parcial no sea viable o no esté prevista por la legislación arbitral, la anulación plena del laudo o la denegación completa de su eficacia serán la única opción para impedir el menoscabo del orden público.

Por otra parte, la competencia del tribunal arbitral también podrá quedar restringida por la situación concursal cuando la parte demandante solicite al tribunal la adopción de una medida cautelar destinada a garantizar el cumplimiento de una eventual condena contra el concursado. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se apuntó en el Capítulo III,⁹⁹⁸ este tipo de medidas implican la sujeción de parte del patrimonio del concursado con un fin contrario a la lógica impuesta por el procedimiento de insolvencia. Por esta razón, algunos autores han defendido que una vez se haya abierto el concurso, un acreedor no debería estar autorizado a obtener por parte de un tribunal arbitral garantías de pago o medidas cautelares adicionales contra el concursado.⁹⁹⁹

No obstante, también se reseñó en el mismo Capítulo que la adopción de tales medidas no es fuente directa de un perjuicio patrimonial contra la masa, sino que es la ejecución de la misma por parte de los órganos judiciales la que realmente materializa tal perjuicio. En línea con este matiz, el laudo dictado en el Asunto CCI 6697 (1990),¹⁰⁰⁰ aun tomando en consideración las restricciones impuestas por la *lex fori concursus* (Luxemburgo), se declaró competente para la adopción de una medida cautelar consistente en el otorgamiento de una garantía bancaria en contra del concursado. Más allá de la viabilidad que pudiera tener, el tribunal enfatizó que la mera aprobación de la medida no atentaba directamente contra el patrimonio concursal y, por tanto, contra el orden público internacional.

⁹⁹⁸ Vide el Capítulo III.B.3.a.i.

⁹⁹⁹ S. Kröll, "Arbitration and Insolvency - Selected...", *cit.*, 223.

¹⁰⁰⁰ Laudo parcial (*Casa v Cambior*), disponible en (1992) *Revue de l'Arbitrage* 135, 142.

ii. El refrendo jurisprudencial

320. La vertiente polaca del caso *Elektrim* constituye un buen banco de pruebas para la interpretación del orden público que se acaba de ofrecer. Una vez confirmada la validez del laudo LCIA por los tribunales ingleses, Universal decidió presentar el laudo en el seno del procedimiento concursal tramitado en Polonia contra la sociedad Elektrim. Dado el origen extranjero del laudo, la Convención de Nueva York era de aplicación. En resolución de agosto de 2009, el Tribunal del Distrito de Varsovia (Primera instancia) denegó la solicitud por tres motivos.¹⁰⁰¹ En primer lugar, concluyó que la Ley Polaca de Insolvencia y Reestructuración tenía el efecto de extinguir la capacidad arbitral de Elektrim tras la apertura de la insolvencia (art. V.1.a) CNY). Esto es, una argumentación análoga al laudo CCI y a la sentencia del Tribunal Federal suizo en la vertiente helvética de la disputa. En segundo lugar, también entendió que el tribunal arbitral debería haberse declarado incompetente sobre la base de que el art. 142 LPIR producía la ineficacia del convenio arbitral (art. V.1.a) CNY).¹⁰⁰² Finalmente, el juez polaco falló que la prohibición de arbitraje prevista en el art. 142 LPIR constituía una norma de aplicación imperativa y que el reconocimiento de un laudo que era el fruto del incumplimiento de tal prohibición representaba una violación del orden público polaco (art. V.2.b) CNY). Como consecuencia de todo ello, la sentencia denegaba la solicitud de reconocimiento del laudo.

Esta resolución, sin embargo, fue revocada por la sentencia del Tribunal de Apelación de Varsovia de 16 de noviembre de 2009. Respecto del primer argumento, el Tribunal resolvió que la capacidad referida en el art. V.1.a) CNY no incluía la pretendida pérdida de capacidad producida por el art. 142 LPIR, sino solo la capacidad de obrar. Por tanto, ese causal no era el apropiado para introducir la prohibición concursal. En cuanto al segundo, también desestimó que el mismo precepto de la Convención de Nueva York pudiera emplearse para justificar la ineficacia del convenio arbitral. De acuerdo con el tenor literal del art. V.1.a) CNY, su norma de conflicto remitía a la ley escogida por las partes y, en su defecto, a la ley de la sede arbitral. En ese caso, esta regla producía la aplicación del Derecho inglés y no del polaco. Idéntica conclusión se alcanzaba si se aplicaba el régimen conflictual del Reglamento de

¹⁰⁰¹ La información que ahora se expone proviene principalmente de U. Balkiss Sulaiman, “Polish court finds arbitration agreement valid despite Bankruptcy” *Global Arbitration Review* (21 diciembre 2009) y A. Farren y S. Nadeau Seguin, “Enforcement of the LCIA Award in Elektrim v Vivendi” (16 diciembre 2009), disponible en <http://uk.practicallaw.com/9-501-0419?service=arbitration>.

¹⁰⁰² El Tribunal polaco pareció no adherirse a las normas de conflicto que impone el art. V.1.a) CNY con respecto a la validez del convenio arbitral.

Insolvencia.¹⁰⁰³ Siguiendo la interpretación de los arts. 4.2.f) y 15 RI que habían ofrecido el tribunal arbitral LCIA y la Court of Appeal inglesa,¹⁰⁰⁴ el supuesto en cuestión era subsumible en el art. 15 RI y, por tanto, también conducía la aplicación del Derecho inglés. Dado que ese Derecho mantenía la validez y eficacia del convenio arbitral, no podía concluirse que hubiera dejado de estar operativo como consecuencia del art. 142 LPIR.

Por último, en relación con el tercer argumento, los jueces de apelación polacos entendieron que el art. 142 LPIR no constituía una norma imperativa y que, incluso si lo fuera, su inaplicación por parte de un tribunal arbitral no suponía una violación del orden público polaco. Ello se debía a que, en las circunstancias concretas de ese caso, el acreedor arbitral (Vivendi) no pretendía la ejecución individual del laudo (prohibida expresamente por el art. 146 LPIR), sino que estaba utilizando ese título para concurrir en el procedimiento concursal y adherirse a la lista de acreedores. Dentro de ella, Vivendi cobraría de acuerdo con las normas de prelación y de *pari passu* propias del Derecho polaco. Es decir, la actuación de la demandante estaba garantizando el cumplimiento de la *par conditio creditorum* material. Sin duda, ello acarrea una reducción de las expectativas de cobro para el resto de acreedores, pues el título del Vivendi estaba valorado en 1.9 billones de dólares. Sin embargo, este perjuicio tampoco constituía una razón válida para prohibir el reconocimiento del laudo. Al fin y al cabo, el principio de igualdad de los acreedores debía garantizar el acceso de todos ellos a la masa activa del concurso independientemente de su nacionalidad, domicilio y residencia.¹⁰⁰⁵

Sobre la base de todos estos argumentos el Tribunal de Apelación concedió el reconocimiento del laudo inglés al amparo de la Convención de Nueva York y permitió su incorporación en el concurso polaco.

321. Una lógica similar puede encontrarse en algunas resoluciones dictadas en Alemania, donde el Derecho concursal exige que, una vez abierto el procedimiento de insolvencia, cualquier resolución dictada en contra del concursado habrá de tener únicamente carácter declarativo y no condenatorio.¹⁰⁰⁶ Según esos casos, el hecho de que el tribunal arbitral haya ignorado esa restricción y haya dictado un laudo condenatorio no puede ser motivo suficiente para su eficacia cuando el objetivo de la parte que lo solicita sea únicamente concurrir al

¹⁰⁰³ Respecto a la interacción del Reglamento de Insolvencia y la Convención de Nueva York, vide el Capítulo V.B.2.a.

¹⁰⁰⁴ Interpretación que, por cierto, ya fue rechazada en el Capítulo II.

¹⁰⁰⁵ De hecho, en el concurso de Elektrim, el 85% de los acreedores tenían procedencia extranjera.

¹⁰⁰⁶ Respecto a este régimen vide el Capítulo IV.E.3.b.iii.

procedimiento concursal.¹⁰⁰⁷ A pesar de que ello supone reconocer los efectos a una resolución arbitral extranjera que vulnera algunas reglas de la *lex fori concursus*, su sumisión al procedimiento colectivo garantiza el respeto del principio fundamental de la *par conditio creditorum* material.

Si acaso, los únicos supuestos en los que un tribunal alemán ha denegado la eficacia de un laudo que se presentaba en el foro concursal han venido motivados por que los derechos de defensa de una de las partes no habían sido suficientemente respetados durante el arbitraje. Así, la Sentencia del Bundesgerichtshof de 29 de enero de 2009 declaró expresamente que la mera existencia del arbitraje constante concurso no vulneraba el principio de *pari passu*. Sin embargo, el Tribunal concluyó que no podía reconocer los dos laudos CCI porque el tribunal arbitral había decidido continuar con el arbitraje sin permitir la personación de la administración concursal para suplir la pérdida de capacidad de obrar de la parte insolvente.¹⁰⁰⁸ Con ello se había vulnerado las garantías de due process previstas en el art. V.1.b) CNY.

322. El equilibrio mostrado por estas resoluciones evidencia que no puede predicarse una primacía absoluta de las reglas del concurso sobre las del arbitraje.¹⁰⁰⁹ También corrobora que la cabida que las normas imperativas concursales tienen en los causales de la Convención de Nueva York es más limitada de lo que en un principio pudiera parecer y que la mayoría de los Estados muestran una aguda reticencia a permitir que tales normas obstaculicen la eficacia de los laudos arbitrales internacionales.¹⁰¹⁰ En definitiva, no toda infracción de una norma concursal en el contexto del arbitraje constituye una violación del orden público internacional.

Es cierto, no obstante, que (como ya se ha dicho) la determinación del alcance exacto de esta excepción depende de cada ordenamiento nacional. Por esta razón, más allá de estos apuntes generales, no es posible excluir que existan Estados en los que el causal de orden público internacional sea interpretado por sus tribunales para cubrir reglas de Derecho concursal que vayan más allá del principio de la *par conditio creditorum* material. Sin perjuicio de su consolidada reputación pro-arbitral, este es el caso de Francia.¹⁰¹¹

¹⁰⁰⁷ Sentencia del Oberlandesgericht Karlsruhe, de 14 enero 2012, asunto Sch 02/09. Con más detalle, C. Liebscher, “Insolvency...”, *cit.*, 175.

¹⁰⁰⁸ Sentencia del Bundesgerichtshof de 29 enero 2009 (III ZB 88/07; BGHZ 179, 304), citada por J. Chuah, “Resolving...”, *cit.*, 432, y comentada también en S. Kröll, “Infringements of insolvency law as grounds to resist enforcement” (2009) 12 (3) *International Arbitration Law Review* 38.

¹⁰⁰⁹ A. Mourre, “Arbitraje y...”, *cit.*, 238.

¹⁰¹⁰ J. Sutcliffe y J. Rogers, “Effect...”, *cit.*, 289.

¹⁰¹¹ Y solo de Francia, como señalan D. Jones, “Insolvency...”, *cit.*, 134; G. Kaufmann-Kohler y L. Lévy, “Insolvency...”, *cit.*, 270; y F. Perret, “Faillite...”, *cit.*, 45.

323. Según la jurisprudencia constante de los tribunales galos, se entiende que tal causal ha de extenderse también al requisito de que el procedimiento arbitral se suspenda automáticamente tan pronto como se declare el concurso, a la obligación del acreedor de personarse en la insolvencia antes de poder continuar con el arbitraje y a la necesidad de que el tribunal arbitral restrinja los pronunciamientos dictados en contra del deudor concursal a laudos declarativos, esto es, no condenatorios.¹⁰¹² Cuando el tribunal arbitral proceda sin respetar cualquiera de estos imperativos, los tribunales franceses han resuelto en repetidas ocasiones que será posible recurrir a la excepción de orden público para privar al laudo de validez y de eficacia.¹⁰¹³

A título de ejemplo, en la asunto *Liquidateurs de Sté Jean Lion v Sté International Company for Commercial Exchanges (Income)*,¹⁰¹⁴ la Cour de Cassation concluyó que, aunque el Derecho concursal francés no prohíbe *in totum* la existencia de arbitrajes en relación con una parte sometida a concurso, no cabía conceder el exequátur a un laudo que se había dictado por un tribunal arbitral extranjero sin haber respetado la obligación de suspender temporalmente el procedimiento y de restringir el laudo a un pronunciamiento declarativo. Según la Cour, dar eficacia a un laudo en esas condiciones supondría una violación del orden público internacional francés. Y ello a pesar de que el acreedor arbitral únicamente pretendía unir su crédito a la masa pasiva del concurso en Francia para participar en la partición *pro rata* y estaba dispuesto a comprometerse formalmente a no emprender acciones individuales de ejecución fuera del foro concursal.¹⁰¹⁵

324. La gravosidad de este régimen comparada con la interpretación que se ha defendido en los párrafos anteriores requiere enfatizar que es una solución aplicable únicamente a los casos en los que el procedimiento concursal esté sometido al Derecho francés y no por el mero hecho de que el arbitraje tenga su sede en Francia.¹⁰¹⁶ Según algún autor, no obstante, la doctrina

¹⁰¹² Vide la jurisprudencia en la siguiente nota, así como la clásicas aportaciones de P. Fouchard, “Arbitrage...”, *cit.*, 475 y de B. Hanotiau, “The Law Applicable by...”, *cit.*, 44.

¹⁰¹³ Por todas, vide las Sentencias de la Cour de Cassation de 6 mayo 2009 (*Liquidateurs de Sté Jean Lion v Sté International Company for Commercial Exchanges, Income*), asunto núm. 08-10.281, disponible en (2010) XXXV *Yearbook of Commercial Arbitration* 353; de 4 febrero 1992 (*Société SARET v SBBM*), disponible en (1992) *Revue de l'Arbitrage* 663; y de 8 marzo 1988 (*Société Thinet v Labrely ès-qualites*), disponible en (1989) *Revue de l'Arbitrage* 473. También, las Sentencias de la Cour d'Appel de Dijon, de 21 septiembre 2010, asunto n.º RG 09/02080, y de 16 febrero 1989 (*Société Almira Films v Pierrel ès-qual*), disponibles en (1989) *Revue de l'Arbitrage* 711. Para una explicación de esta jurisprudencia por parte de tribunales arbitrales, vide el Laudo final dictado en el Asunto CCI 11876 (2003), disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 85, y en el Laudo parcial dictado en el Asunto CCI 7563 (1993), *Belgian bank v International pool of insurance companies*, disponible en (1994) 121 *Journal du Droit International* 1054.

¹⁰¹⁴ Vide la referencia en la nota anterior.

¹⁰¹⁵ Pár. 135 de la sentencia.

¹⁰¹⁶ J. F. Poudret y S. Besson, *Comparative...*, *cit.*, 504; J. Rosell y H. Prager, “International Arbitration...”, *cit.*, 429; P. Meyer, “La sentence contraire a l'ordre public au fond” (1994) *Revue de l'Arbitrage* 615, 641; y B. Ancel, “Annotation” (1989) *Revue de l'Arbitrage* 476, 478-479.

también sería extensible a los supuestos en que el arbitraje internacional se tramite en Francia y el procedimiento concursal, aun extranjero, haya sido formalmente reconocido por los tribunales franceses.¹⁰¹⁷ Esta posición no parece acertada, al menos en los supuestos en los que el procedimiento concursal se haya abierto en otro Estado de la Unión. Según la interpretación que se defendió en el Capítulo II, la regulación de los efectos del concurso sobre el arbitraje en esos casos no debería determinarse por el Derecho del Estado receptor (Francia) sino por la *lex fori concursus* (art. 4 RI). Por tanto, será necesario estar a los efectos concretos que esa *lex* prevea y no a los que deriven del Derecho francés, que será inaplicable.

Más allá de estas precisiones, la amplitud de la noción de orden público ha llevado a algún autor a calificar la postura francesa de “excesivamente formalista”.¹⁰¹⁸ Dos razones corroboran esta opinión. A diferencia de otros Derechos como el alemán, el régimen francés ni siquiera prevé una excepción para los supuestos en que el acreedor arbitral opte por insinuar el laudo en el propio procedimiento concursal. Además, la actitud estricta mostrada en sentencias como las expuestas contrasta con la posición adoptada cuando el procedimiento arbitral se lleva a cabo a instancia del deudor concursal y tiene visos de resultar en un laudo favorable para el concurso. En esos supuestos, el Derecho concursal francés no prevé ninguna de las restricciones mencionadas anteriormente, permitiendo la continuación del arbitraje, la emisión de un laudo condenatorio e, incluso, la ejecución del mismo.¹⁰¹⁹

325. En cierta medida, este contraste de enfoques demuestra que la razón que verdaderamente motiva la reticencia francesa a la continuación ordinaria del arbitraje no es que su mera existencia pueda resultar perjudicial para los intereses de la masa. Lo que se intenta prevenir es la obtención de un laudo que dote al acreedor de un título que le posibilite intentar obtener la satisfacción individual de su crédito fuera del procedimiento colectivo y al amparo del régimen favorable de la Convención de Nueva York. En sí, ni la ausencia de personación previa ni la obtención de un título condenatorio equivalen a que el acreedor haya actuado en perjuicio del conjunto de los acreedores ni que haya reducido la masa activa del concurso. Por tanto, el objetivo detrás de la interpretación francesa es realmente prevenir el daño que pueda

¹⁰¹⁷ Aunque no existe jurisprudencia al respecto, así lo sugiere S. Vorburger, *International Arbitration...*, cit., 219.

¹⁰¹⁸ B. Ancel, “Annotation” (1989) *Revue de l’Arbitrage* 476.

¹⁰¹⁹ Vide la Sentencia de la Cour d’Appel de París, de 8 abril 2010 (*Air Namibia (PYT) Ltd. v Receiver of Challengair SA, Belgium*), asunto nº 08/21144, disponible en (2010) 25 (6) *MEALEY’S International Arbitration Report* 1, 11 con comentario de D. Bensaude y J. Kirby, “A View From Paris — June 2010”.

causar la decisión judicial (que no arbitral) de ejecutar un laudo de espaldas al régimen concursal.¹⁰²⁰

Ello viene a confirmar que, más allá de casos como el francés, la protección de la *par conditio creditorum* material debería ser la única política subsumible en el causal de orden público. Esta conclusión tiene una importancia fundamental si se considera a la luz de la recomendación que se realizó en los párrafos anteriores. En ella se apuntaba que los tribunales arbitrales deberían tomar en consideración el orden público de la sede y del *forum concursus* a la hora de decidir acerca de los efectos que el concurso deba producir sobre el arbitraje. Pues bien, la *par conditio creditorum* material no se menoscaba ni en el marco de una acción de anulación (donde no hay ejecución alguna del laudo) ni cuando el acreedor arbitral solicita la incorporación de su crédito a la lista de acreedores del concurso (pues implícitamente ello supone la sujeción voluntaria de tal acreedor a las reglas de *pari passu*). En consecuencia, no deberían darse supuestos en que el mero hecho de que el tribunal arbitral haya procedido de espaldas a las restricciones impuestas por la *lex fori concursus* tenga que derivar en la anulación del laudo por los tribunales de la sede arbitral o en la denegación de su reconocimiento por los tribunales del *forum concursus*.¹⁰²¹ Fuera de estos foros, sin embargo, corresponderá a cada órgano judicial evaluar si la solicitud de reconocimiento y exequátur debería impedirse al amparo de los causales de la Convención de Nueva York.¹⁰²²

326. En definitiva, lo que este epígrafe demuestra es que el empleo de la lógica propia de las normas imperativas produce un resultado mucho menos certero y más reduccionista de lo que en un principio se pudiera intuir. La falta de certeza viene motivada por el silencio normativo del que adolece el método de las normas imperativas en la disciplina arbitral, lo que se traduce en discrecionalidad decisonal y en heterogeneidad jurisprudencial. El reduccionismo, por su parte, es consecuencia de tal falta de regulación. Más allá de casos excepcionales, la sujeción del Derecho concursal al difuso discurso arbitral de las normas imperativas deriva en la creación de una norma *de facto* que autoriza la co-existencia de arbitrajes y procedimientos de insolvencia. Es decir, dado que la tutela de la *par conditio creditorum* material corresponde principalmente a la esfera judicial, los tribunales arbitrales acaban entendiéndose libres para ejercer su competencia sobre partes concursadas. Y ello, a pesar de que la propia *lex fori*

¹⁰²⁰ Respecto a esta posibilidad, vide le Capítulo V.B.2.

¹⁰²¹ Y ello sin perjuicio de que puedan darse casos en los que el superior rango normativo del régimen concursal obligue al órgano nacional a tomar en consideración la regulación concursal con el fin de cumplir con las reglas de jerarquía de fuentes dentro de su ordenamiento. En este sentido, vide el Capítulo V.A.3 y V.B.2.

¹⁰²² Problemática que se estudia con detalle en el Capítulo V.B.2.

concursum prohíba la apertura o continuación de procedimientos arbitrales, tal y como corrobora la vertiente polaca de *Elektrim*.

Resulta cuestionable que un resultado de esta naturaleza pueda resultar satisfactorio. Desde la perspectiva sustantiva del Derecho concursal produce un riesgo grave de aplicación, pues acaba anteponiendo el mandato arbitral a cualquier norma concursal que no sea la *par conditio creditorum* material. Desde la perspectiva internacional del Derecho concursal, también parece desconsiderar la acogida que el procedimiento de insolvencia tenga en el ordenamiento de la sede, cuyo régimen de Derecho internacional privado está ausente del análisis de los árbitros. Por último, desde el punto de vista arbitral, genera el riesgo de presentar al arbitraje como un mecanismo de evasión de las posibles restricciones concursales. Esto es, como un ejemplo de desacreditación de la contribución que la institución arbitral presta (y ha de prestar) al correcto desarrollo del comercio internacional. El mismo objetivo al que aspira el Derecho concursal internacional.

D. Una propuesta de solución: el recurso instrumental al Derecho concursal internacional de la sede

327. Las Secciones B y D de este Capítulo han expuesto cinco opciones alternativas que la jurisprudencia arbitral ha empleado con el fin de dar respuesta a la situación concursal de una de las partes: la pérdida de capacidad de la parte concursada, la inarbitrabilidad de la disputa, la invalidez o ineficacia del convenio arbitral, la extraterritorialidad de la legislación concursal y su posible carácter imperativo. Frente a las tres primeras, el análisis requerido en las dos últimas opciones ofrece la ventaja de evitar la problemática propia del ejercicio de calificación. Sin embargo, la anterior Sección demuestra que estas dos tampoco están exentas de críticas y limitaciones. Al fin y al cabo, ninguna ofrece una base jurídica sólida que permita evaluar de antemano y con certeza la decisión que un tribunal arbitral internacional adoptará en relación con el efecto que la apertura de un procedimiento de insolvencia produzca sobre el convenio arbitral y la competencia del tribunal. Incluso más, todas las opciones tratadas acaban recurriendo con mayor o menor medida a metodologías propias de la disciplina arbitral y, como resultado, acaban perpetuando la coexistencia de lógicas conflictuales distintas en relación con una problemática común.

Desde esta perspectiva, parece obligado concluir que las herramientas propias del Derecho arbitral resultan inaptas para dar una respuesta a las cuestiones que plantea la apertura de un procedimiento concursal. Es decir, la disciplina arbitral es por sí misma insuficiente para proporcionar una solución material a estas cuestiones e, incluso, carece de una norma de conflicto idónea que permita identificar qué ley ha de gobernar los efectos del concurso sobre el arbitraje.

328. El reconocimiento de esta insuficiencia no es un ejercicio frecuente en la literatura arbitral. Sin embargo, de él depende la consecución de una solución que permita superar varios de los problemas que se han ido identificando a lo largo de este Capítulo. Sin lugar a dudas, la opción óptima para eliminar la incertidumbre que caracteriza a las cuestiones aquí estudiadas consistiría en promover una iniciativa que proporcionara, en el plano internacional y con validez tanto para árbitros como para órganos judiciales, un régimen de contenido material regulador de la interacción entre procedimientos arbitrales y concursales. Ante la falta de tal instrumento,¹⁰²³ parece que la mejor opción pasa por defender que los tribunales arbitrales recurran a la única disciplina que regula esa problemática de forma específica o que, al menos, permite identificar la solución nacional que ha de ser aplicada. Esta disciplina es el Derecho concursal internacional.

Es decir, lo que aquí se defiende es que los tribunales arbitrales reconozcan la inaptitud de la metodología tradicional arbitral para responder a la situación concursal y que recurran directamente, si existen, a las normas de Derecho internacional privado que el ordenamiento jurídico de la sede prevea en materia de insolvencias transfronterizas.

329. El recurso a este tipo de normativa requiere distinguir tres fases distintas a lo largo del procedimiento arbitral. En primer lugar, el tribunal ha de plantearse si la apertura de la situación concursal constituye un evento que ha de ser tenido en consideración en el seno del procedimiento arbitral. Es decir, el procedimiento de insolvencia ha de ser sometido a un pseudo-proceso de reconocimiento con propósitos estrictamente arbitrales. En segundo lugar, y asumiendo una respuesta afirmativa a la primera cuestión, los árbitros tendrán que evaluar cuál es el efecto que el estatus concursal de una de las partes ha de desplegar sobre la validez y eficacia del convenio arbitral y sobre la competencia del tribunal. Esto es, sobre los elementos básicos para que el arbitraje pueda existir. Por último, si el tribunal concluye que la situación concursal no es óbice para la tramitación de un procedimiento arbitral, será

¹⁰²³ Cuya conveniencia aquí se quiere subrayar.

necesario plantearse la conveniencia de introducir algunas modificaciones en la tramitación del arbitraje con el fin de respetar las peculiaridades impuestas por la insolvencia de una de las partes.

El estudio de la contribución que el Derecho concursal internacional puede ofrecer en cada una de estas fases se contiene en los tres epígrafes siguientes.

1. El reconocimiento del concurso por parte del tribunal arbitral

330. Carece de sentido preguntarse cuáles son los efectos que la apertura que un procedimiento de insolvencia produce sobre el arbitraje si ese tribunal empieza por no reconocer la existencia de la situación concursal. Este es un punto de partida que pocas veces se expresa abiertamente en las resoluciones arbitrales. Sin embargo, es una cuestión ineludible en la argumentación de todas ellas.

El empleo del término “reconocimiento” en este contexto no ha de equipararse al acto propio del Derecho internacional privado por el que una autoridad estatal homologa o “reconoce” una situación jurídica extranjera con el objetivo de dotarla de entidad y efectos jurídicos propios a los ojos del ordenamiento de recepción. La lógica que inspira esta mecánica no resulta aplicable a los tribunales arbitrales internacionales. En efecto, el acto de reconocimiento implica el ejercicio de la soberanía de un Estado con el fin de dar entrada a un acto generado por las autoridades de otro ente soberano. Es decir, una concepción de territorialidad y soberanía de la que no participan los tribunales arbitrales. Aunque los árbitros deban parte de su legitimidad a la legislación de la sede, no puede afirmarse ni que sean parte de ese ordenamiento ni que su estatus sea equiparable al de los órganos judiciales de ese territorio.

El reconocimiento que se trata en el presente epígrafe comprende únicamente el acto del tribunal arbitral mediante el que se acepta la existencia de un procedimiento concursal abierto contra una de las partes, en tanto que circunstancia que puede repercutir sobre múltiples facetas del arbitraje (la operatividad del convenio arbitral, la tramitación del procedimiento y la eficacia del laudo resultante). Es una decisión que no pretende surtir efectos fuera de la esfera arbitral, que no produce efectos de cosa juzgada y cuya sola finalidad es evaluar si el tribunal ha de tomar en consideración o no el estatus concursal de una de las partes.

331. Dentro de estos parámetros, los árbitros sí están autorizados para evaluar la reconocibilidad del procedimiento de insolvencia. No será necesario que suspendan el procedimiento a la espera de que las autoridades de la sede tomen una decisión al respecto o que insten a las partes para que presenten una solicitud a tal fin. Ésta es la postura más coherente con la voluntad de las partes de excluir la resolución de sus disputas de la esfera judicial, sobre todo dada la naturaleza exclusivamente incidental de la decisión.¹⁰²⁴ Además, es la posición predominante en la jurisprudencia arbitral mencionada a lo largo de todo este Capítulo. Más allá de los casos puntuales que se citaron en la Sección C.1, los tribunales entienden expresa o tácitamente que la toma en consideración de la situación concursal en el arbitraje no depende de una resolución previa de origen estatal.¹⁰²⁵

Más aún, la práctica arbitral mayoritaria demuestra que cuando la existencia de la situación concursal deviene relevante para el desarrollo del arbitraje, los tribunales ni siquiera encuentran necesario incluir un análisis específico al respecto. Al contrario, las resoluciones arbitrales suelen proceder directamente a evaluar cuál es el efecto que esa situación ha de producir sobre el arbitraje.¹⁰²⁶ Esto es, pasan a la fase segunda del modelo que aquí se propone, demostrando así la aceptación tácita de la circunstancia concursal.

Este patrón es acorde con la posición que defiende una parte importante de la doctrina. Sin perjuicio de la forma de articulación que cada autor defienda con respecto a la convivencia del arbitraje y el concurso, la mayoría de la literatura defiende la conveniencia de que el tribunal arbitral no dé la espalda a la situación concursal.¹⁰²⁷ Según estos autores, el punto de partida ha de ser el reconocimiento de la insolvencia como una circunstancia potencialmente relevante para el arbitraje,¹⁰²⁸ siendo necesario que el tribunal justifique la decisión de no reconocer la situación concursal.¹⁰²⁹ Y ello sin perjuicio de que la naturaleza no estatal de los tribunales arbitrales impida adscribirlos *in abstracto* a un modelo territorialista o universalista en materia de insolvencia transfronteriza.

¹⁰²⁴ En el mismo sentido, S. Kröll, “Arbitration and Insolvency - Selected...”, *cit.*, 240. Así lo declara expresamente el Laudo del Asunto CCI 9089 (1998), disponible en E. Jolivet, “Quesques...”, *cit.*, 365 (sede en París, Derecho concursal italiano).

¹⁰²⁵ Vide también F. Mantilla Serrano, “International...”, *cit.*, 58.

¹⁰²⁶ En el mismo sentido, S. Vorburger, *International Arbitration...*, *cit.*, 40.

¹⁰²⁷ S. Vorburger, *International Arbitration...*, *cit.*, 43 (en relación con una parte importante de la doctrina suiza); S. Nadeau-Séguin, “When Bankruptcy...”, *cit.*, 96; P. Wagner, “Insolvency and...”, *cit.*, 201; y S. Kröll, “Arbitration and Insolvency - Selected...”, *cit.*, 239.

¹⁰²⁸ *Id.*

¹⁰²⁹ D. Vidal, “Arbitration and Insolvency...”, *cit.*, 55 y F. Perret, “Faillite...”, *cit.*, 43.

332. La práctica descrita también demuestra que los tribunales no están obligados a recurrir a la normativa de Derecho internacional privado de la sede para decidir acerca del reconocimiento del procedimiento concursal. Como se ha apuntado al comienzo de este epígrafe, ésta es una normativa que no está diseñada para ser aplicada por parte de tribunales arbitrales. Ello deviene especialmente evidente cuando el reconocimiento queda condicionado a la existencia de reciprocidad¹⁰³⁰ o a consideraciones de cortesía internacional o de interés nacional.¹⁰³¹ Este tipo de argumentaciones son aplicables en el contexto de las relaciones interestatales y no parecen directamente extrapolables a la posición de los tribunales arbitrales.¹⁰³² Es por esta razón que tampoco resulta acertado plantearse si el régimen de reconocimiento constituye una regulación de carácter imperativo a los ojos del tribunal arbitral.¹⁰³³ Si los tribunales arbitrales no son destinatarios de esas normas, no puede entenderse que las mismas sean de aplicación necesaria.¹⁰³⁴

Si acaso, el recurso a este régimen por parte del tribunal arbitral encuentra su explicación en la voluntad de anticipar el análisis que podrán llevar a cabo los órganos judiciales de la sede en un momento futuro. Es decir, como consecuencia del propósito del tribunal de contribuir a la validez del laudo. Este razonamiento ha llevado a algunos autores a defender la conveniencia generalizada (que no deber) de que los tribunales arbitrales recurran a las normas de reconocimiento de la sede.¹⁰³⁵ Con ello, no solo se contribuye al mejor cumplimiento del mandato de los árbitros sino que también se fomenta la previsibilidad del tratamiento concursal en el seno de arbitrajes internacionales.

333. Esta lógica también ha quedado plasmada en algunas resoluciones arbitrales. Así, en el Laudo dictado en el Asunto CCI 12907 (2005),¹⁰³⁶ el tribunal arbitral con sede en Londres entendió que la necesidad de tomar en consideración el estado concursal de la parte demandada venía acentuada por el hecho de que, tal y como habían reconocido ambas partes en sus alegaciones,

¹⁰³⁰ Como es el caso del régimen tradicional de homologación del Derecho español (art. 953 LEC 1881) o el régimen previsto en el art. 166.1.c) LSDIPr.

¹⁰³¹ Como es el caso del *common law* inglés, tal y como expone (por todos) M. Staff, “Common law assistance and cross-border insolvency: from modified universalism to supra-territoriality” (2015) 1 *Corporate Rescue and Insolvency* 3, 4.

¹⁰³² J. Hargrove y V. Liborio, “Arbitration...”, *cit.*, 54.

¹⁰³³ En este punto, en análisis de S. Vorburger, *International Arbitration...*, *cit.*, 48-51 parece confundir la obligación del tribunal arbitral de aplicar las normas de reconocimiento del Derecho concursal internacional de la sede con la obligación de respetar la decisión de reconocimiento dictada por los tribunales de la sede en aplicación de esa legislación. Estas son cuestiones distintas que no puede tratarse de forma indistinta.

¹⁰³⁴ Con respecto a este razonamiento en general, vide el Capítulo IV.D.2.a.

¹⁰³⁵ S. Vorburger, *International Arbitration...*, *cit.*, 77; S. Kröll, “Arbitration and Insolvency - Selected...”, *cit.*, 239; M. Gunter, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Insolvenz* (Zurich: Schluss, 2011) párr. 278-298 (citado por S. Vorburger, *International Arbitration...*, *cit.*, 43); y P. Wagner, “Insolvency and...”, *cit.*, 194.

¹⁰³⁶ Disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 98.

el procedimiento de insolvencia abierto en Egipto sería reconocido por los órganos judiciales ingleses si así fuera solicitado.

Igualmente, entiende el autor que en el propio asunto *Elektrim*, el tribunal CCI consultó a las partes sobre la reconocibilidad del procedimiento concursal polaco de acuerdo con los criterios previstos en el art. 166 LSDIPr. Así, aunque el tribunal acabara calificando la situación como una cuestión de capacidad,¹⁰³⁷ sí concluyó que quedaban satisfechos los requisitos previstos en ese precepto (incluido el de reciprocidad entre Suiza y Polonia).¹⁰³⁸ La inclusión de este razonamiento en el laudo CCI, sin embargo, no debería haber suplido la necesidad de que el concurso polaco fuera formalmente reconocido por las autoridades suizas en el caso de que las partes pretendieran hacer valer sus efectos en sede de acción de anulación. Por esa razón, ha de considerarse paradójico desde un punto de vista metodológico que la sentencia del Tribunal Federal suizo que confirmó la validez de ese laudo acabara aplicando la normativa concursal polaca (art. 142 LPIR) sin haber procedido previamente a evaluar el reconocimiento (siquiera incidental) de la insolvencia.¹⁰³⁹ Esto es especialmente criticable dado el intenso territorialismo que tradicionalmente ha caracterizado al Derecho concursal internacional suizo.¹⁰⁴⁰

334. El recurso a la legislación de la sede en materia de homologación de insolvencias extranjeras deviene particularmente útil cuando el tribunal tenga dudas acerca de la “honestidad” del procedimiento de insolvencia.¹⁰⁴¹ En efecto, dados los efectos que la apertura de un procedimiento de insolvencia puede producir sobre la viabilidad del arbitraje, no puede excluirse que algunas partes opten por recurrir a la figura concursal con el único fin de obstaculizar el progreso de la disputa arbitral.¹⁰⁴² Puesto que en esos casos el procedimiento concursal podría encontrar dificultades a la hora de obtener el reconocimiento pleno ante las

¹⁰³⁷ Vide Capítulo IV.A.1.a.

¹⁰³⁸ Entiende el autor, no obstante, que el tribunal apuntó que la ausencia de bienes de *Elektrim* en territorio suizo podía impedir el reconocimiento del concurso como consecuencia del art. 167 LSDIPr.

¹⁰³⁹ En el mismo sentido, P. Wagner, “When two worlds collide – the dilemma between insolvency and arbitration” (2012) II *Yearbook on International Arbitration* 119, 127, y V. Lazic, “Cross-Border Insolvency and Arbitration...”, *cit.*, 346.

¹⁰⁴⁰ Así lo expone con detalle el Laudo Final en el Asunto CCI 16369 (2012), disponible en (2014) XXXIX *Yearbook Commercial Arbitration* 169 que, por cierto, también procede a realizar un análisis incidental del art. 166 LSDIPr, incluido el requisito de reciprocidad.

¹⁰⁴¹ La posibilidad de que los árbitros excluyan tomar en consideración la situación concursal cuando entiendan que haya existido fraude en su constitución también la sugieren L. Lévy, “Arbitration and...”, *cit.*, 106; M. Aebi y H. Frey, “Impact...”, *cit.*, 151; y P. Fouchard, “Arbitrage...”, *cit.*, 479.

¹⁰⁴² Así lo reconoce abiertamente J. Paulsson, *The Idea...*, *cit.*, 207, como una práctica “penosamente corriente”, con cita a los Asuntos de la compañía de El Salvador *El Triunfo* (laudo de 8 mayo 1902) y *Barcelona Traction, Light v Power Company Limited* (Second Phase), decidido mediante sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 5 febrero 1970 (1970 ICJ Reports 3 96). También lo apunta G. Born en su Prólogo al libro S. Vorburger, *International Arbitration...*, *cit.*, xix, xx, como una práctica “de hoy”.

autoridades de la sede, resulta recomendable que el tribunal arbitral anticipe formalmente ese análisis mediante la aplicación expresa de los criterios previstos en la legislación de la sede.

Éste fue el caso en el Asunto CCI 14576 (2009),¹⁰⁴³ entre la sociedad Fitzpatrick International Ltd. y el Gobierno de Guinea Ecuatorial. El tribunal, con sede en París, decidió aplicar con detalle el Derecho internacional privado francés para decidir acerca de la necesidad de tomar en consideración la insolvencia de la empresa demandante. Para ello, estableció que la relevancia arbitral de la situación concursal quedaba condicionada a que se satisficieran los siguientes cuatro requisitos: i) el tribunal de apertura debe ser un tribunal competente; ii) la orden de apertura ha de ser definitiva y vinculante; iii) el procedimiento concursal ha de respetar el derecho a un proceso debido de las partes involucradas; y iv) el reconocimiento del concurso no debe ser contrario al orden público internacional.¹⁰⁴⁴

Según la prueba practicada en el arbitraje, el tribunal pudo saber que la apertura del procedimiento de insolvencia en Guinea Ecuatorial era una estrategia orquestada por el propio Gobierno de ese Estado con la finalidad de someter a la parte demandante a una situación concursal. Con ello se pretendía privar a Fitzpatrick International Ltd. de capacidad para continuar por sí misma en el procedimiento arbitral, de modo que fuera sustituida por un síndico concursal nombrado por las autoridades judiciales de Guinea. De hecho, la parte demandante no recibió notificación de la apertura de la insolvencia y tampoco fue informada del nombramiento de la administración. Curiosamente, fue también el Estado guineano quien solicitó al tribunal arbitral el reemplazo de Fitzpatrick International Ltd. por el síndico concursal, esto es, por las administración que habían nombrado las propias autoridades judiciales guineanas sin intervención de Fitzpatrick.

Sobre esta base, el tribunal arbitral falló que la apertura del concurso no había respetado el derecho a un proceso debido y que, por tanto, la insolvencia no cumplía con los requisitos exigidos por el Derecho francés. Ello resultaba en que el síndico concursal careciera de legitimidad para participar en el arbitraje y que la representación y defensa de Fitzpatrick continuaran correspondiendo a su dirección y sus asesores. El laudo, que acababa condenando a Guinea Ecuatorial al pago de más de 12 millones de dólares, fue confirmado por los

¹⁰⁴³ Analizado en C. Dorda, “Arbitration and insolvency proceedings” (2009) 3 *Belgrade Law Review* 83, 86.

¹⁰⁴⁴ Tal y como apunta, D. Baizeau, “Arbitration and Insolvency...”, *cit.*, 106-107, aunque no lo indicara el tribunal, éstos son los criterios que establece la Sentencia de la Cour de Cassation de 20 febrero 2007 en el Asunto *Cornelissen*.

tribunales franceses con ocasión de una acción de anulación y fue reconocido por tribunales ingleses y estadounidenses.¹⁰⁴⁵

El razonamiento empleado en este asunto también puede encontrarse en otros laudos internacionales dictados en territorio francés. Éste es el caso el caso del Asunto CCI 5954 (1991), en el que el tribunal con sede en París concluyó que el procedimiento concursal abierto en Costa de Marfil tenía como principal objetivo evadir el procedimiento arbitral y que había sido obtenido por la parte demandante a través de abuso de derecho.¹⁰⁴⁶ Según algún autor, la similitud entre los criterios de reconocimiento mencionados en estos dos casos y los que se prescriben en otros ordenamientos aconsejaría su empleo generalizado por los tribunales arbitrales a la hora de decidir acerca de la toma en consideración de la situación concursal de una de las partes.¹⁰⁴⁷

335. Más allá de esta propuesta, la incertidumbre que impregna a los casos como los descritos en los párrafos anteriores podría hacer razonable que un tribunal arbitral decidiera someter la decisión de reconocimiento directamente al criterio judicial. Es decir, no ha de excluirse que, por motivos de prudencia, los árbitros puedan suspender el arbitraje y sugerir a las partes que soliciten la homologación de concurso directamente ante los tribunales de la sede. Aunque ello implique recurrir a la esfera judicial de la que las partes pretendían huir, esta decisión permitiría garantizar la utilidad del procedimiento arbitral y evitaría el riesgo de que árbitros y jueces alcanzaran conclusiones incompatibles al respecto.

Asimismo, ésta sería una opción legítima cuando los presuntos efectos del concurso sobre el arbitraje no derivaran directamente de la *lex fori concursus* o de la orden de apertura, sino que fueran la consecuencia de resoluciones posteriores dictadas por el juez concursal. Éste es el caso del Derecho español, donde el art. 52 LC autoriza al juez de la insolvencia para que ordene la ineficacia del convenio arbitral.¹⁰⁴⁸ En estos supuestos, el recurso a los tribunales de la sede puede garantizar al tribunal arbitral que el reconocimiento del concurso se extiende también a las resoluciones posteriores emanadas en el seno del procedimiento de insolvencia.¹⁰⁴⁹

¹⁰⁴⁵ Para un resumen de este caso y de la compleja problemática que genera vide la sentencia del Southern District (Houston Division) de Texas (*Fitzpatrick International Ltd. v Republic of Equatorial Guinea*) de 7 octubre 2013, H-12-1300.

¹⁰⁴⁶ Así lo expone F. Mantilla Serrano, “International...”, *cit.*, 57.

¹⁰⁴⁷ C. Dorda, “Arbitration...”, *cit.*, 86.

¹⁰⁴⁸ Vide el Capítulo III.B.2.a.

¹⁰⁴⁹ Una situación similar puede encontrarse en el reciente caso inglés *Kombinat Aluminjuma Podgorica AD (In Bankruptcy)*, Re [2015] EWHC 750 (Ch), en el que el tribunal arbitral LCIA con sede en Londres decidió acudir a los jueces ingleses para acudir el levantamiento de la suspensión automática de arbitrajes del deudor que prevé el

336. En línea con esta lógica, también puede defenderse que, si en el momento en el que la situación concursal se plantea ante el tribunal arbitral el procedimiento de insolvencia ya ha sido formalmente reconocido por las autoridades de la sede, el tribunal debería estar capacitado para basarse en ella para justificar su decisión, incluso *ex officio*. En esos casos, la resolución de reconocimiento tiene como efecto dar entrada al procedimiento de insolvencia extranjero en la realidad jurídica de la sede arbitral. Por tanto, será una circunstancia que los órganos judiciales de ese territorio no podrán ignorar en el supuesto de una eventual acción de anulación. Desde esta perspectiva, la decisión del tribunal arbitral de adherirse al pronunciamiento judicial de reconocimiento y de actuar de acuerdo con él contribuye a fortalecer la validez del laudo. Esta consideración adquiere especial importancia en los Estados en los que la decisión de un tribunal de tramitar el arbitraje sin tomar en consideración el procedimiento de insolvencia que ya ha sido válidamente reconocido por las autoridades de la sede puede entenderse contraria al orden público.¹⁰⁵⁰

Por último, si se defiende aquí la necesidad de que los árbitros respeten los actos de reconocimiento expreso que se hayan adoptado por los tribunales de la sede, también parece aconsejable extender este deber a los supuestos en que el Derecho internacional privado de la sede prevea directamente el reconocimiento automático del concurso extranjero. Éste es el caso del Reglamento de Insolvencia. Así, cuando la sede del arbitraje y el Estado de apertura del procedimiento concursal estén localizados en Estados de la Unión, es posible entender que la situación concursal gozará de plena virtualidad en el territorio de la sede desde el mismo momento de su apertura.¹⁰⁵¹ Sobre esta base, la decisión del tribunal arbitral de ignorar la insolvencia de una de las partes equivaldría a ignorar el régimen del Reglamento. Un régimen que es de aplicación imperativa por los órganos judiciales de la sede en el supuesto de una eventual acción de anulación y que, por tanto, debería ser también respetado en la esfera arbitral.¹⁰⁵² De hecho, en este punto también se ha defendido que la decisión del tribunal del proceder sin respetar el reconocimiento automático derivado del Reglamento podría considerarse una vulneración del orden público de la sede.¹⁰⁵³

Derecho concursal inglés para insolvencias extranjeras que hayan sido reconocidas. Igualmente, vide *Re Pan Ocean Co. Ltd; subnom Seawolf Tankers Inc and another v Pan Ocean Co Ltd and another* [2015] EWHC 1500 (Ch).

¹⁰⁵⁰ Vide S. Vorburger, *International Arbitration...*, *cit.*, 48-51, con referencia a Estados Unidos, Reino Unido, Francia, Alemania y Suiza.

¹⁰⁵¹ Vide con más detalle el Capítulo II.B.1.

¹⁰⁵² Vide *in extenso* el Capítulo V.A.3.

¹⁰⁵³ S. Vorburger, *International Arbitration...*, *cit.*, 56 y 68; D. Jones, “Insolvency...”, *cit.*, 134; y A. J. Bělohlávek, “Impact...”, *cit.*, 150 (con referencia al laudo de 15 enero 2008, dictado en el Asunto Rsp 135/2006 bajo el auspicio de la Arbitration Court de la Economic and Agricultural Chamber of the Czech Republic). Como se explica en el siguiente Capítulo, no obstante, la relevancia de esta consideración es menor de lo que en un principio

2. Los efectos del concurso sobre la competencia del tribunal arbitral

337. Tras haber aceptado la existencia de la situación concursal, el tribunal ha de determinar cuál es el impacto que esa circunstancia produce sobre el mecanismo arbitral. Este epígrafe se centra exclusivamente en los efectos que hacen referencia a la existencia en sí del arbitraje. Es decir, a la posibilidad de que la apertura de un procedimiento de insolvencia pueda afectar a la validez o eficacia del convenio arbitral o a la competencia del tribunal arbitral. Estos son los efectos que en el Capítulo II fueron calificados como “competenciales”,¹⁰⁵⁴ y los que en la práctica han motivado las distintas soluciones expuestas en el presente Capítulo. Frente a ellos, el epígrafe siguiente trata los efectos “procedimentales”, que determinan las adaptaciones necesarias en la tramitación del arbitraje para dar respuesta a las necesidades impuestas por la situación concursal. Estos últimos son, por tanto, unos efectos que solo pueden abordarse cuando ya haya quedado esclarecida la posibilidad de que el arbitraje pueda coexistir con el procedimiento de insolvencia.
338. Más allá de la respuesta que cada ordenamiento pueda proporcionar a la cuestión de los efectos competenciales, el análisis contenido en las Secciones anteriores ha demostrado que el régimen arbitral carece de un tratamiento conflictual específico para los mismos. Esto es, no existe desde la perspectiva del Derecho arbitral una norma de conflicto que disponga qué ley ha de regir los efectos que el concurso produce sobre un procedimiento arbitral internacional con sede fuera del Estado de apertura. Frente a este silencio, el Derecho concursal internacional se caracteriza por ofrecer una respuesta muy concreta al respecto. Así lo demuestran los estudios del Reglamento de Insolvencia, de la Ley Modelo de Insolvencia Transfronteriza y del régimen de Derecho internacional privado de la Ley Concursal que se realizaron en los Capítulos II y III.

En general, ese estudio concluyó que, tanto el Reglamento de Insolvencia como la Ley Concursal siguen un modelo que remite a la *lex fori concursus* la regulación de los efectos competenciales que la apertura de un procedimiento de insolvencia vaya a producir sobre el mecanismo arbitral.¹⁰⁵⁵ Frente a ello, la Ley Modelo diseña un régimen en el que los efectos vienen marcados por el Derecho de cada Estado en el que el concurso sea reconocido. Más allá de la libertad que tienen los Estados a la hora de adoptar esta Ley, la propuesta de

pudiera parecer. La aplicación del régimen del Reglamento ha de argumentarse a través de las reglas de jerarquía normativa y no a través de su subsunción en los causales que prevé el Derecho arbitral en materia de anulación o de reconocimiento y ejecución de laudos.

¹⁰⁵⁴ Vide el Capítulo II.C.3.a.

¹⁰⁵⁵ Vide los Capítulos II.C.3.a y III.

UNICTRAL parece decantarse por la paralización indefinida de los arbitrajes pendientes y la imposibilidad de comenzar nuevos procedimientos.¹⁰⁵⁶

Dada la inaptitud del Derecho arbitral para proporcionar una respuesta certera, la utilidad que este régimen conflictual puede reportar en el plano arbitral resulta fácil de reconocer. Sin embargo, la posibilidad de recurrir a estas normas no ha gozado de amplia atención en la literatura especializada.¹⁰⁵⁷ Probablemente, ello se debe a que es una opción que carece hasta la fecha de pronunciamiento judicial alguno (nacional o europeo) que la trate de forma directa y que adopte una posición expresa al respecto.

339. La aplicación de las normas de conflicto concursales por parte de los árbitros puede defenderse sobre la base de tres fundamentos distintos. El primero consiste en defender el carácter imperativo que deba reconocerse a esta parcela del ordenamiento. El segundo pasa por entender que estas normas forman parte del conjunto de reglas que la sede ha diseñado para ser aplicadas por los tribunales arbitrales internacionales que se asienten en su territorio. Esto es, por incluir estas normas en la *lex loci arbitri*. El último, por su parte, descarta el recurso a estas normas como una cuestión de deber y presenta su aplicación como una posibilidad sometida a la discreción de los árbitros en uso de la libertad de ordenación procesal que generalmente les reconoce el Derecho arbitral. La primera de estas opciones se analiza en el apartado que ahora sigue. Las otras dos se tratan conjuntamente en el siguiente.

a. El Derecho concursal internacional de la sede como norma imperativa y la excepción de orden público

340. El debate acerca de las normas imperativas que expone la Sección anterior se plantea la posibilidad de incluir en esta categoría al régimen concursal sustantivo que hace referencia al efecto del concurso sobre el arbitraje. Por el contrario, el foco del presente apartado se posa sobre las normas de conflicto del Derecho concursal de la sede. Es decir, cuestiona la posibilidad de que reglas de Derecho internacional privado (y no normas de Derecho sustantivo) puedan ser concebidas como normas de aplicación imperativa. Éstas incluyen normas como los arts. 4 a 15 RI, los arts. 199-230 LC o las disposiciones de origen interno que adoptan el régimen propuesto por la Ley Modelo.

¹⁰⁵⁶ Vide el Capítulo III.A.

¹⁰⁵⁷ Así lo reconoce D. Baizeau, “Arbitration and Insolvency...”, *cit.*, 108.

Dentro de la escasa doctrina que ha tratado esta cuestión, la mayoría de autores se ha posicionado a favor de la naturaleza imperativa de este tipo de normas.¹⁰⁵⁸ Igualmente, la High Court inglesa afirmó al comienzo de su sentencia en el asunto *Elektrim* que el Reglamento había sido aprobado “con el fin de establecer normas imperativas de ley aplicable, competencia, reconocimiento, ejecución y cooperación aplicables a las insolvencias transfronterizas dentro de la Unión Europea”.¹⁰⁵⁹ Esta afirmación, sin embargo, se realizó de forma genérica en cuanto al Reglamento, sin hacer referencia al rol que este instrumento jugaba en la esfera arbitral.

Frente a esta postura, el Prof. Heredia se postula como el único autor que ha defendido abiertamente que preceptos como el art. 15 RI o el art. 209 LC no son vinculantes para los tribunales arbitrales.¹⁰⁶⁰ Según este autor, aunque estas disposiciones incluyen a los procedimientos arbitrales dentro de su ámbito objetivo, su aplicación no es obligatoria para los tribunales arbitrales internacionales. Si acaso, su aplicación debe justificarse mediante el recurso al deber de dictar un laudo válido y ejecutable.

341. Más allá del acierto que pueda tener cada una de estas posturas, no parece que el debate de las normas imperativas sea la vía más adecuada para enfrentarse al posible deber de los árbitros de aplicar el Derecho concursal internacional de la sede. En efecto, tal y como se expuso en la Sección anterior,¹⁰⁶¹ la teoría de las normas imperativas en la disciplina arbitral se caracteriza por la imprecisión de su alcance y contenido y por la inexistencia de mecanismo específico alguno que, en su caso, permita sancionar su incumplimiento. Como consecuencia de esta falta de precisión, este deber queda frecuentemente reducido en la práctica a la toma en consideración de las reglas que devendrán relevantes en la fase post-laudo con ocasión de las acciones de anulación y de reconocimiento y ejecución. En definitiva, una argumentación que, llevada por el pragmatismo, conduce *de facto* a la equiparación errónea de las normas imperativas con la excepción orden público.

En este sentido, resulta especialmente ilustrativo que los autores que defienden el carácter imperativo de las normas de conflicto concursales justifican su postura a través del deber de

¹⁰⁵⁸ W. Kühn, “Arbitration and Insolvency: A...”, *cit.*, 141; S. Kröll, “Arbitration and Insolvency - Selected...”, *cit.*, 235; D. Baizeau, “Arbitration and Insolvency...”, *cit.*, 108; P. Wagner, “When International...”, *cit.*, 62; y M. Robertson, “Cross-border insolvency...”, *cit.*, 126. Todos ellos en relación exclusivamente al Reglamento de Insolvencia, lo cual hace dudar acerca de la posibilidad de extender su posición a normas equivalentes de origen interno)

¹⁰⁵⁹ *Syska & Elektrim v Vivendi Universal* [Comm], pár. 10. Traducción del autor.

¹⁰⁶⁰ I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso...*, *cit.*, 116.

¹⁰⁶¹ Vide Capítulo IV.C.2.b.

los árbitros de respetar el orden público de la sede. Es decir, recurren a la necesidad de aplicar aquellas normas cuya infracción podría permitir a los órganos judiciales de la sede declarar la invalidez del laudo en el supuesto de una acción de anulación.¹⁰⁶²

342. La aparente sencillez (por reduccionista) de esta postura no puede llevar a pensar que es una interpretación libre de incertidumbre. Ello se debe a que la subsunción del régimen conflictual del Derecho concursal de la sede en el causal del orden público no es una opción tan obvia como la afirmación de estos autores parece sugerir. Por el contrario, es una postura que requiere mayor justificación y que puede resultar problemática incluso cuando ese régimen conflictual se contiene en un instrumento de tanta relevancia como el Reglamento de Insolvencia.

En efecto, es cierto que algunas normas de Derecho Europeo tienen la capacidad de poder ser calificadas como imperativas a los efectos del arbitraje¹⁰⁶³ y que, dentro de ellas, hay varias que reflejan principios y valores propios de un orden público europeo.¹⁰⁶⁴ De hecho, existe jurisprudencia de la Unión relacionada con supuestos arbitrales que así lo corrobora.¹⁰⁶⁵ Sin embargo, resulta legítimo plantearse si la naturaleza de las disposiciones que aquí se analiza (arts. 4 y 15 RI y equivalentes en la legislación interna) es idéntica a la de las normas que motivaron esa jurisprudencia.

¹⁰⁶² Esta es la posición que mantienen expresamente D. Baizeau, “Arbitration and Insolvency...”, *cit.*, 108 y P. Wagner, “When International...”, *cit.*, 62.

¹⁰⁶³ G. Blanke, “The Application of EU Law to Arbitration in the UK: A Study on Practice and Procedure” (2014) 1 *European Business Law Review* 1, 12; A. Sheppard, “Mandatory Rules in International Commercial Arbitration – An English Perspective” (2008) 18 *American Review of International Arbitration* 121, 125; P. F. Schlosser, “Arbitration and European Public Policy” en Centre belge d'arbitrage et de médiation (CEPANI), *L'arbitrage et le droit européen* (Bruselas: Bruylant, 1997) 83, 85.

¹⁰⁶⁴ La existencia de este orden la defienden autores como A. Struychen, “L'ordre public de la Communauté Européenne” en T. Azzi *et al.* (eds.) *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Liber Amicorum Hélène Gaudement-Tallon* (Paris: Dalloz, 2008) 617, 623; J. Basedow, “Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence” en B. Ancel, *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde* (Paris: Dalloz, 2005) 291; H. Meidanis, “Public policy and ordre public in the private international law of the EC/EU: Traditional positions of the Member States and recent trends” (2005) 30 *European Law Review* 95; H. Muir Watt, “Evidence of an emergent European legal culture: Public policy requirements of procedural fairness under the Brussels and Lugano Conventions” (2001) 36 *Texas Journal of International Law* 539; y S. Poillot Peruzzetto, “Ordre public et loi de police dans l'ordre juridique communautaire” (2005) *Travaux de Comité Français de Droit International Privé 2002-2004* 65, 88.

¹⁰⁶⁵ Son ejemplos paradigmáticos las Sentencias del Tribunal de Justicia en los Asuntos C-40/08 (*Asturcom Telecomunicaciones SL v Cristina Rodriguez Nogueira*) [2009] ECR I- 9579, pár. 40; C-168/05 (*Elisa Maria Mostaza Claro v Centro Movil Milenium SL*) [2006] Rec. I-10421, párs. 36-39; C-295-298/04 (*Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA; Antonio Cannito v Fondiaria Sai SpA; y Nicolo Tricarico, Pasqualina Murgolo v Assitalia SpA*) [2006] ECR I-6619, pár. 31; C-381/98 (*Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Ltd*), [2000] ECR I-9305, pár. 25; y C-126/97 (*Eco Swiss China Time v Benetton International NV*) [1999] Rec. I-3019, párs. 36-39.

Así, en el Asunto *Eco Swiss*, que es el único al que hacen referencia los autores antes mencionados, el Tribunal de Justicia concluyó que la excepción de orden público en el contexto del arbitraje debía incluir las normas europeas de Derecho de la Competencia. Éste es un Derecho que está compuesto principalmente por normas de contenido sustantivo. Por el contrario, las normas que centran el análisis de esta Sección son de naturaleza conflictual y, generalmente, forman parte de un régimen que solo aspira a regular cuestiones de Derecho internacional privado.¹⁰⁶⁶

Esta argumentación, sin embargo, no sería suficiente para excluir su carácter imperativo. No puede ignorarse que algunas sentencias de la Unión también parecen atribuir este carácter (siquiera implícitamente) a ciertas normas europeas de Derecho internacional privado en el contexto de arbitrajes internacionales. Éste es el caso del asunto *Ingmar*,¹⁰⁶⁷ en el que el Tribunal declaró que el recurso al arbitraje y a su régimen propio de ley aplicable no puede suponer la inaplicación del nivel de protección que el Derecho de la Unión impone de forma imperativa en determinados sectores (por ejemplo, el de los agentes comerciales). Aunque esta y otras sentencias no lo digan expresamente, la jurisprudencia por ellas creada podría proporcionar base jurídica suficiente para entender que el régimen de ley aplicable previsto en algunos instrumentos de la Unión es de aplicación imperativa para los tribunales arbitrales con sede en territorio europeo.¹⁰⁶⁸

Esta misma interpretación haría posible entender que un convenio arbitral que implicara la desactivación de los foros de competencia que la Unión prevé para relaciones especiales como las laborales o de consumo no debería gozar de validez en los Estados de la Unión.¹⁰⁶⁹ De este modo, podría defenderse que las normas de competencia serían imperativas para el tribunal arbitral y que éste debería declararse incompetente por razón de la invalidez del convenio arbitral.

En definitiva, casos que demuestran que algunas normas de Derecho internacional privado de la Unión sí pueden tener carácter imperativo en la esfera arbitral y que su vulneración puede suponer la violación del orden público de los Estados Miembros.

¹⁰⁶⁶ Y ello sin perjuicio de que existan en el Reglamento de Insolvencia algunas normas que tengan contenido sustantivo. Se ha de reconocer, no obstante, que D. Baizeau, “Arbitration and Insolvency...”, *cit.*, 109 apunta esta idea en un nota al pie, aunque acaba concluyendo que “*the EC Regulation is therefore of fundamental importance for international arbitration*”.

¹⁰⁶⁷ Asunto C-381/98 (*Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Ltd*), [2000] ECR I-9305, p. 25.

¹⁰⁶⁸ Así lo entiende la sentencia inglesa en *Accentuate Ltd v Asigra Inc* [2009] EWHC 2655 (QB).

¹⁰⁶⁹ Vide J. Kleinheisterkamp, “The Impact of Internationally Mandatory Laws on the Enforceability of Arbitration Agreements” (2009) 3 (2) *World Arbitration & Mediation Review* 91.

343. En todos estos supuestos, sin embargo, las reglas de ley aplicable y de competencia judicial internacional no conforman un régimen materialmente neutro. Todo lo contrario, son normas de Derecho internacional privado con propósitos sustantivos, pues pretenden proporcionar soluciones de ley aplicable o de tribunal competente favorables para una de las partes de la relación o, incluso, para el sistema en general. Esto es, normas materialmente orientadas que corresponden a una agenda tuitiva conscientemente planificada por el legislador.

Frente a este régimen, el objetivo que inspira a las normas del Reglamento de Insolvencia destinadas a determinar la ley aplicable a la relación entre el arbitraje y el concurso es mucho más “liviano”. Según las conclusiones alcanzadas en los Capítulos II y III, el único interés que las motiva es garantizar que sea la *lex fori concursus* la que determine si puede o no existir un procedimiento arbitral de forma paralela al concursal. Es cierto que esta norma permite unificar el tratamiento conflictual que todos los acreedores recibirán con respecto a sus compromisos arbitrales con el deudor. Sin embargo, éste no es un propósito con contenido material. Cada Estado Miembro permanece libre para determinar si permite o no el arbitraje, si distingue entre nuevos arbitrajes y arbitrajes en curso,¹⁰⁷⁰ o si somete el tratamiento de cada convenio arbitral a una decisión individualizada por parte del juez concursal.¹⁰⁷¹ En definitiva, es un régimen que restringe su finalidad al plano del Derecho internacional privado y que no pretende alcanzar objetivos tuitivos sustantivos.¹⁰⁷²

344. Como esta explicación demuestra, no parece adecuado asumir sin más el carácter imperativo del régimen de ley aplicable del Derecho concursal de la sede. Por el contrario, es una posición que requiere un análisis mucho más enjundioso. Cuando se lleva a cabo, siquiera de forma tentativa, tal estudio no permite afirmar con certeza que los árbitros deberían considerar a esas normas *per se* como normas de imperativas.¹⁰⁷³ Por tanto, incluso menos cierto resulta que pueda sostenerse que tales normas formen parte de un orden público europeo y que su vulneración por un tribunal arbitral justifique la anulación del laudo resultante.¹⁰⁷⁴ No se debe

¹⁰⁷⁰ Como era el caso en la Ley Concursal española antes de la reforma del art. 52 LC en 2011.

¹⁰⁷¹ Como es el caso inglés, que requiere la solicitud de levantamiento del *automatic stay* para cada convenio que se quiera activar.

¹⁰⁷² Precisamente es por esta razón que el AG Wathelet defendió en su Opinión en el Asunto C-536/13 (*Gazprom OAO v República de Lituania*), párs. 166-188, que las normas generales de atribución de competencia del Reglamento Bruselas I bis no pueden considerarse conformadoras del orden público de la Unión a efectos de anulación y reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. La Sentencia del Tribunal de Justicia no se pronunció sobre este punto.

¹⁰⁷³ Ésta es una incertidumbre que volverá a plantearse en el Capítulo V.B.2.a).

¹⁰⁷⁴ Como expone el Capítulo V, otra cosa es que la aplicación de las normas de Reglamento pueda justificarse a través de los principios de jerarquía normativa entre normas institucionales y normas nacionales o convencionales.

olvidar que, precisamente, ése era el motivo en el que los mencionados autores hacen reposar su argumentación.

Esta incertidumbre hace recomendable buscar una base jurídica alternativa que justifique con mayor contundencia la aplicación del régimen conflictual del Derecho concursal de la sede.

b. El Derecho concursal internacional como parte de la lex loci arbitri

345. Es cierto que los árbitros no están vinculados por todas las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Estado en el que se localiza la sede. Más bien, sus limitaciones vienen marcadas por la *lex loci arbitri*. Es decir, esta *lex* no debe equipararse con la totalidad del ordenamiento del territorio en el que se asienta el arbitraje sino que solo comprende aquellas normas que tienen al mecanismo arbitral como su objeto de regulación y que están diseñadas para ser aplicadas por los tribunales arbitrales que tengan su sede en el territorio de ese Estado.

Por ejemplo, es una cuestión pacífica que el Reglamento Roma I no constituye un instrumento que los tribunales arbitrales estén obligados a aplicar.¹⁰⁷⁵ Ello se debe a que el propio régimen arbitral proporciona un conjunto de reglas diseñadas específicamente para la determinación de la ley aplicable al fondo del asunto por parte de los tribunales arbitrales.¹⁰⁷⁶

346. Cuando el legislador de la sede ha dictado normas que incluyen dentro de su ámbito de aplicación a los tribunales arbitrales (de forma separada o junto con los órganos judiciales), estas normas deberían ser de aplicación obligatoria. El deber de los árbitros de aplicar esta parcela del ordenamiento tiene un origen compuesto. Por una parte, emana de la elección de la sede realizada por las partes, es decir, es consecuencia directa del mandato (explícito o implícito) que las partes dirigen a los árbitros cuando los designan como las personas competentes para resolver su disputa de acuerdo con unos parámetros establecidos (entre ellos la sede). Por la otra, deriva del legítimo derecho de todo ordenamiento de determinar un marco mínimo de normas de acuerdo con las cuales tendrán que operar todos los tribunales arbitrales que se asienten en su territorio y que las partes han de asumir si escogen ese Estado para la celebración de su arbitraje. A pesar de aspiraciones a-nacionales o deslocalizadoras del

¹⁰⁷⁵ M. Penadés Fons, *Elección tácita...*, cit., 182-185.

¹⁰⁷⁶ En España, el art. 34 LA.

arbitraje, ésta es la interpretación que impera en la mayoría de regímenes arbitrales de los Estados con legislaciones arbitrales “desarrolladas”.¹⁰⁷⁷

Pues bien, se puede defender que, a pesar de tener un origen concursal, las normas de conflicto que regulan la relación entre el arbitraje y los procedimientos de insolvencia forman parte de este marco regulatorio arbitral. Es decir, son normas de la *lex loci arbitri*.

La explicación de esta postura requiere la exploración de dos aspectos. Primero, se ha de esclarecer si los tribunales arbitrales son destinatarios de esas normas, es decir, si caen dentro de su ámbito subjetivo de aplicación. Segundo, se ha de evaluar si esas normas son relevantes para considerar cumplido el mandato arbitral, esto es, si son normas cuya falta de aplicación puede hacer peligrar la validez del laudo en el evento de una acción de anulación.

347. Las normas concursales no suelen ir destinadas a la esfera arbitral. En efecto, el Derecho concursal está diseñado para ser aplicado en el contexto de los procedimientos de insolvencia y por órganos judiciales. Así, no existe en la Ley Concursal ninguna indicación expresa que permita defender que los tribunales arbitrales caen dentro del ámbito subjetivo de la norma. Igualmente, el Reglamento de Insolvencia habla en todo momento de Estados Miembros o de autoridades pertenecientes a los mismos. En concreto, el art. 47 RI prevé que “El presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado Miembro”. Como ya ha quedado expuesto en párrafos anteriores, los tribunales arbitrales internacionales con sede en esos territorios no son autoridades nacionales ni cuentan con un estatus equiparable a las mismas. Esta diferencia ha llevado a algún autor a sugerir que los árbitros no deberían quedar cubiertos por el ámbito subjetivo de aplicación del Reglamento de Insolvencia.¹⁰⁷⁸ Sin embargo, el análisis de los Capítulos II y III ha puesto de manifiesto que las normas de conflicto contenidas en esos instrumentos sí pretenden proporcionar un régimen conflictual relativo al impacto del concurso sobre el arbitraje.

Desde esta perspectiva, parece razonable entender que los tribunales arbitrales también deberían quedar vinculados por esas normas, aunque no lo prescriban explícitamente. Defender lo contrario implicaría asumir que el Estado o la Unión Europea, a pesar de haber incluido normas relativas al arbitraje en el marco de un instrumento concursal, habrían aceptado la incoherencia de que órganos judiciales y tribunales arbitrales sitos en el mismo territorio aplicarán un régimen distinto en relación con idéntico problema. Esta disparidad de

¹⁰⁷⁷ Así lo expone con especial contundencia G. Born, *International Commercial...*, cit., 1582-1591, con referencia a abundante literatura, jurisprudencia y legislación.

¹⁰⁷⁸ D. Vidal, “Arbitration and Insolvency...”, cit., 60.

tratamiento no sería favorecedora ni de la plena eficacia del régimen concursal ni de la plena eficacia del mecanismo arbitral, pues son los órganos judiciales los competentes para fiscalizar en última instancia la validez del laudo a través de las acciones de anulación. Es decir, si las normas concursales son relevantes en sede de anulación, como luego se demuestra, no parece lógico entender que el legislador no pretenda que ese régimen no se aplique directamente por los tribunales arbitrales, que en muchas ocasiones serán la primera instancia que se enfrente al problema.

348. No se defiende, por tanto, que esas normas de conflicto constituyen una parcela del ordenamiento de la sede a la que el tribunal puede acudir haciendo uso de la discrecionalidad procesal que tradicionalmente le reconocen las legislaciones arbitrales o las normas institucionales. Ésta es la interpretación por la que optaron los laudos dictados en los Asuntos CCI 16369 (2012)¹⁰⁷⁹ y 12441 (2005).¹⁰⁸⁰ Según estos laudos, las normas de conflicto en materia concursal no son directamente aplicables por el tribunal, sino que su uso queda sujeto a los criterios de discrecionalidad y conveniencia que los árbitros entiendan apropiados en cada caso. Es decir, una concepción mucho más reducida de la *lex loci arbitri* de la que aquí se defiende. Una interpretación, además, que en determinados Estados puede desencadenar dudas acerca de la posibilidad de los árbitros de acudir a normas de la sede que no están destinadas especialmente a los tribunales arbitrales.¹⁰⁸¹

Frente a esta postura, la postura que aquí se propone mantiene que las normas que regulan el régimen conflictual aplicable a los efectos del concurso sobre la insolvencia son reglas que han de aplicarse por los tribunales arbitrales con sede en ese territorio. No es una decisión discrecional sino una obligación más de las que emana de la *lex loci arbitri*. La relevancia de este matiz deviene evidente cuando se analiza el impacto que su incumplimiento puede tener sobre la validez del laudo.

349. Ésta es precisamente la segunda de las cuestiones cuyo análisis antes se anunciaba. No es éste el momento de explicar en detalle cómo el Derecho concursal ha de operar en el contexto de

¹⁰⁷⁹ Disponible en (2014) XXXIX *Yearbook Commercial Arbitration* 169 (sede en Ginebra, Derecho concursal kosovar).

¹⁰⁸⁰ Disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 90 (sede en Ámsterdam, Derecho concursal estadounidense). El tribunal dijo que era una cuestión “decisiva”, cubierta por su ámbito discrecional.

¹⁰⁸¹ Como puede ocurrir en Suiza, tal y como demuestra la Sentencia del Tribunal Federal de 8 diciembre 1999 (*Arthur Andersen Business Unit Member Firms v. Andersen Consulting Business Unit Member Firms*) ATF 4P.154/1999, pár. 2.b), disponible en (2000) 3 *ASA Bulletin* 546. De hecho, esta es una de las críticas que G. Naegeli, “The Capacity...”, *cit.*, 378 y G. Kaufmann-Kohler, L. Lévy y S. Sacco, “The Survival...”, *cit.*, 377, realizan a la Sentencia del Tribunal Federal en el caso Elektrim, en el que el tribunal arbitral acudió a un régimen conflictual de capacidad previsto fuera de las normas que Suiza destina específicamente para arbitrajes internacionales.

las acciones de anulación. A ello se destina una parte importante del siguiente Capítulo.¹⁰⁸² Sin embargo, sí que hay que reconocer que una de las consideraciones más relevantes que guían el dilema de un árbitro a la hora de decantarse por la aplicación de una norma es el acomodo que esa decisión tendrá en el contexto del deber de dictar un laudo válido y eficaz. Es decir, una de las formas más eficaces para justificar la aplicación de una norma que, por sí misma, no identifica expresamente a los árbitros como sujetos de su ámbito regulatorio pero que sí aspira a ser aplicada es centrarse en las consecuencias que su inaplicación producirá en la fase post-laudo.

Desde esta perspectiva, sí puede avanzarse que el Derecho concursal internacional juega un papel fundamental en la resolución de las acciones de anulación. Aunque los causales tradicionalmente previstos en la legislación concursal para este tipo de acciones no prevean ninguna referencia a las situaciones concursales, la obligación de los órganos judiciales de garantizar la aplicación de su Derecho concursal se traducirá en muchas ocasiones en una alteración del régimen ordinario de anulación. Es decir, más que pretender caracterizar el respeto a la normas conflictuales concursales como una cuestión de orden público con el fin de subsumirlas en los causales de las acciones de anulación,¹⁰⁸³ parece que el método de resolver en la esfera judicial la coexistencia de un régimen concursal y otro arbitral que potencialmente remiten a soluciones materiales incompatibles es mediante el recurso a las reglas que regulan la relación y la prelación de normas dentro de un mismo ordenamiento. Estos mecanismos varían según el instrumento en el que se contengan las normas concursales.¹⁰⁸⁴

Cuando las normas concursales estén contenidas en un instrumento supra-nacional, como es el caso del Reglamento de Insolvencia, la necesidad de garantizar el *effet utile* de las mismas resultará en su aplicación prioritaria sobre la legislación arbitral de origen interno. Esto es, un caso de jerarquía normativa. Por su parte, cuando las normas concursales también estén contenidas en una fuente interna, como es el caso de los arts. 199-230 LC, la compatibilización de las soluciones concursales con las arbitrales deberá canalizarse a través de técnicas de interpretación sistemática. Tal y como se explica con detalle en el Capítulo V, en ambos casos es posible prever que los órganos judiciales de la sede darán prioridad a las normas de conflicto concursales sobre las contenidas en los causales de anulación de laudos.

¹⁰⁸² Vide el Capítulo V.A, en especial, el epígrafe 3.

¹⁰⁸³ Opción que ya se excluyó en el apartado anterior.

¹⁰⁸⁴ Una explicación más detallada de los mismos se contiene en el Capítulo V.A.3, de modo que aquí solo se esbozan los argumentos con el propósito de construir el argumento de este apartado.

Por tanto, si éste es el tratamiento que se acabará otorgando en la esfera judicial, resulta razonable entender que la eficacia del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias requerirá que esas mismas normas se apliquen también por los tribunales arbitrales. De lo contrario, parecería que sería el propio legislador quien ha diseñado un régimen pernicioso que conduce a que los árbitros tienen la aparente libertad de dar a las insolvencias extranjeras un tratamiento distinto al otorgado por los jueces de la sede, a la vez que se acaba forzando a esos jueces a que anulen el laudo si no respeta las normas de conflicto referentes a concursos extranjeros. La necesidad de evitar esta incoherencia interdisciplinar del arbitraje lleva a defender que los tribunales arbitrales deberían quedar incluidos dentro del ámbito subjetivo del régimen de ley aplicable del Derecho concursal de la sede. Es decir, que ese régimen forma parte de la *lex loci arbitri*.

350. Deriva de esta posición que un tribunal arbitral con sede en la Unión Europea estará sujeto al régimen conflictual del Reglamento de Insolvencia cuando el procedimiento concursal también se haya abierto en otro Estado Miembro. Esto es, tendrá que recurrir a la *lex fori concursus* en virtud del art. 4.2.d) para determinar los efectos que la declaración de concurso produce sobre la validez y eficacia del convenio arbitral y sobre la competencia del tribunal. Igualmente, cuando el concurso se haya abierto fuera del territorio de la Unión, el tribunal deberá acudir a las eventuales normas de Derecho internacional privado de la sede para insolvencias trasfronterizas para resolver los efectos competenciales del concurso. En España, ésta se encuentra en el art. 200 LC, que también remite a la *lex fori concursus*.

Por su parte, en los supuestos en los que el ordenamiento de la sede se rija por un régimen inspirado en la Ley Modelo, no será la ley del Estado de apertura, sino la ley del propio Estado receptor (la sede) la que regulará la posibilidad de continuar o comenzar un arbitraje tras la declaración de concurso. Así, por ejemplo, el Derecho inglés prevé que la posibilidad de poder comenzar un procedimiento arbitral en relación con una parte que está sometida a un concurso extranjero requiere la autorización de los tribunales ingleses. Según las *Cross-Border Insolvency Regulations 2006* (basadas en la Ley Modelo), éstos son los únicos órganos competentes para levantar la paralización automática que deriva del reconocimiento de la insolvencia extranjera.¹⁰⁸⁵

Como ilustración de este régimen, en un reciente arbitraje LCIA con sede en Londres el tribunal entendió que, a pesar de la regla general de *kompetenz-kompetenz* recogida por la s.

¹⁰⁸⁵ Art. 20.6 del Schedule 1 de las regulations.

30 AA, la apertura de un procedimiento concursal en el extranjero contra la parte demandada privaba a los árbitros de la autoridad para decidir acerca de la operatividad del convenio arbitral. Para poder dictar una resolución sobre su competencia, resultaba necesario recurrir primero a la High Court inglesa para solicitar el levantamiento del *automatic stay* previsto en el art. 20.6 del Anexo 1 de las *Cross-Border Insolvency Regulations 2006*.¹⁰⁸⁶ De acuerdo con el juez inglés, el procedimiento concursal abierto en Montenegro contra la demandada sí cumplía con los requisitos exigidos por las Regulations para obtener el reconocimiento. Sin embargo, la sentencia entendió que, según los criterios de conveniencia e idoneidad derivados de la jurisprudencia inglesa en materia de levantamiento de suspensiones,¹⁰⁸⁷ el arbitraje no ofrecía utilidad suficiente para autorizar su tramitación fuera del foro concursal. Sobre esta base, el juez inglés decidió no levantar la paralización y el tribunal arbitral dictó un laudo por el que aceptaba la decisión y se declaraba incompetente para resolver la disputa.

351. Como se pretende demostrar en los anteriores párrafos, la lógica que aquí se defiende favorece la identidad de método y, sobre todo, la identidad de resultado entre el análisis que se realiza en la esfera arbitral y el análisis que se lleva a cabo por los órganos judiciales en sede de anulación. Cuando hayan incluido un convenio arbitral en su contrato, las partes sabrán *ab initio* que la validez y eficacia del mismo en el supuesto de que una de las partes sea declarada en concurso quedará regulada por la ley a la que remitan las normas de conflicto del Derecho concursal de la sede. Una solución que proporciona una previsibilidad que no se centra en anticipar el resultado material concreto que necesariamente alcanzarán todos los tribunales sitos en ese territorio,¹⁰⁸⁸ sino que persigue la certeza del régimen conflictual que será aplicado por el tribunal arbitral.

Con ello se obtiene un resultado equilibrado. Al recurrir al régimen conflictual de la sede para insolvencias transfronterizas, el tribunal respeta la elección de la localización del arbitraje expresamente realizada por las partes es su convenio arbitral. Simultáneamente, se reconoce el interés legítimo del Derecho concursal en contribuir a la solución del problema con métodos y lógicas concursales, sobre todo dada la imperfección del Derecho arbitral para proporcionar una solución previsible y uniforme.

¹⁰⁸⁶ *Kombinat Aluminjuma Podgorica AD (In Bankruptcy)*, Re [2015] EWHC 750 (Ch), en relación con el Asunto LCIA 132582 (2014).

¹⁰⁸⁷ Principalmente, *Cosco Bulk Carrier Company Ltd. v Armada Shipping SA* [2011] EWHC 216 (Ch), [2011] 2 AER (Comm) 481.

¹⁰⁸⁸ Como han defendido G. Naegeli, “Bankruptcy...”, *cit.*, 201; P. Landolt, “Switzerland: Supreme Court should recalibrate its review following bankruptcy case decision” (2009) 4(5) *Global Arbitration Review. The European & Middle Eastern Arbitration Review* 30; y D. Foster y S. Walsh, “The Effects...”, *cit.*, 32.

352. La conveniencia de adoptar el método aquí propuesto no ha gozado de amplia acogida en la práctica arbitral o en la doctrina especializada.¹⁰⁸⁹ Tampoco ha sido abiertamente rechazada.¹⁰⁹⁰ Simplemente, ha permanecido tradicionalmente inexplorada en comparación con las otras opciones expuestas en este Capítulo. Sin embargo, no es una lógica alejada de los argumentos empleados en algunos de los asuntos resueltos en los últimos años dentro del territorio de la Unión.

Por una parte, el tribunal del Asunto CCI 12421 (2005),¹⁰⁹¹ con sede en Londres, entendió que la aplicación del Reglamento de Insolvencia era obligatoria por ser parte del Derecho de la sede. Así, aunque posteriormente adoptara una interpretación de los arts. 4 y 15 RI contraria a la aquí defendida,¹⁰⁹² el tribunal recurrió a las normas del Reglamento para determinar la ley aplicable al efecto del concurso sobre el arbitraje y, en definitiva, para decidir sobre su propia competencia.

Igualmente, la utilidad del modelo que aquí se propone quedó plasmada con especial claridad en el laudo LCIA del asunto *Elektrim v Vivendi*. Más allá de que su interpretación del Reglamento tampoco fuera acertada desde el punto de vista de la posición mantenida en el Capítulo II, el método conflictual empleado por el tribunal fue coincidente con el aquí defendido. Es decir, en vez de recurrir a categorías tradicionales propias del Derecho arbitral, los árbitros optaron por recurrir al Derecho concursal internacional de la sede para identificar la ley nacional que debería gobernar el efecto del concurso polaco sobre el arbitraje inglés.¹⁰⁹³ Además, como la posterior acción de anulación demostró, tanto la High Court como la Court of Appeal británicas aplicaron ese mismo instrumento para evaluar la validez del laudo.

353. Este último caso demuestra que el método que aquí se propone no siempre desembocará en la aplicación de la *lex fori concursus* o, cuanto menos, en un resultado que coincida materialmente con el previsto en esa *lex*. Como recordará el lector, tanto el tribunal arbitral como las autoridades judiciales inglesas acabaron aplicando el Derecho inglés para resolver

¹⁰⁸⁹ A favor de esta postura se declara M. Robertson, “Cross-border insolvency...”, *cit.*, 126. También parecen sugerirla, pero muy de pasada, M. Aebi y H. Frey, “Impact...”, *cit.*, 151.

¹⁰⁹⁰ Si acaso, el rechazo de un número importante de la doctrina hace referencia a la necesidad de aplicar el Derecho concursal sustantivo de la sede. El único autor que abiertamente se ha opuesto a la opción de aplicar el Derecho concursal internacional de la sede ha sido A. Mourre, “Arbitraje y...”, *cit.*, 229.

¹⁰⁹¹ Disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 88.

¹⁰⁹² Vide el Capítulo II.C.3.a.

¹⁰⁹³ No obstante, se ha de reconocer que no resulta claro si el tribunal LCIA acudió al Reglamento por ser parte de la *lex loci arbitri* o si la justificación se encontraba en que el Reglamento formaba parte del Derecho inglés, que era la ley aplicable a la validez y eficacia del convenio arbitral. Idéntica duda muestra L. Markert, “Arbitrating in...”, *cit.*, 231. Esta segunda opción no solo constituiría un claro ejemplo de reenvío sino que también supondría la aplicación de la lógica que se criticó en el epígrafe A.3 de este Capítulo.

la disputa. Según su interpretación, éste Derecho permitía la continuación del arbitraje, en contravención con la solución prevista en el art. 142 LPIR, que desactiva los convenios arbitrales del deudor. La posibilidad de que se den estas discrepancias, sin embargo, no debe desacreditar la posición aquí mantenida.¹⁰⁹⁴

En primer lugar, de acuerdo con la postura que se defendió en el la Sección anterior, es poco probable que los tribunales del foro concursal denieguen la eficacia a un laudo extranjero cuando la voluntad del acreedor que lo enarbola sea exclusivamente la de personarse en la insolvencia y unirse a la lista de acreedores. Como demostró la resolución polaca en *Elektrim*, aunque los órganos judiciales del Estado de apertura no estén de acuerdo con el análisis conflictual realizado por los árbitros, la decisión de traer el laudo al procedimiento colectivo supone el acatamiento de la regla de la *par conditio creditorum* y garantiza el respeto de los principios fundamentales del Derecho concursal.

En segundo lugar, e incluso en los casos en los que el juez del concurso se muestre reacio a aceptar un laudo dictado en contra con la prohibición prevista en la *lex fori concursus*, la posible ineficacia del laudo será atribuible al infradesarrollo del Derecho concursal internacional a nivel global. Es decir, si el tribunal arbitral ha operado de acuerdo con el método que aquí se defiende, esto es, si ha acudido a las normas de conflicto del Derecho concursal de la sede para evaluar el efecto de la insolvencia sobre su competencia, la emisión de una laudo final no será el resultado del régimen arbitral o de la actitud irrespetuosa del tribunal arbitral con respecto a procedimientos de insolvencia en Estados terceros. Será la consecuencia de aplicar una lógica de naturaleza íntegramente concursal, que habrá remitido a los árbitros a una ley que sí permite la existencia de procedimientos arbitrales a pesar de la situación concursal de una de las partes.

Dicho de otra forma, la discrepancia que pueda existir entre el régimen conflictual del *forum concursus* y de la sede arbitral será una manifestación más de las disfunciones que derivan de la ausencia de un régimen armonizado en el plano internacional (fuera de la Unión) que unifique el tratamiento conflictual que se da a los procedimientos individuales que afectan al deudor concursal. Una falta de homogeneidad que, por cierto, también puede producirse en la esfera judicial, cuando los tribunales de un Estado tercero aceptan la competencia para decidir una disputa que concierne a una parte concursada a pesar de que la *lex fori concursus* prohíba

¹⁰⁹⁴ P. Wagner, “Insolvency and...”, *cit.*, 198 sugiere que en estos supuestos el tribunal podría consultar a las partes y solicitar su parecer en cuanto a la posibilidad de apartarse de la ley de la sede para responder a las exigencias de la legislación concursal.

ese tipo de procedimientos. En definitiva, una patología atribuible al régimen concursal y no al arbitral.

3. La adaptación procedimental del arbitraje a la circunstancia concursal

354. La última fase dentro del modelo que aquí se propone concierne la adaptación del procedimiento arbitral con el fin de responder a las necesidades impuestas por la situación concursal. Es decir, de acuerdo con la terminología que se ha venido utilizando hasta el momento, este epígrafe explora los efectos “procedimentales” que la insolvencia produce sobre el arbitraje internacional.

La inclusión de esta fase responde a la idea de que no resulta acertado entender que la autorización para tramitar procedimientos arbitrales de forma paralela al concurso de una de las partes equivale a la irrelevancia de esa insolvencia para la vía arbitral. Por el contrario, el deber de considerar la necesidad de introducir ciertas adaptaciones procedimentales implica reconocer que, independientemente del contenido sustantivo del laudo, la mera existencia de un procedimiento arbitral sí puede afectar a los intereses de la masa.¹⁰⁹⁵ Esta es una consideración especialmente cierta cuando el arbitraje tenga dimensión internacional.

El contenido concreto de esas alteraciones procedimentales, sin embargo, no es siempre uniforme. Por esa razón, el primer apartado de este epígrafe empieza por analizar la determinación del régimen jurídico aplicable a las mismas. El segundo, por su parte, se adentra su contenido sustantivo.

a. La base jurídica del recurso al Derecho concursal internacional de la sede para cuestiones procedimentales

355. Por regla general, la legislación arbitral de los Estados suele reconocer a las partes una amplia libertad para ordenar su procedimiento arbitral.¹⁰⁹⁶ Frecuentemente, esta autonomía se ejerce a través de la elección de las reglas de una institución arbitral o del Reglamento de

¹⁰⁹⁵ Algo que también apunta J. L. Westbrook, “International Arbitration...”, *cit.*, 641. Además, éste es un argumento que también expuso la defensa de Elektrim frente a la High Court, como lo recoge la sentencia *Syska & Elektrim v Vivendi Universal* [Comm], pár. 74. Resulta interesante que ambos ejemplos provienen de especialistas en Derecho concursal y no en arbitral.

¹⁰⁹⁶ Ejemplos de ello son el art. 25.1 LA o el art. 19.1 LMA.

arbitraje de UNICTRAL. Cuando la ley aplicable al procedimiento arbitral (la *lex arbitri*)¹⁰⁹⁷ o las reglas escogidas por las partes no prevén la solución para un problema procedimental determinado, los árbitros cuentan generalmente con autonomía para dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado.¹⁰⁹⁸

En línea con la inexistencia de disposiciones concretas en el Derecho arbitral para regular los efectos “competenciales” del concurso, este Derecho también se caracteriza por carecer de una normativa específica relativa a las modificaciones procedimentales que requiera la situación concursal. Sobre esta base, sería posible defender que los árbitros deberían estar facultados para ejercer la libertad de ordenación que les es reconocida por la normativa arbitral. Es decir, deberían decidir a su discreción cuestiones como el reconocimiento de la legitimación procesal de la administración concursal en el arbitraje, la conveniencia de suspender temporalmente el procedimiento o la necesidad de limitar su pronunciamiento a un laudo declarativo.¹⁰⁹⁹

Ésta es una interpretación que ha gozado de amplia aceptación (siquiera tácitamente) en la práctica arbitral. Así, la inmensa mayoría de los tribunales que se han declarado competentes para comenzar o continuar un arbitraje a pesar de la insolvencia de una de las partes han procedido posteriormente a introducir las modificaciones que han tenido por convenientes.¹¹⁰⁰

356. Si acaso, la única excepción que puede encontrarse a esta práctica concierne a los casos en los que el procedimiento de insolvencia se ha abierto en territorio francés. En estos supuestos, tal y como se apuntó en la Sección anterior, el Derecho concursal galo prevé que todos los efectos que la insolvencia produce sobre el arbitraje son parte del orden público internacional de Francia.¹¹⁰¹ Desde un punto de vista procedimental, estos efectos son principalmente dos. Por una parte, la necesidad de suspender el procedimiento hasta que el presunto acreedor concursal se haya personado en el procedimiento colectivo con el fin de insinuar su crédito contencioso. Por la otra, el deber del tribunal arbitral de restringir el objeto del arbitraje a declarar la existencia de un crédito de una parte frente a la otra, sin llegar a condenar a la satisfacción del mismo.

¹⁰⁹⁷ Que, salvo elección expresa por las partes, suele coincidir con la *lex loci arbitri*.

¹⁰⁹⁸ Así lo declaran, por ejemplo, el art. 25.2 LA o el art. 19.2 LMA.

¹⁰⁹⁹ Así lo defiende el Laudo Final en el Asunto CCI 13507 (2009), disponible en (2010) XXXV *Yearbook Commercial Arbitration* 158 (sede en Barcelona, Derecho concursal sueco). Igualmente, G. Kaufmann-Kohler y L. Lévy, “Insolvency...”, *cit.*, 268.

¹¹⁰⁰ Vide los laudos que se citan en el siguiente apartado.

¹¹⁰¹ Vide el Capítulo IV.C.2.c.ii.

Según esta interpretación, cualquier tribunal arbitral que trate con una insolvencia francesa, incluso cuando su sede se localice fuera de Francia, estará obligado a respetar el régimen procedimental concursal que se acaba de mencionar. No es una cuestión de discreción del tribunal en la ordenación del arbitraje. Es consecuencia del deber de respetar el orden público del territorio en el que se pueda someter al laudo a un análisis judicial de validez y eficacia. Así lo han declarado laudos CCI como los dictados en los Asuntos 11876 (2003),¹¹⁰² 7563 (1993)¹¹⁰³ y 6057 (1991).¹¹⁰⁴

357. Pues bien, no parece que ninguna de las dos argumentaciones que se acaba de exponer (el recurso a la discreción arbitral y el empleo del orden público) sean mecanismos acertados para determinar cuáles son las adaptaciones procedimentales que requiere la circunstancia concursal. Como seguidamente se explica, parece que es posible encontrar otra justificación para aplicar el Derecho concursal internacional de la sede.

Tal y como se explicó en los Capítulos II y III, tanto el Reglamento de Insolvencia como la Ley Modelo contienen unas normas de conflicto específicas para determinar la ley aplicable a los efectos procedimentales del concurso sobre las acciones individuales.¹¹⁰⁵ En concreto, son los arts. 4.2.f) y 15 RI y 200 y 209 LC. Todos estos preceptos hacen referencia tanto a las acciones judiciales como a las arbitrales. Por su parte, la Ley Modelo remite a la ley del Estado receptor para regular el efecto que el reconocimiento de una insolvencia extranjera ha de desplegar sobre los procedimientos individuales (incluidos los arbitrajes) que se tramiten en ese Estado.¹¹⁰⁶ Así lo prevé el art. 20.1.a) LMI.

Como es fácil apreciar, todas estas normas concursales incluyen al arbitraje dentro de su ámbito objetivo de aplicación. Lo que aquí se propone es extender el ámbito subjetivo de las mismas más allá de las autoridades estatales para alcanzar también a los tribunales arbitrales que operen dentro de su territorio. Es decir, se defiende que estas normas forman parte la *lex loci arbitri*.

358. La justificación de esta postura requiere reproducir el razonamiento que se empleó en el epígrafe anterior en relación con el régimen conflictual relativo a los efectos competenciales.

¹¹⁰² Disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 85.

¹¹⁰³ *Belgian bank v International pool of insurance companies*, disponible en (1994) 121 *Journal du Droit International* 1054.

¹¹⁰⁴ Laudo parcial (*Syrian company v French company*), disponible en J. J. Arnaldez, Y. Derains y D. Hascher, *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995* (1997), vol. III, 487, y en (1993) 120 *Journal du Droit International* 1016, con “Annotation” de Y. Derains.

¹¹⁰⁵ Vide los Capítulos II.C.3.b y III.

¹¹⁰⁶ Vide el Capítulo III.A.

En línea con lo que allí se exponía, la opción de restringir las normas de conflicto concursales a la esfera judicial podría ser fuente de graves patologías en el funcionamiento arbitral. Esto viene motivado por el deber de los órganos judiciales de garantizar la aplicación del régimen conflictual de su Derecho concursal.

Así, no puede excluirse que, como consecuencia de este deber, los jueces de la sede se vieran obligados a anular el laudo por el hecho de que el tribunal arbitral no hubiera aplicado sus normas de conflicto concursales. Cuanto menos, esta decisión podría darse cuando el resultado material que alcanzó el tribunal fuera incompatible con el que hubiera derivado de la aplicación del régimen concursal. En estos supuestos, la anulación del mismo sería un resultado inevitable para el órgano judicial, cuyo ordenamiento le impondría esa decisión mediante reglas de jerarquía normativa e interpretación sistemática.¹¹⁰⁷

Con el fin de evitar este riesgo, la interpretación más coherente y eficaz desde un punto de vista interdisciplinar pasa por entender que, de existir, las normas del Derecho concursal internacional de la sede relativas a los efectos procedimentales de la insolvencia sobre el arbitraje también han de ser aplicadas por los tribunales arbitrales. Es decir, que existe plena sintonía con respecto al régimen que tanto órganos judiciales como tribunales arbitrales aplicarán para la determinación de esos efectos.

359. Por último, cabe apuntar que esta interpretación produce una importante consecuencia. Si se defiende que los árbitros están obligados a aplicar esta normativa para decidir cuestiones de naturaleza procedimental, su aprobación desde una perspectiva concursal habrá supuesto un recorte tácito de la libertad de ordenación procedimental que las legislaciones arbitrales otorgan expresamente tanto a las partes como a los árbitros. Además, dado que parte de ese Derecho concursal internacional tiene origen europeo (el Reglamento de Insolvencia), la interpretación aquí alcanzada vendrá a confirmar, junto con el epígrafe anterior, que la actividad legislativa de la Unión sí ha tenido un impacto directo sobre la función arbitral. Y ello a pesar de que varios Estados Miembros se hayan esforzado por mantener al arbitraje fuera del ámbito normativo de la Unión.

¹¹⁰⁷ Estas reglas ya se mencionaron en el epígrafe anterior, aunque (como ya se dijo allí) su explicación detallada se encuentra en los epígrafes A.3 y B.2 del Capítulo V.

b. El contenido de la adaptación arbitral al concurso de las partes

360. El contenido específico de las adaptaciones procedimentales que el tribunal arbitral vaya a introducir dependerá de la ley nacional aplicable según el régimen conflictual que se acaba de exponer. Cuando esa ley sea la española, será necesario proceder de acuerdo con las normas de la Ley Concursal que fueron examinadas en el Capítulo III.¹¹⁰⁸ En concreto, estas disposiciones hacían referencia a la suspensión temporal del arbitraje y a la participación de la administración concursal para suplir la pérdida de capacidad procesal del concursado. Éstas son dos de las cuestiones que también se regulan de forma habitual en otros Derechos concursales nacionales y que también se adoptan con frecuencia en la práctica arbitral. Junto con ellas, también es posible encontrar en la literatura especializada referencias a la conveniencia de limitar el pronunciamiento a un laudo declarativo. Estas tres adaptaciones se estudian a continuación.

i. La participación de la administración concursal

361. Una de las funciones principales que generalmente se atribuye a la administración concursal es la defensa de los intereses de la masa del concurso fuera del procedimiento de insolvencia. Aunque el contenido específico de esta función vendrá determinado por la ley que rige su estatuto jurídico (la *lex fori concursus*), el Derecho comparado coincide en incluir dentro de su ámbito la participación de la administración en procedimientos individuales.¹¹⁰⁹ Esta facultad comprende tanto disputas judiciales como arbitrales.¹¹¹⁰ Cuando, además, el deudor concursal ha sido privado de toda o parte de su capacidad procesal como consecuencia de la apertura del procedimiento de insolvencia, la participación de la administración viene motivada por la necesidad de suplir la incapacidad de una de las partes en el litigio.¹¹¹¹

Sobre esta base, se puede defender que una de las consecuencias derivadas de la aceptación de la situación concursal por parte del tribunal arbitral debería ser el reconocimiento de la legitimación de la administración para tomar parte en el arbitraje. Así lo ha entendido de forma

¹¹⁰⁸ Vide el Capítulo III.B.5.

¹¹⁰⁹ Así lo declara la Guía Legislativa de UNICTRAL sobre el Régimen de la Insolvencia (Partes I y II, 2004), 179. Vide también J. L. Westbrook, "Universal Priorities" (1998) 33 *Texas International Law Journal* 27, 31.

¹¹¹⁰ *Id.*

¹¹¹¹ Así lo prescribe el Derecho concursal español, tal y como se expuso en el Capítulo III.B.5. Respecto a las complejidades conflictuales relativas a la ley que gobierna la capacidad de las partes, vide el Capítulo IV.A.1.

generalizada la literatura especializada.¹¹¹² Además, es una solución acorde con el régimen aplicable es sede judicial, donde la aceptación de la participación de la administración es un efecto directo del reconocimiento de procedimiento concursal.¹¹¹³

362. En general, la identidad de la administración vendrá concretada en la orden de apertura del procedimiento concursal o en la resolución posterior que contenga su nombramiento. En principio, parece que una copia certificada de esta decisión debería ser suficiente para probar frente al tribunal la capacidad de representación de la administración. De no entenderlo así, el tribunal podrá exigir a la administración que obtenga del juez concursal una resolución que certifique su nombramiento, concrete sus facultades y explicita su competencia para tomar parte en el procedimiento arbitral. Esta práctica es acorde con el régimen que prescribe el art. 19 RI para la esfera judicial.

La entrada de la administración en el arbitraje conlleva numerosas consecuencias. Sin duda, la principal es que, a partir de ese momento, la legitimación que previamente ostentaba el deudor insolvente se trasladará total o parcialmente¹¹¹⁴ a la administración. Ello implica reconocer su derecho de participación activa en el desarrollo del arbitraje. También requiere incluir a la administración en todas las comunicaciones, notificaciones y decisiones que provengan del tribunal o de la contraparte en relación con el arbitraje.¹¹¹⁵

363. La importancia de reconocer la legitimación de la administración en el seno del concurso ha quedado plasmada en algunas decisiones nacionales. Así, el Bundesgerichtshof ha llegado a denegar la eficacia de varios laudos CCI en los que el tribunal arbitral había decidido continuar con el arbitraje sin permitir la entrada a los representantes concursales.¹¹¹⁶ A pesar de que el acreedor pretendía emplear esos laudos únicamente para personarse en el procedimiento de insolvencia, el Tribunal Federal concluyó que el nivel de desconsideración mostrado por los árbitros hacia el concurso justificaba la denegación de la solicitud de su reconocimiento y exequátur.

¹¹¹² Por todos, J. Chuah, “Resolving...”, *cit.*, 441 y G. Kaufmann-Kohler y L. Lévy, “Insolvency...”, *cit.*, 268.

¹¹¹³ I. Reig Fabado, “Libre circulación de resoluciones concursales en la Unión Europea” en C. Esplugues Mota y G. Palao Moreno (eds.) y M. Penadés Fons (coord.) *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea*. Liber Amicorum José Luis Iglesias Buigues (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012) 235, 246 y E. Píneros Polo, “Facultades en España...”, *cit.*, 543.

¹¹¹⁴ Según sea la pérdida de capacidad procesal de la parte.

¹¹¹⁵ Así lo declara el laudo dictado en el Asunto CCI (1986), inédito, citado en F. Mantilla Serrano, “International...”, *cit.*, 67 (sede en Londres y Derecho concursal japonés).

¹¹¹⁶ Sentencia del Bundesgerichtshof de 29 enero 2009 (III ZB 88/07; BGHZ 179, 304), citada por J. Chuah, “Resolving...”, *cit.*, 432.

Esta interpretación, sin embargo, no ha de llevar a la conclusión de que toda ausencia de la administración debe traducirse en la ineficacia del laudo resultante. Así lo pone de manifiesto en España el Auto de 5 de mayo de 1998 el Tribunal Supremo. En este caso, el Alto Tribunal tuvo que decidir sobre la posibilidad de reconocer en España un laudo GAFTA dictado en Londres contra una sociedad española que estaba sometida a un procedimiento de suspensión de pagos. Cuando la parte acreedora solicitó el reconocimiento del laudo en España, la sociedad deudora (que sí intervino en el arbitraje) alegó que la no participación de los interventores concursales suponía una infracción del orden público español y, por tanto, debía producir la ineficacia del laudo. El Tribunal Supremo, sin embargo, concluyó que la ausencia de la administración en el arbitraje no era atribuible al tribunal GAFTA, que sí había mostrado disposición al respecto, sino que se debía a la conducta obstruccionista que el propio deudor había adoptado durante la tramitación arbitral.¹¹¹⁷

364. Es posible encontrar algunos laudos que coinciden con esta línea jurisprudencial. Así, tras varios intentos de notificación y de concesión de plazos y extensiones para que la administración concursal pudiera personarse en el arbitraje, el tribunal del Asunto CCI 10687 (2003)¹¹¹⁸ concluyó que la decisión voluntaria de los síndicos de abstenerse de participar en el procedimiento justificaba la continuación de las actuaciones arbitrales en ausencia de los mismos. De lo contrario, el tribunal estaría penalizando a una parte por la dejadez de la contraparte y acabaría frustrando el objetivo de una resolución rápida de la disputa arbitral.

De acuerdo con esta filosofía, el laudo dictado en el Asunto CCI 11123 (2002) entendió que la necesidad de proceder con el arbitraje también debía prevalecer cuando algunas de las notificaciones nunca habían llegado a la administración por un error no atribuible al tribunal.¹¹¹⁹ En concreto, en ese caso los árbitros habían enviado todas las comunicaciones correctamente al juez concursal, que era el responsable para remitirlas a la administración. Sin embargo, por un error en la dirección postal de la misma incurrido por la propia autoridad concursal, algunas de las notificaciones nunca llegaron a ser recibidas por la administración. A pesar de las consecuencias que esta falta producía para la administración, el tribunal entendió que la contraparte en el arbitraje no debía ser penalizada con una mayor demora del arbitraje por un error que no habían cometido ni ella ni el tribunal.

¹¹¹⁷ Auto del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1998 (RJ 1998/4289). Vide un análisis del mismo en P. Jiménez Blanco, “Comentario al...”, *cit.*, 229.

¹¹¹⁸ Disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 77.

¹¹¹⁹ Laudo CCI 11123 (2002) disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 79.

365. Más allá de estas consideraciones, es posible que la participación de la administración pueda despertar otros interrogantes que resulta conveniente mencionar. En primer lugar, es probable que la administración carezca de facultades plenas para responder a todas las eventualidades que puedan plantearse en el arbitraje. Por ejemplo, de acuerdo con el Derecho español, la administración no está autorizada para desistir, allanarse (total o parcialmente) y transigir en el procedimiento. Para que esta decisión sea plenamente eficaz, resulta necesario que la administración haya obtenido la autorización judicial previa.¹¹²⁰ Por esta razón, resulta recomendable que el tribunal se familiarice con las limitaciones que la *lex fori concursus* impone a las facultades de los síndicos con el fin de evitar problemas de validez o eficacia de su laudo arbitral.

En segundo lugar, es posible que la apertura del concurso también haya afectado a la relación contractual que el deudor guardaba con su equipo de asesores. Desde esta perspectiva, será necesario que el tribunal esclarezca que éstos todavía gozan de autoridad para representar y defender los intereses de la masa tras la entrada en el procedimiento de la administración concursal.¹¹²¹

En tercer lugar, la alteración del estatus jurídico de una de las partes y su reemplazo por el síndico concursal también requerirá modificaciones en la identificación de las partes del arbitraje. Por una parte, será necesario que los documentos del asunto reflejen la participación de la administración en representación del deudor, incluso en la denominación formal del asunto.¹¹²² Por la otra, corresponderá a la *lex fori concursus* determinar si la parte sometida al procedimiento de insolvencia ha de cambiar o añadir a su nombre (incluso a su denominación social) expresiones como “en concurso”, “*in liquidation*”, “*in administration*”, etc. Cuando así sea, será necesario que el tribunal también introduzca esta modificación en la documentación del arbitraje.¹¹²³ La falta de realizar este cambio, sin embargo, no parece que debiera ser causa de anulación de las actuaciones arbitrales.¹¹²⁴

En cuarto lugar, es posible que la llegada de la administración a un arbitraje que ya se encontraba en curso en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia repercuta

¹¹²⁰ Vide con más detalle el Capítulo III.B.5.

¹¹²¹ Recomendación que también realizan G. Nater-Bass y O. Mosimann, “Effects...”, *cit.*, 178 y D. Vidal, “Arbitration and Insolvency...”, *cit.*, 58.

¹¹²² Como reconoce el Laudo dictado en el Asunto CCI 5877 (1986), inédito, mencionado en F. Mantilla Serrano, “International...”, *cit.*, 65-66.

¹¹²³ Así lo declara el Laudo dictado en el Asunto CCI 10515 (2002), disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 74.

¹¹²⁴ *Id.*, así como el Laudo Parcial dictado en el Asunto CCI 7337 (1996), disponible en (1999) XXIVa *Yearbook of International Arbitration* 149.

sobre la composición del tribunal. Si bien es cierto que la práctica muestra unanimidad al entender que la administración queda vinculada por el nombramiento de árbitro realizado por el deudor *in bonis*,¹¹²⁵ la nueva identidad de una de las partes puede reactivar cuestiones de independencia e imparcialidad de los árbitros. Así, no se puede descartar que las relaciones personales o profesionales de la administración con alguno de los miembros del tribunal generen dudas respecto a la integridad del tribunal y permitan a la contraparte recurrir a los mecanismos de recusación previstos en la normativa arbitral.¹¹²⁶ En estos casos, resulta recomendable que los árbitros adopten una posición proactiva e intenten abordar las dudas que la entrada de la administración pueda despertar.¹¹²⁷

Por último, es posible que la situación concursal genere ciertas dudas acerca de su compatibilidad con el deber de confidencialidad que muchas legislaciones o reglamentos arbitrales exigen a las partes. En efecto, la participación de la administración no solo supone la intervención de una parte originalmente ajena al procedimiento, sino que lleva consigo el interés que legítimamente puedan tener el colectivo de acreedores y la autoridad concursal en el contenido y desarrollo del arbitraje. De hecho, la eventual imposibilidad de conjugar estos intereses contrapuestos ha llevado a algún órgano judicial a entender que la apertura de un procedimiento de insolvencia constituye un motivo para ordenar la ineficacia de los convenios arbitrales del deudor.¹¹²⁸

Más allá de estos supuestos esporádicos, parece razonable entender que los intereses de los acreedores concursales deberían considerarse debidamente representados y defendidos a través de la participación de la administración en el arbitraje. Es decir, la intervención del síndico debería ser suficiente para justificar la exclusión de los acreedores concursales de la tramitación arbitral.¹¹²⁹ Otra cosa, sin embargo, es que en determinadas ocasiones la *lex fori concursus* exija a la administración que revele a las partes intervinientes en el concurso cierta información tratada en el arbitraje que, en circunstancias ordinarias, estaría protegida por el régimen de confidencialidad. En vez de abogar por invalidar el convenio arbitral, parece que la opción menos invasiva pasaría por entender que la presencia de esta obligación constituye

¹¹²⁵ Así se apuntó en el Capítulo III.B.5. También lo defiende P. Wagner, “When two...”, *cit.*, 122, en línea con la Sentencia del Kammergericht de Berlín de 11 agosto 2004 (23 Sch 11/03).

¹¹²⁶ En este sentido, S. Walker y A. García, “Insolvency...”, *cit.*

¹¹²⁷ En línea con la filosofía general que inspira a las Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional (23 octubre 2014).

¹¹²⁸ Vide Z. Fabók, “Hungary: Arbitration agreement is not binding on insolvent claimant” (2013) *International Arbitration Newsletter*, DLA Piper, en relación con la sentencia del Tribunal de Apelación húngaro *Szegedi Ítéldöntés Gf. 1.30 014/2012*, publicada en el Boletín húngaro BDT/7-8/130. Artículo disponible en <http://www.dlapiper.com/global/publications/Detail.aspx?pub=8776>.

¹¹²⁹ Respecto a esta postura en el Derecho español, vide el Capítulo III.B.5.

una razón legítima para excepcionar los deberes ordinarios de confidencialidad.¹¹³⁰ De hecho, se ha llegado a defender por algunos autores que los tribunales arbitrales deberían estar autorizados para ordenar el levantamiento del régimen ordinario de confidencialidad si la administración no pudiese participar plenamente en el procedimiento y existieran razones de interés concursal que lo justificasen.¹¹³¹

ii. La suspensión del procedimiento arbitral

366. La segunda adaptación procedimental requerida por la situación concursal de una de las partes hace referencia a la suspensión cautelar del arbitraje. La paralización temporal de los procedimientos individuales en los que esté participando el deudor concursal en el momento de la apertura de la insolvencia es una regla habitual en el Derecho comparado. Sin embargo, la mayoría de esos regímenes parecen venir referidos exclusivamente a los procedimientos judiciales que afectan al deudor. Al menos, son muy pocos los que incluyen una mención expresa a los procedimientos arbitrales interacionales.¹¹³²

Este silencio impide afirmar que exista una regla uniforme de paralización de los arbitrajes internacionales como consecuencia del concurso.¹¹³³ Más bien, es una decisión que dependerá del régimen que cada tribunal arbitral entienda aplicable. Así, en aquellos casos en los que la suspensión venga expresamente recogida en el Derecho aplicable, los árbitros estarán obligados a acordarla. Por el contrario, cuando ese Derecho guarde silencio al respecto, la práctica general pasa por entender que el tribunal cuenta con libertad para decidir acerca de la conveniencia y, en su caso, extensión de la suspensión.¹¹³⁴ En estos supuestos, además, podría

¹¹³⁰ Así lo entienden G. Kaufmann-Kohler y L. Lévy, “Insolvency...”, *cit.*, 276 y, más en general, aunque en el mismo sentido se pronuncia S. Bariatti y R. van Galen (para INSOL Europe), *Study on a new approach to business failure and insolvency – Comparative legal analysis of the Member States’ relevant provisions and practices* (2014) Tender de la Comisión Europea núm. JUST/2012/JCIV/CT/0194/A4, 38.

¹¹³¹ *Id.* 277, aunque reconocen la conveniencia de que se redacten disposiciones específicas que así lo prevean.

¹¹³² Un ejemplo de regulación expresa es el Derecho francés que, como ya ha quedado apuntado *supra*, prevé la suspensión del arbitraje como una regla de orden público internacional. Por su parte, el Derecho español evidencia un caso en el que la Ley Concursal no se refiere a los procedimientos arbitrales, pero la regla relativa a los procedimientos judiciales puede entenderse extensible al arbitraje. Vide, con más detalle, el Capítulo III.B.5. Para un análisis comparado vide K. Sachs, “Insolvency...”, *cit.*, 22-26 y F. Perret, “Faillite...”, *cit.*, 45.

¹¹³³ En el mismo sentido, A. J. Bělohávek, “Impact...”, *cit.*, 151; J. F. Poudret y S. Besson, *Comparative... , cit.*, 506; y A. Mourre, “Arbitraje y...”, *cit.*, 236.

¹¹³⁴ C. Liescher, “Insolvency...”, *cit.*, 174 (con referencia al Derecho alemán); J. Hargrove y V. Liborio, “Arbitration...”, *cit.*, 54; y A. Mourre, “Arbitraje y...”, *cit.*, 236 (ambos con referencia al Derecho suizo).

incluso pensarse que el juez concursal decidiera ponerse en contacto con el tribunal arbitral con la finalidad de exponerle los motivos que recomiendan la suspensión.¹¹³⁵

367. En uso de esta discreción, la jurisprudencia arbitral muestra casos en ambas direcciones. Así, dependiendo de las circunstancias de cada disputa, existen tribunales que han decidido paralizar al arbitraje durante varias semanas tras ser informados del concurso de una de las partes. En circunstancias ordinarias, esta opción puede calificarse como la solución más frecuente a la vez que prudente y respetuosa desde el punto de vista del tribunal.¹¹³⁶ Por su parte, también es posible encontrar laudos que no han considerado la situación concursal como una circunstancia suficiente para justificar la paralización de las actuaciones arbitrales.¹¹³⁷ En estos casos, no obstante, las partes tendrían la posibilidad de alcanzar un acuerdo a favor de la suspensión.¹¹³⁸

Más allá de la pluralidad de soluciones presentes en la práctica, parece que los tribunales deberían evaluar la conveniencia de suspender el arbitraje de acuerdo con un método común. En él, el criterio principal debería ser la necesidad de tutela de los intereses que generalmente inspiran el régimen de suspensión de procedimientos individuales en circunstancias concursales. Principalmente son dos.

368. La primera finalidad de la suspensión es la de facilitar la integración de la administración concursal en el arbitraje y dotarla de un periodo mínimo que le permita familiarizarse con el contenido de la disputa. Es decir, es una medida que pretende garantizar el respeto del derecho de la administración a un proceso debido (*due process*).¹¹³⁹ Con ello, además, el tribunal fortalece la validez y eficacia del laudo, pues la posible vulneración de este derecho está prevista en la práctica totalidad de ordenamientos arbitrales como causa de anulación¹¹⁴⁰ y de denegación de reconocimiento y ejecución.¹¹⁴¹ Es por esta razón que varios autores abogan por concebir la suspensión como la solución que por defecto deberían adoptar los árbitros en

¹¹³⁵ Así lo propone J. L. Westbrook, “International Arbitration...”, *cit.*, 646 haciendo mención a los mecanismos de coordinación previstos generalmente para órganos judiciales.

¹¹³⁶ L. Lévy, “Arbitration and...”, *cit.*, 107; G. Nater-Bass y O. Mosimann, “Effects...”, *cit.*, 176; A. C. Hahn, “The effects of insolvency on international arbitration proceedings”, 10 presentación en el BIICL Law de 9 noviembre 2011 y disponible en http://www.biicl.org/files/5808_hahn_09-11-11_biicl.pdf; F. Perret, “Faillite...”, *cit.*, 46; L. Lévy, “Insolvency...”, *cit.*, 31; y P. Fouchard, “Arbitrage...”, *cit.*, 488 y 493.

¹¹³⁷ Vide los laudos distados en los Asuntos CCI 7205 (1993), disponible en (1995) 122 *Journal du Droit International* 1031; 6057 (1991), disponible en (1996) III *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995*, 487 y en (1993) 120 *Journal de Droit International* 1016; y 2019 (1964), disponible en (1975) 102 *Journal du Droit International* 929.

¹¹³⁸ Esta opción la contempla F. Mantilla Serrano, “International...”, *cit.*, 56.

¹¹³⁹ J. F. Poudret y S. Besson, *Comparative...*, *cit.*, 505.

¹¹⁴⁰ A título de ejemplo, el art. 41.1.b) LA o el art. 34.2.a.ii) LMA.

¹¹⁴¹ A nivel internacional así lo demuestra el art. V.1.b) CNY.

situaciones concursales.¹¹⁴² Incluso, algunos de ellos han llegado a proponer que un tribunal arbitral prudente debería incorporar en el laudo una enumeración de las medidas que ha adoptado con el fin de garantizar el derecho de defensa de la administración concursal, incluyendo la decisión de suspensión y los actos de comunicación y notificación.¹¹⁴³

Los beneficios de esta práctica quedan confirmados por la jurisprudencia nacional. Así, existen sentencias que han denegado el reconocimiento a laudos arbitrales por el hecho de no haber respetado el derecho de *due process* de la administración concursal (art. V.1.b) CNY).¹¹⁴⁴

A título de ejemplo, la Sentencia del Landgericht de Bremen de 20 de enero de 1983 concluyó que la brevísima suspensión ordenada por el tribunal GAFTA y la falta de suficiente antelación en la notificación de la reanudación del arbitraje habían impedido que la administración preparara adecuadamente su defensa.¹¹⁴⁵ Sobre esta base, el Tribunal concluyó que el laudo no podía ser reconocido en territorio alemán, y ello a pesar de que el único objetivo era su incorporación al procedimiento concursal.

369. La toma de conciencia de que el *due process* es uno de los criterios inspiradores del régimen de suspensión deviene especialmente útil para modular el ejercicio de la discreción del tribunal. Así, sin perjuicio de la conveniencia general de paralizar temporalmente el arbitraje, podrán darse supuestos en los que el tribunal entienda que la tutela de los derechos de defensa de las partes (incluida la administración) no requiere de la suspensión del procedimiento. Por ejemplo, ésta es la conclusión que alcanzó el tribunal en el Asunto CCI 16369 (2012)¹¹⁴⁶ tras un análisis detallado de la situación concursal y de las consideraciones de orden público afectadas.

Igualmente, en el Asunto CCI 12805 (2004),¹¹⁴⁷ la declaración concursal tuvo lugar cuando la única actuación que restaba era la celebración de una audiencia destinada a la toma de declaración de un último testigo. Tras varios intentos fallidos de comunicación con la administración, que en ningún momento hizo constar su oposición a la continuación del

¹¹⁴² Así lo apuntan con mención expresa al derecho de *due process* D. Jones, “Insolvency...”, *cit.*, 134; J. Sutcliffe y J. Rogers, “Effect...”, *cit.*, 288; J. Hargrove y V. Liborio, “Arbitration...”, *cit.*, 54; G. Kaufmann-Kohler y L. Lévy, “Insolvency...”, *cit.*, 271; y P. Fouchard, “Arbitrage...”, *cit.*, 475.

¹¹⁴³ S. Walker y A. García, “Insolvency...”, *cit.*

¹¹⁴⁴ A favor de esta interpretación se pronuncian también M. V. Benedetelli, “Cross-border insolvencies...”, *cit.*, 816 y I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso...*, *cit.*, 133.

¹¹⁴⁵ Disponible en (1987) XII *Yearbook of Commercial Arbitration* 486 (sede en Londres y Derecho concursal portugués).

¹¹⁴⁶ Disponible en (2014) XXXIX *Yearbook Commercial Arbitration* 169.

¹¹⁴⁷ Disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 97.

procedimiento, el árbitro decidió proceder con el arbitraje y celebrar la audiencia en ausencia de la parte concursada.

Casos como los descritos demuestran que, cuando el tribunal goza de discreción,¹¹⁴⁸ el respeto al *due process* ha de equilibrarse con los intereses de la contraparte, cuyo derecho a una tramitación fluida tampoco puede quedar totalmente relegado.¹¹⁴⁹ Entre otras razones, ello se debe a que la decisión de suspensión lleva frecuentemente aparejado la ampliación del plazo para dictar el laudo, es decir, el alargamiento de la disputa.¹¹⁵⁰ Por esta razón, parece que, más allá de la necesidad de llevar a cabo un análisis caso por caso, la opción de la suspensión perderá peso cuando en el momento de la declaración concursal ya se haya celebrado la mayor parte de las actuaciones procesales y el tribunal únicamente esté pendiente de dictar el laudo o cuando el laudo ya haya sido redactado y el único trámite pendiente sea su aprobación por la institución arbitral.¹¹⁵¹ En definitiva, lo que se pretende con este enfoque es que no se acabe reconociendo a la administración más derechos de actuación procesal, o de repetición de la misma, de los que correspondían al propio deudor concursal.

370. El segundo objetivo importante dentro del régimen de suspensión es dotar a la parte presuntamente acreedora de tiempo suficiente para que pueda personarse en el concurso y comunicar la existencia de su crédito contingente. Ésta es una función que reconoce tanto la literatura especializada¹¹⁵² como alguna jurisprudencia arbitral.¹¹⁵³ De hecho, ya quedó mencionado en la anterior Sección que la obligación de suspensión hasta que el acreedor haya insinuado su crédito en el procedimiento de insolvencia forma parte de la noción de orden público en el Derecho francés. Desde este punto de vista, puede entenderse que la satisfacción de ese requisito puede operar como una cuestión de admisibilidad para que el tribunal acepte o retome su competencia.¹¹⁵⁴

La imposición de la suspensión con este propósito también puede ser de especial utilidad en los casos en los que el acreedor cuente con una probabilidad elevada de obtener un laudo favorable. En efecto, la disponibilidad de un tiempo de suspensión permitirá a la

¹¹⁴⁸ Situación que no es predicable en el caso español, pues ya se expuso en el Capítulo III.B.5 que la Ley Concursal impone un periodo mínimo de suspensión de cinco días.

¹¹⁴⁹ J. J. Hargrove y V. Liborio, "Arbitration...", *cit.*, 54 (en relación con el Derecho inglés).

¹¹⁵⁰ E. Gaillard y J. Savage, *Fouchard...*, *cit.*, 344, pág. 577, con cita a la Sentencia de la Cour d'Appel de París de 16 febrero 1989 (*Almira Films v Pierrel*).

¹¹⁵¹ Como es el caso, por ejemplo, de los arbitrajes CCI, tal y como expone el art. 33 de su Reglamento.

¹¹⁵² G. Nater-Bass y O. Mosimann, "Effects...", *cit.*, 178, y G. C. Giorgini, "Arbitrage et...", *cit.*, 265-266.

¹¹⁵³ Por ejemplo, el Laudo parcial dictado en el Asunto CCI 6057 (1991), disponible en (1996) III *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995*, 487 y en (1993) 120 *Journal de Droit International* 1016.

¹¹⁵⁴ Así lo apunta A. Mourre, "Arbitraje y...", *cit.*, 233-234.

administración evaluar la conveniencia de aceptar la existencia y cuantía del crédito sin necesidad de finalizar el arbitraje.¹¹⁵⁵ De esta forma, tanto la masa concursal como el acreedor arbitral conseguirán evitar los costes generados por la continuación de un arbitraje internacional.

Desde otra perspectiva, la suspensión también ofrecerá al acreedor un periodo de reflexión acerca de la utilidad de proceder con el arbitraje. Así, en el Asunto CCI 13507 (2009),¹¹⁵⁶ la parte actora comunicó al tribunal arbitral, con sede en Barcelona, su decisión de desistir de sus pretensiones tras conocer que las dos demandadas suizas habían sido sometidas a sendos procedimientos de insolvencia. Tras un análisis de viabilidad realizado durante el periodo de suspensión, el acreedor concluyó que el arbitraje no constituía una opción financieramente sensata para hacer valer sus derechos contra las demandadas. Además, resulta interesante apuntar que el tribunal entendió que esta decisión no generaba efecto de cosa juzgada. Dado el silencio del art. 38.2.a) LA, el tribunal basó su conclusión en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por último, el laudo denegó la solicitud de condena en costas solicitada por las demandadas, alegando que su conducta obstruccionista había impedido la tramitación fluida del arbitraje.

371. La suspensión del arbitraje con esta segunda finalidad requiere una matización final. Existe cierta jurisprudencia que ha entendido que la personación del acreedor en el concurso y la presentación de su crédito contencioso a la administración puede entenderse como una sumisión tácita a la competencia de la autoridad concursal. Es decir, un reemplazo de la vía arbitral por la vía judicial.¹¹⁵⁷ De hecho, algún autor español se ha llegado a afirmar que la concurrencia del acreedor al procedimiento de insolvencia podría suponer un desistimiento tácito de la acción arbitral autónoma.¹¹⁵⁸

Ésta es una interpretación que parece criticable. El único objetivo de la comunicación del crédito es facilitar la gestión de la situación concursal a las autoridades competentes y garantizar el derecho de acceso a la masa por parte del acreedor en caso de que se produzca

¹¹⁵⁵ V. Lazic, “Cross-Border Insolvency and Arbitration...”, *cit.*, 346. Una consideración que también apuntó la AG Kokott en su Opinión en el Asunto C-294/02 (*Comisión de las Comunidades Europeas v AMI Semiconductor Belgium BVBA y otros*), [2005] Rec. I-2175.

¹¹⁵⁶ Laudo Final disponible en (2010) XXXV *Yearbook Commercial Arbitration* 158.

¹¹⁵⁷ En Reino Unido, *Erste Group Bank AG (London) v JSC (VMZ Red October)* [2013] EWHC 2926 (Comm), en relación con un procedimiento concursal ruso, y *Rubin & or v Eurofinance SA & ors* [2012] UKSC 46, párs. 165-167, en relación con un concurso australiano. En Brasil, Sentencia del Tribunal Supremo de 15 septiembre 2010 (*Ssangyong Corporation v Eldorado Industrias Plásticas Ltda*), en relación con un concurso coreano. En Estados Unidos, Sentencia de la Supreme Court de 13 noviembre 1990 (*Langenkamp v Culp*), 498 U.S. 42, 44, aunque solo como advertencia, tal y como expone J. Rosell y H. Prager, “International Arbitration...”, *cit.*, 418.

¹¹⁵⁸ J. F. Garnica Martín, “La *vis attractiva*...”, *cit.*, 213.

algún reparto patrimonial. En efecto, de igual modo que se entiende que la presentación de una solicitud de concurso contra la contraparte en un convenio o procedimiento arbitral no puede interpretarse como una renuncia de la parte solicitante a su derecho a arbitrar,¹¹⁵⁹ la posterior personación del acreedor en el concurso tampoco ha de entenderse como un abandono de ese derecho.

En cualquier caso, resultará fundamental que tanto el tribunal arbitral como el acreedor sean conscientes del riesgo que este trámite entraña en algunos ordenamientos. Quizá, una opción para evitarlo será solicitar de la administración una declaración previa a la comunicación formal del crédito por la que haga constar su renuncia a la vía concursal como medio de resolución de la disputa con el acreedor. En efecto, dado que la sumisión tácita requiere la concurrencia de las dos partes, será menos probable que la autoridad judicial se declare competente si una de ellas ha declarado desde el principio su voluntad de respetar el convenio arbitral.

iii. El contenido del pronunciamiento arbitral

372. La última modificación que debería plantearse un tribunal es la relativa al contenido del pronunciamiento arbitral. La relevancia de esta consideración se ciñe a los supuestos en los que el tribunal vaya a emitir un laudo en contra del deudor concursal y no cuando la decisión arbitral está dictada a su favor. Como ya ha quedado mencionado, el Derecho francés prevé que en este tipo de situaciones los árbitros están obligados a limitar la parte dispositiva del laudo a un pronunciamiento declarativo.¹¹⁶⁰ De hecho, éste es un requisito de orden público internacional según la jurisprudencia gala.¹¹⁶¹ Una restricción similar se puede encontrar también en ordenamientos como el alemán¹¹⁶² o el estadounidense.¹¹⁶³ En todos ellos, los árbitros carecen de autoridad para dictar laudos condenatorios contra partes concursadas. Esta prohibición alcanza tanto a condenas pecuniarias como a no-pecuniarias, pues incluso estas últimas pueden tener un impacto patrimonial directo sobre la masa concursal.

¹¹⁵⁹ Así lo confirma el Laudo CCI 6840 (1991), citado por F. Mantilla Serrano, “International...”, *cit.*, 68.

¹¹⁶⁰ El régimen actual se prevé en el art. L622-21 del *Code de commerce* según la redacción dada por el art. 35 de la *Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises*.

¹¹⁶¹ Vide el Capítulo IV.C.2.c.ii.

¹¹⁶² Vide también la Opinión de la AG Kokott en el Asunto C-294/02 (*Comisión de las Comunidades Europeas v AMI Semiconductor Belgium BVBA y otros*), [2005] Rec. I-2175, párs. 91-92.

¹¹⁶³ G. Hanessian, M. A. Stoker y J. Samet, “When worlds collide: Intellectual property and arbitration rights in bankruptcy cases” (2004) 3 *Dispute Resolution Journal* 27, 30 y J. Rosell y H. Prager, “International Arbitration...”, *cit.*, 432.

373. En línea con estos regímenes, la práctica arbitral cuenta con múltiples ejemplos en los que los tribunales han reconocido la necesidad de adaptar el contenido de la resolución a la insolvencia de una de las partes. Así, en los Asuntos CCI 11876 (2002),¹¹⁶⁴ 7563 (1993),¹¹⁶⁵ 7337 (1996)¹¹⁶⁶ y 7205 (1993)¹¹⁶⁷ los laudos declararon que la existencia de un procedimiento concursal debía traducirse en que la finalidad del arbitraje quedara restringida a verificar la existencia y, en su caso, cuantía de un crédito contra el deudor. Por esa razón, la fórmula empleada en la parte dispositiva de estos laudos se limitaba a un mero “*We declare that Respondent is liable for the amount of...*”.

La importancia que esta limitación puede tener en la fase post-laudo ha motivado que incluso la Corte de la Cámara de Comercio Internacional de París haya decidido intervenir en los casos en que el tribunal arbitral no la haya tomado en consideración. De acuerdo con el art. 33 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de 2012, esta Corte es el órgano de la Cámara que tiene como misión aprobar los laudos antes de que puedan ser comunicados a las partes. Aunque no está autorizado a modificar la argumentación sustantiva empleada por los árbitros, sí que puede proponer alteraciones de forma y “llamar la atención [del tribunal] sobre puntos relacionados con el fondo de la controversia”. Pues bien, en ejercicio de esta facultad, se han dado supuestos en los que la Corte ha condicionado la aprobación del laudo a que los árbitros modificaran el contenido de su fallo de condenatorio a declarativo.¹¹⁶⁸

374. La razón de ser de este tipo de soluciones yace principalmente en la función que el laudo debería suplir en una situación concursal. Si una de las consecuencias principales de la apertura de un procedimiento de insolvencia es la prohibición de las ejecuciones individuales dirigidas contra los bienes del deudor, parece legítimo entender que el acreedor no necesitará obtener un título con potencial ejecutivo a través del procedimiento arbitral. Por el contrario, bastará con que el laudo se limite a hacer constar la existencia de un crédito a su favor. Esta limitación es acorde con el régimen concursal, en donde se prescribe que la presentación de

¹¹⁶⁴ Laudo parcial, disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 85 (sede en Londres, Derecho concursal francés).

¹¹⁶⁵ Laudo parcial (*Belgian bank v International pool of insurance companies*), disponible en (1994) 121 *Journal du Droit International* 1054, con “Annotation” de Y. Derains (sede en París y Derecho concursal francés).

¹¹⁶⁶ Laudo parcial, disponible en (1999) XXIVa *Yearbook of International Arbitration* 149 (sede en Alemania y Derecho concursal sueco).

¹¹⁶⁷ Laudo final, disponible en S. Jarvin y Y. Derains, *Collection of ICC Awards 1990-1994* (1995), 622 y en (1995) 122 *Journal de Droit International* 1032 (sede en París y Derecho concursal francés).

¹¹⁶⁸ Así lo comenta F. Mantilla Serrano, “International...”, *cit.*, 70, sin indicar el asunto en concreto.

un título declarativo resulta suficiente para ser incluido en la masa pasiva de un procedimiento de insolvencia.¹¹⁶⁹

En efecto, la doctrina arbitral también es pacífica en aceptar que los pronunciamientos declarativos son igual de eficaces que los condenatorios a la hora de crear un título crediticio.¹¹⁷⁰ Independientemente del contenido del laudo, el fallo del tribunal producirá los efectos de cosa juzgada propios de las resoluciones firmes¹¹⁷¹ y será susceptible de reconocimiento al amparo del Convenio de Nueva York.¹¹⁷² Además, el laudo continuará siendo útil cuando la pretensión originaria de la parte demandante era de naturaleza meramente declarativa, como ocurre, por ejemplo, cuando se debate la titularidad de un derecho.¹¹⁷³

375. Junto con estos beneficios, la eliminación de un pronunciamiento de condena de la parte dispositiva del laudo es también un mecanismo eficaz para prevenir potenciales vulneraciones de la *par conditio creditorum* material. Es cierto que la emisión de un laudo condenatorio no produce automáticamente ningún efecto tangible sobre los bienes del deudor concursado. Para que esa reducción patrimonial se materialice es necesario que exista un cumplimiento voluntario del laudo (poco probable en situaciones concursales) o una ejecución individual contra bienes del deudor. De lo contrario, el crédito contenido de la resolución arbitral tendrá la única función de sumarse a la masa pasiva del concurso junto al resto de acreedores.

Sin embargo, el especial riesgo que los laudos condenatorios generan se debe al favorable régimen de reconocimiento y ejecución que el arbitraje comercial internacional ha alcanzado en las últimas décadas. Aunque ésta es una problemática que se trata con mucho más detalle en el Capítulo siguiente,¹¹⁷⁴ es posible anticipar que las políticas pro-arbitrales que imperan en muchos Estados, la limitación de los causales que el Convenio de Nueva York prevé para denegar eficacia a laudos extranjeros y la incertidumbre que caracteriza al régimen de reconocimiento de insolvencias a escala global pueden acabar facilitando que un deudor

¹¹⁶⁹ Así lo afirman M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *The European...*, cit., 58 y P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Inclusión en los concursos de los créditos reconocidos por sentencias extranjeras conforme a la nueva Ley Concursal” (2003) III *Anuario Español de Derecho Internacional Privado* 235, 243. Para más detalle, vide el Capítulo V.B.1.

¹¹⁷⁰ N. Blackaby, M. Hunter, C. Partasides y A. Redfern, *Redfern and Hunter...*, cit., 535.

¹¹⁷¹ En España, así lo disponen los arts. 521-522 LEC, leídos a la luz del art. 43 LA.

¹¹⁷² G. Born, *International Commercial...*, cit., 3432, con cita de abundante jurisprudencia. Para un caso reciente, D. Thomson, “Seoul court recognises award that can’t be executed - Formal vs Real enforcement”, *Global Arbitration Review* (entrada de 23 enero 2014).

¹¹⁷³ A. Abu, “Arbitration may continue despite foreign insolvency of respondent” (2009) disponible en http://www.addleshawgoddard.com/view.asp?content_id=4816&parent_id=4815.

¹¹⁷⁴ Vide Capítulo V.B.2.

obtenga una ejecución individual de su laudo contra bienes del deudor sitos fuera del foro concursal.

Si bien es cierto que éste no es un resultado atribuible a los árbitros, ni son ellos responsables del uso que las partes hacen de la resolución arbitral, no cabe duda de que la limitación del laudo a un pronunciamiento declarativo cierra la puerta a este tipo de comportamientos anti-concursales. Es una forma de “cortarle las alas al laudo” o de “desdentar” su vocación ejecutiva con el fin de proteger los valores concursales fundamentales.

376. Aun perteneciente a otra esfera arbitral distinta, esta filosofía también ha quedado plasmada en un reciente laudo CIADI, esto es, un laudo derivado del sistema de arbitraje de inversiones. Así, en la disputa *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Ltd v Tanzania Electric Supply Company Ltd (TANESCO)*, los árbitros consideraron la facilidad de ejecución que también caracteriza a este tipo de laudos como uno de los factores que hacía recomendable que el pronunciamiento arbitral contra la demandada (en concurso) quedara limitada a determinar la existencia y cuantía del crédito controvertido.¹¹⁷⁵ Con ello se evitaba que la parte demandante se beneficiara del sistema CIADI para obtener una satisfacción individual del laudo y acabara frustrando la prelación de acreedores propia del régimen concursal.
377. No cabe duda de que esta postura es claramente deferente hacia los intereses del colectivo de acreedores y, en general, hacia los principios de la insolvencia. En línea con ella, cabe plantearse si los tribunales arbitrales comerciales que operen bajo un régimen que no contenga una regla específica al respecto¹¹⁷⁶ deberían adoptar una actitud igualmente respetuosa y prudente a la hora de redactar la parte dispositiva de su laudo.¹¹⁷⁷ En cierta medida, una decisión de esta naturaleza implicaría reconocer el rol que el arbitraje internacional juega en el marco global de las relaciones comerciales transfronterizas, es decir, la función que va más allá de los intereses de las partes y que afecta al mercado internacional, donde el Derecho concursal transfronterizo también es una herramienta relevante. En definitiva, mostraría un nivel de madurez y no-arrogancia de la comunidad arbitral que no siempre se le reconoce cuando los árbitros gestionan la presencia de intereses públicos en la disputa arbitral.¹¹⁷⁸

¹¹⁷⁵ Laudo CIADI de 12 febrero 2014, nº ARB/10/20 (*Standard Chartered Bank (Hong Kong) Ltd v Tanzania Electric Supply Company Ltd (TANESCO)*), pár. 241.

¹¹⁷⁶ Como es el caso español.

¹¹⁷⁷ En el mismo sentido, D. Jones, “Insolvency...”, *cit.*, 139.

¹¹⁷⁸ Con más o menos énfasis, vide, L. Lévy, “Arbitration and...”, *cit.*, 111; G. Nater-Bass y O. Mosimann, “Effects...”, *cit.*, 163; y G. Kaufmann-Kohler y L. Lévy, “Insolvency...”, *cit.*, 275.

Para sostener esta posición y, sobre todo, para conseguir persuadir a un árbitro del mérito de reducir el laudo a un procedimiento declarativo resulta necesario analizar los inconvenientes o dudas que esta solución puede plantear.

378. En primer lugar, no resulta del todo claro que este tipo de laudos pueda ofrecer el mismo nivel de eficacia que un laudo condenatorio en el contexto de obligaciones garantizadas o aseguradas. En efecto, si el pronunciamiento derivado del arbitraje es la existencia de un crédito pero no el deber de satisfacerlo, es posible que ese título no pueda ser invocado con éxito contra un tercero. Al fin y al cabo, si el deudor de la relación no está obligado al pago, resulta complicado justificar que pueda exigirse a partes terceras el cumplimiento de un deber que no pende sobre el deudor original. Según la teoría general de las relaciones de garantía y del seguro, ni la parte garante ni la parte aseguradora pueden contraer obligaciones que vayan más allá de las que haya asumido la parte garantizada o asegurada.

Si acaso, podría plantearse la posibilidad de distinguir dentro del mismo laudo entre el carácter condenatorio o declarativo del laudo según la parte contra la que se invoque. La teoría general que se acaba de enunciar impide que pueda garantizarse la eficacia de este tipo de soluciones cuando el arbitraje solo se dirija contra el deudor concursal. Sin embargo, sí podrían ser una opción viable en los casos de arbitraje multiparte. En este tipo de disputas, el tribunal arbitral podrá modular el alcance de la parte dispositiva dependiendo del estado financiero de cada deudor arbitral. Así, en el Asunto CCI 7205 (1993),¹¹⁷⁹ el laudo dividió su pronunciamiento entre la parte concursada y las otras partes solventes. Mientras que frente a la primera el tribunal se limitó a emitir un fallo declarativo, contra las segundas no dudó en imponer una orden de condena.

379. En segundo lugar, el empleo de laudos exclusivamente declarativos también puede resultar problemático cuando el deudor concursal consiga superar sus dificultades financieras. En esos supuestos, la limitación del título arbitral a un mero reconocimiento de deuda impedirá que el acreedor pueda obtener en la fase post-concurso una orden de pago contra los bienes de deudor “reflotado”.

Es cierto, no obstante, que la inclusión del crédito en el convenio regulador que restructure la deuda del concursado concretará los términos de satisfacción del mismo y, generalmente, debería ser título suficiente para exigir el pago. Esta aparente salvaguarda, sin embargo, no

¹¹⁷⁹ Laudo final, disponible en S. Jarvin y Y. Derains, *Collection of ICC Awards 1990-1994* (1995), 622 y en (1995) 122 *Journal de Droit International* 1032 (sede en París y Derecho concursal francés).

puede ignorar que la cuantía del crédito contenido en el convenio únicamente probablemente representará a una fracción del crédito original, por lo que la parte restante del mismo carecerá de los mecanismos ejecutivos de los que se podría haber beneficiado en el caso de haber obtenido un laudo condenatorio.

380. Finalmente, es posible que la decisión del tribunal de limitar el contenido de su pronunciamiento pueda generar problemas relacionados con el causal de exceso de autoridad.¹¹⁸⁰ Cuando la pretensión de la parte demandante comprendiera también la condena de la contraparte, el otorgamiento de un fallo declarativo podría calificarse como un caso de modificación del objeto del procedimiento. Ésta es una decisión que el tribunal no está autorizado para tomar de forma unilateral, pues tal objeto ha sido acordado por las partes y el tribunal al comienzo del arbitraje a través de un documento titulado “acta de misión” o “*terms of reference*”¹¹⁸¹ y que incluye, entre otras cuestiones, “una exposición sumaria de las pretensiones de las partes y de sus peticiones”.¹¹⁸²

Desde una perspectiva estrictamente formal, es posible que estas dudas pudieran amenazar la viabilidad de los laudos declarativos. Sin embargo, un análisis más detallado debe llevar a eliminar estas dudas. Por una parte, el cambio del contenido del pronunciamiento de condenatorio a declarativo no se trata de un caso de exceso de autoridad. Si acaso, es un supuesto de defecto de la misma, pues lo que hace el tribunal es conceder a la parte demandante menos de los que había solicitado en el *petitum* de la demanda. Desde este punto de vista, los árbitros deberían quedar autorizados para resolver y otorgar todo aquello que estuviera comprendido dentro de los límites marcados por las pretensiones de las partes (*a maiore ad minus*).¹¹⁸³

Por otra parte, la más cualificada doctrina arbitral concurre en reconocer que los árbitros deberían gozar de cierto espacio de maniobra a la hora de decidir el tipo de pronunciamiento que incluyen en sus resoluciones.¹¹⁸⁴ Dentro de este espacio, debería incluirse la opción de dictar un fallo condenatorio o declarativo, sobre todo a la luz de las circunstancias especiales producidas por la circunstancia concursal.¹¹⁸⁵

¹¹⁸⁰ Art. V.1.c) CNY en materia de reconocimiento y ejecución y art. 34.2.a.iii en sede de anulación.

¹¹⁸¹ Art. 23 Reglamento de Arbitraje CCI, o figuras afines en reglamentos institucionales distintos a los CCI.

¹¹⁸² Art. 23.1.c) Reglamento de Arbitraje CCI.

¹¹⁸³ Sentencia del Bundesgerichtshof de 29 enero 2009 (III ZB 88/07; BGHZ 179, 304), citada por J. Chuah, “Resolving...”, *cit.*, 432, y comentada también en S. Kröll, “Infringements of...”, *cit.*, 38.

¹¹⁸⁴ G. Born, *International Arbitration...*, *cit.*, 295.

¹¹⁸⁵ P. Wagner, “When two...”, *cit.*, 129.

381. Las tres dudas que se acaban de exponer demuestran que la decisión acerca del contenido del laudo en situaciones concursales es una cuestión controvertida.¹¹⁸⁶ Quizá por ello sería adecuado plantearse la posibilidad de que los tribunales arbitrales recurrieran a otras alternativas que les permitieran prevenir prácticas abusivas por parte del acreedor sin llegar a comprometer la eficacia del laudo. Así, parece más recomendable que, en vez de optar por un pronunciamiento meramente declarativo, el tribunal incluyera un fallo condenatorio pero lo acompañara de una condición que impusiera su presentación en el procedimiento concursal. El uso de laudos condicionales no es una práctica ajena a la realidad arbitral y no hace sino reflejar la posibilidad que también tienen las partes de someter sus derechos y obligaciones a determinadas limitaciones.¹¹⁸⁷

En cierta medida, esta condición también podría presentarse como una restricción a la posibilidad de presentar acciones de ejecución fuera del foro concursal durante la tramitación de la insolvencia. Esto es, una suerte de *anti-enforcement injunction*,¹¹⁸⁸ cuya función es equiparable a las *anti-suit injunctions* que los tribunales arbitrales están autorizados a emitir al amparo de algunos ordenamientos,¹¹⁸⁹ pero restringida a las solicitudes de ejecución.¹¹⁹⁰

Con esta alternativa se posibilitaría la conjugación del cumplimiento de las funciones principales de la institución arbitral (la resolución de la controversia fuera de la esfera judicial) con el respeto a las reglas esenciales de la disciplina concursal (la prohibición de las ejecuciones individuales fuera del foro concursal). En definitiva, se contribuiría a eliminar la falta de sintonía que caracteriza a la relación entre el arbitraje y la insolvencia y en la que, como ha quedado patente en esta Sección, los tribunales arbitrales juegan un papel fundamental.

E. Breve recapitulación

382. El estatuto jurídico de los tribunales arbitrales internacionales es sustancialmente diferente al de los órganos judiciales de adscripción estatal. Como este Capítulo demuestra,

¹¹⁸⁶ Así lo afirmaban hace ya 15 años J J. Rosell y H. Prager, “International Arbitration...”, *cit.*, 432.

¹¹⁸⁷ A título de ejemplo vide la Sentencia inglesa *Konkola Copper Mines v U&M Mining Zambia Ltd* [2014] EWHC 2374 (Comm) con comentario en D. Thomson, “English court endorses ‘conditional’ award”, *Global Arbitration Review* (entrada de 17 julio 2014).

¹¹⁸⁸ En el plano judicial, vide *Ecobank Transnational Incorporated v Tanoh* [2015] EWHC 1874 (Comm).

¹¹⁸⁹ El reciente Asunto C-536/13 (*Gazprom OAO v República de Lituania*) es un claro ejemplo de ello (en relación con un arbitraje inglés).

¹¹⁹⁰ No resulta claro si esta es la opción que, muy tenuemente, sugieren G. Kaufmann-Kohler y L. Lévy, “Insolvency...”, *cit.*, 273-274.

esa disparidad produce que la aplicación del Derecho concursal en el marco de arbitrajes internacionales se evalúe a través de mecanismos muy distintos a los analizados en los anteriores Capítulos de esta obra.

383. La primera diferencia se manifiesta en el método empleado por los tribunales arbitrales para llevar a cabo el ejercicio de calificación. En vez de acercarse al problema a través de la lógica concursal, una parte importante de la práctica arbitral demuestra que los tribunales arbitrales intentan subsumir la circunstancia concursal en una de las tres categorías tradicionales del Derecho arbitral. Esta son la capacidad de las partes, la arbitrabilidad de la disputa y la validez y eficacia del convenio arbitral. Desde esta perspectiva, será la ley que gobierne la categoría empleada por el tribunal la que determine los efectos que el procedimiento concursal produce sobre la vía arbitral.

La calificación de la situación concursal como una cuestión relativa a la capacidad del deudor insolvente fue la opción por la que se decantaron el arbitraje CCI y el Tribunal Federal suizo en la disputa entre Elektrim y Vivendi. El análisis de este Capítulo ha pretendido demostrar que ésta es una calificación equivocada, pues confunde la cuestión de la capacidad arbitral del deudor con la de su arbitrabilidad subjetiva. Esta modificación tiene importantes implicaciones prácticas, ya que son categorías que pueden recibir un tratamiento conflictual distinto y que, en el caso de la arbitrabilidad, suele llevar a resultados favorables a la posibilidad de tramitar arbitrajes de forma paralela al procedimiento concursal.

Más allá de la capacidad y la arbitrabilidad, la jurisprudencia arbitral también demuestra el recurso frecuente a la categoría de la validez y eficacia del convenio arbitral como calificación adecuada para internalizar la situación concursal. Ésta es una opción que también ha gozado de importantes defensores en la doctrina y que resulta acertada cuando se emplea con el fin de delimitar el ámbito objetivo del convenio arbitral. Fuera de esos casos, sin embargo, la Sección B de este Capítulo ha defendido que es una opción igualmente inadecuada para resolver las cuestiones que genera la insolvencia de una de las partes intervinientes en el arbitraje. En concreto, es una solución que no garantiza la aplicación de la *lex fori concursus*, que puede comportar la aplicación de regímenes concursales completamente ajenos al procedimiento de insolvencia y que perpetúa la existencia de dos lógicas de calificación relativas a un mismo problema (la arbitral y la concursal), con la disparidad de resultados que ello comporta.

384. Sobre esta base, parece que la opción más acertada es la de plantearse directamente si el tribunal arbitral ha de aplicar o no las soluciones que el Estado de apertura prevé para la

relación entre el arbitraje y el procedimiento de insolvencia. Ésta es una postura que tampoco ha permanecido ajena a la práctica, sobre todo cuando el Estado de apertura del concurso no coincide con el Estado en el que se localiza la sede arbitral.

El examen de la jurisprudencia arbitral demuestra que los tribunales han planteado esta pregunta a través de dos argumentaciones propias de la disciplina arbitral. La primera analiza la posible extraterritorialidad del procedimiento concursal y de la legislación que lo regula. Cuando el régimen concursal aspira a producir efectos sobre todo el patrimonio y la actividad del deudor independientemente de su localización, los tribunales arbitrales han demostrado mucha más predisposición a tomar en consideración dicho régimen. Además, en algunas ocasiones los tribunales arbitrales también han incorporado en el análisis los efectos que el reconocimiento del concurso extranjero por parte de los tribunales de la sede produce sobre el arbitraje. Salvo en estos casos, el empleo de la lógica de la territorialidad es una argumentación insuficiente para resolver la problemática que aquí se estudia. Sobre todo, por la vocación universal que actualmente se atribuye con carácter general a la normativa concursal.

La segunda argumentación hace referencia al posible carácter imperativo del Derecho de la insolvencia y al deber de los árbitros de aplicar este tipo de reglas en el contexto de disputas internacionales. A pesar del aparente atractivo que esta opción podría despertar, el análisis de la misma demuestra que, incluso si se reconoce tal carácter imperativo, el Derecho arbitral carece de base normativa concreta para justificar la existencia de ningún deber de los árbitros de considerar determinadas normas por el mero hecho de ser imperativas. Por el contrario, la práctica demuestra que la verdadera vinculación con respecto a este tipo de normas se da cuando su cumplimiento forma parte del mandato arbitral. Esto es, cuando su vulneración podría llevar a que el laudo fuera anulado y privado de eficacia.

Dentro de este análisis, la excepción de orden público constituye el causal de mayor relevancia para la resolución de las cuestiones que plantea la situación concursal de una de las partes. En concreto, el tribunal debería tomar en consideración las normas de insolvencia que puedan formar parte del orden público de la sede arbitral y del Estado de apertura del procedimiento concursal. Sin embargo, el análisis de este concepto demuestra que la única regla que verdaderamente puede calificarse de orden público internacional en el panorama comparado es la *par conditio creditorum* material. Fuera de esta regla, la decisión del tribunal de proceder sin respetar otras normas previstas por la *lex fori concursus* no debería justificar ni la anulación del laudo ni su eficacia en sede de reconocimiento y exequátur.

385. Ninguna de estas opciones permite internalizar plenamente la situación concursal en el procedimiento arbitral, sino que limitan su consideración a la discrecionalidad del tribunal y a un reducto mínimo de la normativa concursal que lleva siempre a la conclusión de que el arbitraje puede existir a pesar del concurso de una de las partes. A pesar del aparente carácter pro-arbitral de este resultado, su adopción puede resultar en laudos que no gocen de la validez que un principio cabía esperar. Ello se debe a que en sede de anulación, la decisión del órgano judicial ha de conjugar el régimen arbitral con el respecto a su Derecho concursal.

Aunque ésa es una cuestión que se estudia con más detalle en el siguiente Capítulo, las conclusiones que allí se alcanzarán lleva a concluir que los tribunales arbitrales deberían acudir al Derecho internacional privado de la sede para insolvencias extranjeras con el fin de determinar los efectos que el concurso extranjero debe producir sobre el arbitraje. Mediante esta medida se consigue suplir la inaptitud del Derecho arbitral para proporcionar una respuesta uniforme y previsible al impacto que la apertura de un procedimiento de insolvencia produce sobre la competencia arbitral.

La base jurídica para justificar esta aplicación, sin embargo, no puede encontrarse en el hecho de ese Derecho sea de aplicación imperativa para los tribunales arbitrales. Tampoco puede entenderse de forma taxativa que esas normas puedan incluirse dentro de la noción de orden público de la sede. Por el contrario, el deber de los árbitros de cumplir con las normas de conflicto del Derecho concursal de la sede queda justificado por su pertenencia a la *lex loci arbitri*. Es decir, son normas que también van dirigidas a los tribunales arbitrales internacionales localizados en su territorio y que forman parte del marco regulador de la sede dentro del cual se desarrolla el procedimiento arbitral. Además, es una normativa que devendrá directamente aplicable en el supuesto de una eventual acción de anulación.

Esta posición tiene importantes consecuencias prácticas y metodológicas. Con el fin de evitar un solapamiento de regímenes reguladores de la circunstancia concursal en el arbitraje, ha de entenderse que las categorías tradicionales de la disciplina arbitral a las que también pueda recurrir el tribunal arbitral no deberán incluir ninguna solución relativa a la situación concursal. Es decir, la ley derivada de aplicar las normas de conflicto del Derecho concursal de la sede será el único régimen que deberá proporcionar la respuesta a cuál es el efecto que la apertura de un procedimiento de insolvencia produce sobre la validez y eficacia del convenio arbitral y sobre la competencia del tribunal.

Por último, el Capítulo concluye que, cuando el tribunal arbitral entienda que puede ejercer su competencia a pesar de la insolvencia de una de las partes, no será adecuado ordenar la

tramitación arbitral de forma idéntica a como ocurre en situaciones de no insolvencia. Por el contrario, será necesario introducir algunas modificaciones procedimentales que garanticen la protección de los derechos del deudor y de la administración concursal. Ello incluye el reconocimiento de la legitimación de la administración y la suspensión provisional del procedimiento arbitral. Además, también se podrá contemplar la limitación del pronunciamiento condenatorio del laudo con el fin de evitar posibles conductas por parte de los acreedores que desnaturalicen la función que la vía arbitral debería cumplir en escenarios concursales.

CAPÍTULO V. La validez y la eficacia del laudo en escenarios concursales

386. De acuerdo con el análisis contenido en el Capítulo II, la regla europea de *vis attractiva concursus* no impide la existencia de procedimientos individuales de naturaleza civil o mercantil que puedan desembocar en pronunciamientos contrarios al deudor insolvente. Asimismo, el Capítulo III concluye que la Ley Concursal española permite como regla general la tramitación de arbitrajes nacionales y extranjeros de forma simultánea a la insolvencia. Finalmente, el Capítulo IV ha demostrado que la calificación tradicional empleada por los tribunales arbitrales conduce frecuentemente a la conclusión de que la competencia arbitral no se ve afectada por la apertura de un concurso, sin perjuicio de las posibles adaptaciones procedimentales que se puedan realizar. Procede, por tanto, explorar cuál es la recepción que han de tener los laudos surgidos de esos arbitrajes cuando llegan a la esfera judicial. Ello cubre tanto cuestiones de validez como cuestiones de eficacia.

Las cuestiones de validez se encuadran tradicionalmente en el marco de las acciones de anulación, cuya tramitación en el contexto de situaciones concursales ofrece a los tribunales de la sede la oportunidad de evaluar el encaje del laudo con su normativa de insolvencia. Entre otras, las sentencias inglesa y suiza en el caso *Elektrim* constituyen dos ejemplos paradigmáticos de este tipo de supuestos. Aunque los anteriores Capítulos ya hayan estudiado el contenido de estos fallos, la Sección A de este Capítulo se dedica a analizar una cuestión todavía no tratada. El impacto que la declaración concursal produce sobre el régimen de Derecho internacional privado aplicable a estas acciones.

Por su parte, la eficacia de los laudos se mide por el éxito que puedan tener las acciones que solicitan su reconocimiento y ejecución. En principio, resultaría razonable prever que, si el régimen concursal no impide necesariamente la existencia de arbitrajes, las resoluciones resultantes deberían gozar generalmente de un acogimiento favorable por parte de los órganos judiciales del foro concursal. En el plano internacional, estas acciones vienen reguladas por la

Convención de Nueva York, que puede considerarse como el tratado internacional más exitoso en materia de Derecho privado.¹¹⁹¹ Sin embargo, precisamente por razón de este éxito, no puede descartarse que los acreedores del laudo vayan más allá del foro concursal y pretendan hacer valer la resolución arbitral en otros Estados en los que el deudor también pueda tener bienes. El perjuicio que estas conductas pueden producir sobre los intereses colectivos del concurso motiva la Sección B de este Capítulo.

En ambas Secciones, la coexistencia de regímenes conflictuales constituye una cuestión transversal pues, como el análisis que sigue demuestra, los supuestos aquí estudiados desencadenan la aplicación simultánea o sucesiva de soluciones de ley aplicable propias de las disciplinas arbitral y concursal. Aunque ésta es una problemática que ya ha sido estudiada en anteriores Capítulos,¹¹⁹² el análisis de sus peculiaridades en la fase post-arbitral responde a un doble motivo. Primero, porque, como se verá, es en esta fase donde sus complejidades pueden dar lugar a los resultados más patológicos y dañinos para el desarrollo concursal. Segundo, porque el objetivo último de los árbitros ha de ser el de dictar una resolución que sobreviva el escrutinio judicial, tanto en sede de anulación como de reconocimiento y ejecución y, por tanto, el esclarecimiento de las cuestiones aquí estudiadas debería contribuir a orientar las decisiones que tengan que adoptarse en la fase arbitral.¹¹⁹³

A. *La validez de los laudos arbitrales contra partes insolventes: la perspectiva del Derecho internacional privado*

387. La acción de anulación es el mecanismo de acceso a la vía judicial para poder evaluar la validez de un laudo arbitral. Su resolución puede llegar a tener una repercusión directa sobre el valor final de la masa concursal. Sin embargo, el impacto que la apertura de un procedimiento de insolvencia produce sobre estas acciones ha permanecido plenamente inexplorado hasta la fecha. Lo que aquí se interroga es si la condición concursal de una de las partes en el arbitraje modifica de alguna manera el tratamiento de Derecho internacional privado que estas acciones reciben en circunstancias ordinarias.

¹¹⁹¹ Así lo reconoce incluso la mejor doctrina concursal: J. L. Westbrook, “International Arbitration...”, *cit.*, 640.

¹¹⁹² Vide el Capítulo III.B.2.c con respecto al tratamiento judicial en la fase pre-arbitral y el Capítulo IV.B en relación con la esfera arbitral.

¹¹⁹³ Las conclusiones que se alcanzan en esta Sección serían igualmente válidas si el Reglamento de Insolvencia se interpretara en línea con la jurisprudencia inglesa en *Elektrim* y con los informes de los expertos que preceden la Propuesta de Reforma, aunque esta es una opción que se rechaza en el Capítulo II.

La ausencia de estudios en la materia también quedó reflejada en las acciones de anulación interpuestas en el caso *Elektrim*. En efecto, ni los tribunales ingleses o suizos ni las partes intervinientes en el proceso se detuvieron en momento alguno a considerar por qué eran ellos y no los tribunales del Estado de apertura, los competentes para decidir sobre la validez del laudo. Tampoco contemplaron la posibilidad de aplicar el régimen de anulación propio del foro concursal en vez del de la sede arbitral.¹¹⁹⁴ Por el contrario, sus análisis se ciñeron al régimen arbitral común, dando la espalda, por ejemplo, a que el carácter imperativo de las normas contenidas en el Reglamento de Insolvencia obliga a los Estados Miembros a considerar su posible aplicación a pesar del silencio de las partes.¹¹⁹⁵ Este enfoque confirma la escisión de lógicas conflictuales existente entre la disciplina arbitral y la concursal y demuestra la escasa frecuencia con que los tribunales consiguen conjugarlas con éxito.

Sobre esta base, los dos primeros epígrafes de esta Sección estudian el régimen de competencia judicial internacional y de ley aplicable correspondiente a la acción de anulación del laudo en circunstancias concursales. Por su parte, el tercer epígrafe retoma el problema de la coexistencia de regímenes de calificación en este contexto. Finalmente, la Sección concluye con el estudio de la acción por fraude, una singular herramienta procesal prevista por la Ley Concursal para atacar específicamente a los convenios y procedimientos arbitrales articulados por el deudor y terceras partes con el fin de evadir los imperativos concursales. Las peculiaridades de esta acción, la inexistencia de figuras con rasgos equivalentes en el panorama comparado¹¹⁹⁶ y su aparente cercanía (y potencial solapamiento) con las acciones previstas en la legislación arbitral exigen un breve estudio tanto material como de Derecho internacional privado.

1. Cuestiones de competencia judicial internacional

388. De acuerdo con las normas ordinarias de atribución de competencia judicial internacional, el conocimiento de una acción de anulación contra un laudo arbitral corresponde a los órganos judiciales del Estado de la sede del arbitraje. Así lo establecen las legislaciones nacionales

¹¹⁹⁴ La cuestión también fue obviada en otra acción de anulación presentada por *Elektrim* ante el Tribunal Comercial de Viena, presentada unos meses después de su primera solicitud de concurso el 3 marzo 2005.

¹¹⁹⁵ En el mismo sentido, M.V. Benedetelli, “Cross-border insolvencies...”, *cit.*, 801.

¹¹⁹⁶ Si acaso, una acción similar existe en el ordenamiento jurídico ruso, como explica (y critica) A. Trukhtanov, “International arbitration award challenged by competing creditor in the award debtor's insolvency” (2014) 80(4) *Arbitration* 459, 461.

inspiradas en la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional (LMA)¹¹⁹⁷ y los regímenes de otros Estados con leyes arbitrales de cuño propio.¹¹⁹⁸ Esta regla incluso deriva de forma implícita del art. V.1.e) CNY y del art. XI CG, que prevén la posibilidad de que un laudo sea anulado en origen.¹¹⁹⁹

No obstante, también parece razonable entender que las autoridades concursales y el colectivo de acreedores podrán tener un interés legítimo en que, incluso si se permite la tramitación de arbitrajes durante el procedimiento de insolvencia, el foro concursal tenga la oportunidad de participar activamente en la determinación de la validez del laudo antes de su inclusión en la lista de acreedores. Es decir, si el propósito del procedimiento arbitral es la obtención de un título firme que declare la existencia de una obligación de pago entre las partes y que, en última instancia, legitime la solicitud de cobro en el foro concursal, no resulta fácil justificar el mantenimiento de un régimen competencial que posponga la participación de dicho foro hasta el último momento. Ello se debe a que la coexistencia de acciones anulación y de reconocimiento y ejecución con normas de competencia judicial internacional distintas solo adquiere pleno sentido cuando existen varios foros potenciales en los que el laudo deba surtir efectos.

Las ineficiencias producidas por esa fragmentación competencial fueron puestas de manifiesto en el *iter* procesal protagonizado por el laudo LCIA del caso *Elektrim*. Tal y como se explicó en el Capítulo IV, tras la costosa y prolongada controversia ante varias instancias del sistema judicial inglés, la parte acreedora decidió solicitar el reconocimiento del laudo en el seno del procedimiento concursal polaco. Dada la procedencia extrajera del laudo, la toma de decisión requería acudir a los criterios materiales previstos en la Convención de Nueva York, que reproduce los causales aplicables también en sede de anulación. A pesar de esta identidad, el juez del Distrito de Varsovia tuvo que volver a analizar cada uno de los argumentos

¹¹⁹⁷ Entre ellos, el art. 8.5 Ley de Arbitraje española y el art. 829 Code Procedurale Civile italiano. La generalidad de este régimen ha sido reconocida por la Sentencia del TSJ Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), de 1 febrero 2012, en la disputa entre *Aviation Consulting Management SL* y *SAS Cargo Group AS*.

¹¹⁹⁸ Por ejemplo, art. 1518 Code de procédure civile francés y secs. 67-69 Arbitration Act inglesa.

¹¹⁹⁹ Además, los países que en alguna ocasión han interpretado el art. V.1.e) CNY como base para justificar su competencia con respecto a acciones de anulación de laudos dictados en otros territorios han corregido esta postura, con el aplauso de la comunidad arbitral internacional. El caso más importante es el de India. Vide la sentencia de la Supreme Court, de 28 mayo 2014 en el asunto *Reliance Industries Limited & Anr v Union of India*, comentada en F. Sperandio, “The Jurisdiction of Indian Courts over Arbitrations Seated Outside India. An Outsider’s Perspective”, *Global Arbitration Review* (entrada de 21 julio 2014). Esta evolución también puede verse en Brasil (Sentencia del Tribunal de Justiça de São Paulo, de 3 April 2014, *First Brand do Brasil v Petroplus Sul*, Apelação no. 0014578-23.2004.8.26.0100) y en Islas Mauricio (Sentencia de la Supreme Court, de 28 marzo 2014, *Cruz City 1 Mauritius Holdings v Arsanovia Limited*, nº 107967).

aducidos.¹²⁰⁰ La decisión fue posteriormente recurrida ante el Tribunal de Apelación de Varsovia. En definitiva, hicieron falta cuatro instancias judiciales (dos en Reino Unido y dos en Polonia) para determinar la posibilidad de que el laudo accediera como título válido al procedimiento concursal.

389. El silencio del Reglamento de Insolvencia impide aliviar esta situación. Como ya quedó dicho en el Capítulo II, las reglas de competencia del Reglamento se limitan a las materias que tengan naturaleza concursal, esto es, a aquellas que de acuerdo con el criterio *Gourdain* “deriven directamente del procedimiento de insolvencia y que guarden inmediata relación con éste”. En esos casos, la competencia judicial corresponde a los tribunales del foro concursal de forma exclusiva y universal. Ello implica que la calificación de las acciones de anulación como acciones de carácter concursal resultaría en la concentración de la competencia para su conocimiento en el *forum concursus*, independientemente de la localización que tuviera la sede arbitral. Esta opción, sin embargo, se ha de descartar. Sin perjuicio de que el legislador de la Unión podría haber aprovechado el proceso de reforma para clarificar este punto,¹²⁰¹ las acciones de anulación no tienen naturaleza concursal. Varias razones justifican esta postura.

En primer lugar, la autonomía de la acción de anulación de laudos queda demostrada por el hecho de que su base normativa se encuentra exclusivamente en la legislación arbitral, sin que exista ningún precepto en los instrumentos concursales que haga referencia a la misma. Esto es, la solvencia de las partes es un factor irrelevante para su ejercicio.¹²⁰² En segundo lugar, la apertura del concurso no modifica el periodo de caducidad propio de la acción ni invierte la distribución de la carga de la prueba prevista en la legislación arbitral.¹²⁰³ Finalmente, la administración no es la única legitimada activamente para interponerla, sino que la acción continúa estando disponible para todas las partes vinculadas por el convenio arbitral.¹²⁰⁴ Así, aunque la administración pueda verse obligada a participar en determinadas ocasiones, esta situación se deberá probablemente a la pérdida total o parcial de la capacidad procesal por parte del deudor y no a la concursalidad propia de la pretensión.

¹²⁰⁰ Sobre la dudosa posibilidad de que los pronunciamientos en sede de nulidad puedan surtir efectos de cosa juzgada en acciones de reconocimiento vide R. Nazzini, “Consistency and divergence in international arbitration: evolutionary reflections on *res judicata* and abuse of process under the New York Convention: the fourth annual CIARB Roebuck lecture” (2014) 80(3) *Arbitration* 273 y M. Scherer, “Effects of Foreign Judgments Relating to International Arbitral Awards: Is the ‘Judgment Route’ the Wrong Road?” (2013) 4(3) *Journal of International Dispute Settlement* 587.

¹²⁰¹ Vide, en este sentido, M. Penadés Fons, “El arbitraje internacional...”, *cit.*, 279.

¹²⁰² La importancia de este criterio se nombra en *German Graphics*, pár. 32 y en el Informe Virgós/Schmid, pár. 196.

¹²⁰³ *Gourdain*, pár. 5, y reiterado por el AG Jarabo Colomer en la Opinión dictada en *Seagon*, pár. 36.

¹²⁰⁴ *German Graphics*, pár. 33.

390. Esta conclusión no se desvirtúa por el hecho de que el resultado de la acción de anulación pueda producir un innegable beneficio a la masa de acreedores. Aunque *Gourdain*,¹²⁰⁵ *SCT*¹²⁰⁶ y *F-Tex*¹²⁰⁷ se refirieran a este factor como uno de los relevantes para la determinación de la concursabilidad de la acción, su peso no puede ser decisivo. Así, el propio Tribunal de Justicia, apuntó en *SCT* que la relevancia de cada elemento ha de ser evaluada a la luz de la “intensidad del vínculo existente”.¹²⁰⁸

Además, desde un punto de vista estricto, el objetivo de esta acción no es proteger a la *par conditio creditorum* o beneficiar al colectivo de acreedores. Y ello porque ni la existencia del procedimiento arbitral ni la del propio laudo producen por sí mismas un perjuicio sustancial a la masa activa del concurso,¹²⁰⁹ sino que es solo con la ejecución del laudo que se genera tal perjuicio. Hasta ese momento, la *par conditio creditorum* permanece sustancialmente intacta, lo que demuestra la falta de comunión de intereses entre el procedimiento concursal y el de anulación. Este razonamiento no debería perder validez por el hecho de que la anulación de un laudo suponga la eliminación de una deuda de la masa pasiva de concurso y, por tanto, incremente la posibilidad de cobro de los acreedores. De lo contrario, cualquier acción emprendida por el deudor o por la administración del concurso que produjera efectos patrimoniales positivos para la masa tendría que ser calificada como concursal, lo que *de facto* relegaría el criterio *Gourdain* a casos realmente infrecuentes¹²¹⁰ y excluiría el régimen competencial no concursal.

391. Los estudios en materia de acción pauliana ordinaria confirman el acierto de esta postura. Mediante esta acción, un acreedor o la administración concursal persiguen la anulación de un acto válido de disposición realizado por el concursado en favor de un tercero y que ha producido una pérdida patrimonial para el deudor.¹²¹¹ Aunque en escenarios de insolvencia este resultado perjudica a la masa de acreedores, el Tribunal de Justicia ha sido claro en afirmar que ni el posible beneficio colectivo resultante de la acción ni la posibilidad de que el síndico concursal actúe como parte actora le confieren naturaleza concursal.¹²¹² A diferencia

¹²⁰⁵ *Gourdain*, pár. 5.

¹²⁰⁶ *SCT*, pár. 29.

¹²⁰⁷ *F-Tex*, párs. 43-44.

¹²⁰⁸ *SCT*, párs. 25.

¹²⁰⁹ Es decir, no son “actos perjudiciales al conjunto de los acreedores”.

¹²¹⁰ P. Rogerson, “Article 1(2)(b)” en U. Magnus y P. Mankowski (eds.), *Brussels I Regulation* (Munich: Sellier, 2012) 2ª ed., 45, 61.

¹²¹¹ L. Carballo Piñeiro, “*Vis attractiva concursus...*”, *cit.*, 19.

¹²¹² Asunto C-288/82 (*Duijnste v Goderbauer*) [1983] ECR I-3663. Esta es también la conclusión implícita en el Asunto C-115/88 (*Reichert v Dresdner Bank*) [1990] ECR I-27, y reiterada en el Asunto C-261/90 (*Reichert v*

de la acción pauliana concursal y salvo disposición en contra por parte de la legislación concursal, la base normativa de la pauliana ordinaria se encuentra en instrumentos civiles y mercantiles, lo que permite su ejercicio en situaciones no concursales y generalmente la somete al régimen de competencia judicial internacional previsto en el Reglamento Bruselas I.¹²¹³ La conclusión cambia en el caso de la acción pauliana concursal, cuya disponibilidad queda restringida a escenarios de insolvencia.¹²¹⁴

392. De acuerdo con la posición mantenida en el Capítulo II, la negación de la concursalidad de una acción y su exclusión del ámbito del Reglamento de Insolvencia no supone la inmediata eficacia de las reglas generales de competencia judicial internacional, sino que dependerá de que la faceta negativa de la regla de *vis attractiva concursus* permita efectivamente la tramitación de la acción fuera del foro concursal. Dado que las acciones de anulación arbitrales no están cubiertas ni por el Reglamento Bruselas I ni por el Convenio de Lugano,¹²¹⁵ se hace necesario recurrir a los ordenamientos nacionales.

Pues bien, a pesar de la aparente contravención del principio de economía procesal, parece adecuado defender que en situaciones concursales también debería mantenerse el régimen ordinario de atribución de competencia a los tribunales de la sede. Más allá de carácter no concursal de la acción, con ello se permitiría perpetuar la tutela de las políticas legislativas que subyacen a la acción de anulación. Por una parte, se garantiza que los órganos que ejercen la autoridad censora sobre el laudo son los más cercanos al procedimiento arbitral. Por la otra, se permite que cada Estado retenga el control de legalidad de aquellos actos entre privados que ocurren dentro de sus fronteras.

393. Esta postura es extensible al ordenamiento jurídico español, donde ya quedó expuesto que el efecto del art. 11 LC es también el de prescribir una concepción muy reducida de *vis attractiva* en el ámbito trasfronterizo. Así, si el criterio *Gourdain* ha permitido excluir las acciones de anulación de laudos del Reglamento de Insolvencia, idéntica conclusión ha de alcanzarse cuando se interpreta el art. 11 LC, cuya redacción reproduce la terminología *Gourdain*. Deriva

Kockler) [1992] ECR I-2149. Respecto a las mismas vide J. J. Forner Delaygua, “La acción pauliana ante el TJCE” (1991) *Revista de Instituciones Europeas del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales* 635.

¹²¹³ T. Linna, “Actio Pauliana...”, *cit.*, 80-82; P. Rogerson, “Article 1(2)(b)...”, *cit.*, 60-62; Evaluación externa de los Profs. Hess/Pfeiffer/Schlosser, 31; E. Rodríguez Pineau, *Integridad del patrimonio y protección del crédito: Las acciones pauliana y revocatoria en el tráfico internacional* (Navarra: Thomson-Reuters, 2010) 59-66; y L. Carballo Piñeiro, *Acciones de reintegración...*, *cit.*, 155. La Opinión del AG Ruiz-Jarabo Colomer en *Seagon* ofrece una buena visión de esta evolución (párs. 27-33).

¹²¹⁴ Vide los ya mencionados Asuntos *Seagon* y *Schmid*, aunque el Tribunal concluyó en *F-Tex* que cuando la acción se transmite a un tercero pierde su naturaleza concursal.

¹²¹⁵ P. Rogerson, “Article 1(2)(b)...”, *cit.*, 63, en línea con las exclusiones expresamente referidas por los Informes Jenard (pár. 13) y Schlosser (pár. 65).

de ello que en concursos abiertos en el territorio español, la resolución de cualquier acción de anulación relativa a arbitrajes internacionales permanecerá dentro de la esfera ordinaria de decisión de los tribunales de la sede, esté dentro o fuera del territorio nacional.¹²¹⁶

Además, como confirma la jurisprudencia española, ésta es incluso la solución en el plano interno, a pesar del mayor alcance de la regla de *vis attractiva* doméstica, que también se extiende a “las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado” (art. 8.1º LC).¹²¹⁷ En efecto, estas resoluciones han entendido que han de ser las Salas de lo Civil y lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, y no los Jueces Mercantiles que tramiten el concurso, los órganos competentes para decidir sobre la validez de los laudos en los que sea parte el deudor concursal. Con esta doctrina jurisprudencial se elimina la fragmentación competencial que derivaría del art. 8.1º LC pues, incluso si se interpreta de forma amplia,¹²¹⁸ su tenor solo permite incluir acciones interpuestas por el concursado. La aplicación de este régimen a las acciones de anulación supondría la distinción entre los casos en los que el concursado ocupara la parte actora y la parte demandada y, por tanto, frustraría la concentración jurisdiccional pretendida con el actual sistema español de control judicial de laudos.¹²¹⁹

En último lugar, y en consonancia con el régimen aquí explicado, la posibilidad de que tribunales españoles conozcan de acciones de anulación relativas a laudos dictados en España y que afecten a partes sujetas a un procedimiento concursal extranjero tendrá que quedar

¹²¹⁶ Respecto a cuándo la acción tiene carácter internacional, vide el Capítulo III.

¹²¹⁷ Vide los Autos de la AP Las Palmas (Sección 4ª), de 2 febrero 2011 y de 7 mayo 2010; de la AP Madrid (Sección 13ª), de 23 diciembre 2010; y de la AP La Rioja (Sección 1ª), de 8 octubre 2009. En el mismo sentido, F. Cordón Moreno, *Proceso Concursal...*, cit., 50; P. Iñiguez Ortega, “Los efectos...”, cit., 204; I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso...*, cit., 55; G. Pérez del Blanco, *Efectos procesales...*, cit., 253; y R. Bellido Penadés, “Artículo 52...”, cit., 1015 y 1542, 1550.

¹²¹⁸ Aunque la expresión ha recibido una interpretación amplia para incluir acciones que, a pesar de no ir dirigidas directamente contra el deudor, sí que tienen una incidencia directa sobre su patrimonio (como es el caso de la acción directa contra el contratista prevista en el art. 1597 CC), tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden mayoritariamente en restringir estos casos a aquellos en los que la pretensión no viene promovida por el concursado sino por un tercero con el fin directo o indirecto de aminorar la masa activa en detrimento del resto de acreedores. Vide las Sentencias de la AP Barcelona (Sección 13ª), de 23 junio 2011; del JM Madrid (núm. 6), de 12 septiembre 2011, FJ 2º; de la AP Madrid (Sección 12ª), de 19 mayo 2010, FJ 4º; de la AP A Coruña (Sección 4ª), de 22 abril 2010; de la AP Barcelona (Sección 15ª), de 26 junio 2008; y de la AP Pontevedra, de 8 febrero 2007; los Autos de la AP Vizcaya (Sección 3ª), de 15 diciembre 2011; de la AP Huesca, de 29 octubre 2008; de la AP Baleares, de 17 septiembre 2008; de la AP Barcelona (Sección 15ª), de 26 junio 2008; de la AP Madrid (Sección 5ª), de 28 septiembre 2007; así como M. Díaz Martínez, *El incidente...*, cit., 33-36 y F. Cordón Moreno, *Proceso Concursal...*, cit., 51. En contra, y a favor de una interpretación incluso más amplia del art. 8.1 LC, se pronuncian los Autos de la AP Álava (Sección 1ª), de 14 marzo 2012, de la AP Valencia (Sección 7ª), de 26 noviembre 2009, y de la AP Álava (Sección 1ª), de 3 marzo 2006.

¹²¹⁹ G. Stampa, “La reforma de la Ley de arbitraje” (2012) V(1) *Arbitraje: Revista de Arbitraje comercial y de inversiones* 91, 100-102; J. M. De Alfonso Olive, “Un arbitraje...”, cit., 626; y M. de Benito Llopis-Llombart, “Tres apuntes sobre la reforma de la Ley de Arbitraje” (2010) 7533 *Diario La Ley* 1, 3.

sometida a la solución competencial prevista por la *lex fori concursus*, cuyos efectos se harán efectivos en España en virtud de los arts. 4 y 16 RI y 200 y 223 LC.

2. Cuestiones de ley aplicable

394. Frente al silencio del Reglamento de Insolvencia en cuanto a la competencia judicial internacional en materia de acciones de anulación, el art. 4.2.m) RI establece que será la ley de apertura la que determinará “las normas relativas a la nulidad, anulación o inoponibilidad de los actos perjudiciales al conjunto de los acreedores”. Podría pensarse que este precepto introduce una norma de ley aplicable para las acciones aquí tratadas. Sin embargo, esta conclusión sería precipitada, pues su alcance es más limitado que el que parece derivar de su tenor literal. Así, aunque la regla se incluya en el seno de un artículo que pretende extender la aplicación de la *lex fori concursus* a la mayoría de las cuestiones que afecten al concursado, el propio Informe Virgós/Schmit es claro en especificar que esta *lex* únicamente rige aquellos efectos que “son típicos del derecho concursal, esto es, efectos que son necesarios para que el procedimiento concursal alcance sus objetivos”.¹²²⁰

La finalidad perseguida por la acción de anulación de laudos no cae dentro de esos objetivos. Como ya se dijo en el epígrafe anterior, si bien puede beneficiar a la masa activa del concurso, la acción de anulación no es un efecto de la insolvencia ni constituye una potestad inherente a las funciones de la administración concursal.¹²²¹ Por el contrario, es una acción ordinaria sometida a su régimen autónomo de competencia y cuya legitimación activa puede, según la capacidad procesal del deudor insolvente, ser trasladada en algunas ocasiones a la administración. Es, por tanto, una acción que debe permanecer sujeta a su régimen común de ley aplicable. Idéntico razonamiento ha sido generalmente defendido con respecto a la acción pauliana ordinaria, que tampoco puede quedar incluida en el art. 4.2.m) RI. Su ley aplicable continuará siendo determinada por la norma de conflicto aplicable en ausencia de concurso.¹²²²

¹²²⁰ Informe Virgós/Schmit, pár. 90.

¹²²¹ Es ilustrativo que, como cita L. Carballo Piñeiro, *Acciones de reintegración...*, cit., 242 y en línea con la lógica aquí defendida, en la sesión del Instituto de Derecho Internacional celebrada en Bruselas en 1902 se rechazara la propuesta de aplicar la ley concursal a la acción pauliana ordinaria con el argumento de que no es una consecuencia de la quiebra.

¹²²² Las graves dificultades para determinar el régimen conflictual ordinario para estas acciones son tratadas en L. Carballo Piñeiro, “Acción pauliana e integración europea - una propuesta de ley aplicable” (2012) 64(1) *Revista Española de Derecho Internacional* 43, así como en F. Garcimartín Alférez, “Acciones de reintegración: competencia judicial internacional y ley aplicable” en E. M. Beltrán Sánchez (dir.) y E. Sanjuán y Muñoz (dir.), *La*

395. Existen además otras tres razones que permiten refrendar esta postura. Primero, el art. 4.2.m) RI habla de la nulidad, anulación o inoponibilidad de “actos perjudiciales”, en línea con idéntica expresión empleada por el art. 13 RI, que es una excepción al art. 4 RI. A pesar de la amplitud de esa expresión, la doctrina ha venido refiriéndose tradicionalmente a esos actos como “transacciones”,¹²²³ esto es, como actos dispositivos de naturaleza contractual concluidos entre el concursado y un tercero con el objetivo de cercenar los efectos del principio de *par conditio creditorum*. Un laudo arbitral internacional no puede caer dentro de esta definición,¹²²⁴ sino que ha de ser concebido como una resolución definitiva y firme que despliega efectos equivalentes a los de la jurisdicción estatal¹²²⁵ y que, en el plano internacional, se beneficia de un favorable régimen de reconocimiento y ejecución en virtud de la Convención de Nueva York. Ello ha de excluir a los laudos tanto del art. 4.2.m) RI como del régimen excepcional del art. 13 RI.¹²²⁶

Quizá, la única excepción a este razonamiento podría encontrarse en relación con los laudos consensuados o transaccionales, en los que las partes podrían utilizar la vía arbitral para formalizar un acuerdo en perjuicio de acreedores y obtener un título que escapara de las restricciones impuestas por la legislación concursal. Para esos casos parece acertado defender que, además de la acción de anulación, la motivación de evasión concursal subyacente al laudo pactado debería permitir al síndico recurrir también a la acción revocatoria concursal¹²²⁷ o, en el caso español, a la acción específica de impugnación por fraude, que se trata en los siguientes apartados. Estos casos sí estarían cubiertos por el art. 4.2.m) RI.

Segundo, la inclusión de la anulación de resoluciones arbitrales en el ámbito del art. 4.2.m) RI sobre la base del beneficio que pudiera producir a la masa concursal también obligaría (por coherencia interpretativa) a someter al mismo régimen las acciones de anulación relativas a resoluciones judiciales contrarias al deudor, incluidas las tramitadas en el extranjero. La inconveniencia de este resultado es obvia. Supone una intromisión por parte de la *lex fori*

reintegración de la masa: Congreso de Antequera. IV Congreso Español de derecho de la insolvencia. VII Congreso de derecho mercantil y concursal de Andalucía, 19 a 21 de abril de 2012 (Madrid: Thomson-Civitas, 2012), 631.

¹²²³ Entre ellos, el Informe Virgós/Schmit, pág. 138; I. Fletcher, “*L'enfer, c'est les autres: Evolving Approaches to the Treatment of Security Rights in Cross-Border Insolvency*” (2011) 46 *Texas International Law Journal* 489, 504-505; M. Bogdan, “Article 13” en G. Moss, I. Fletcher y S. Isaacs, *The EC Regulation...*, cit., 297; y K. Pannen y S. Riedemann, “Article 4...”, cit., 229.

¹²²⁴ Y ello sin perjuicio de que no se niegue la naturaleza parcialmente contractual que tienen las cláusulas de sumisión a arbitraje, como se ha defendido en el Capítulo II.

¹²²⁵ Respecto a esta equivalencia, vide S. Barona Vilar, “Artículo 43. Cosa juzgada y revisión de laudos firmes” en S. Barona Vilar (coord.), *Comentarios...*, cit., 1818, 1821-1844, con referencia a jurisprudencia española.

¹²²⁶ En contra, M.V. Benedetelli, “Cross-border insolvencies...”, cit., 813, quien defiende la inclusión de laudos arbitrales en el ámbito del art. 13 RI, aun sin justificación alguna.

¹²²⁷ En idéntico sentido vide S. Ballestrazzi, *L'arbitrato...*, cit., 133-137.

concursum en el sistema de recursos y acciones propios del Estado en el que se dictó la resolución sujeta a anulación e impondría un régimen legal ajeno a ese sistema jurisdiccional. Por último, el acogimiento a la norma de conflicto del art. 4.2.m) RI generaría un fraccionamiento indeseable entre las acciones de anulación interpuestas contra un laudo perjudicial para la masa y aquellas ejercitadas respecto de un laudo beneficioso para el deudor. La claridad terminológica del art. 4.2.m) RI (“actos perjudiciales”) impediría la inclusión del segundo caso en el ámbito del Reglamento de Insolvencia y obligaría a simultanear dos regímenes de ley aplicable según la parte actora.

396. Es posible concluir por estas razones que la acción de anulación de laudos no cambia su régimen de ley aplicable como consecuencia de la apertura del concurso. Ello, no obstante, no implica que la insolvencia represente una circunstancia irrelevante para la resolución de la acción. Para la concreción del grado exacto de interacción entre la normativa concursal y arbitral hay que visitar la problemática de la coexistencia de regímenes de calificación. A ello se destina el siguiente epígrafe.

3. La coexistencia de regímenes de calificación en las acciones de anulación

397. La regulación de las acciones de anulación en España se encuentra en los arts. 40-43 LA, que reproducen con fidelidad el régimen previsto en el art. 34 LMA. La acción está abierta a toda decisión arbitral que pueda calificarse como laudo y constituye un punto fundamental en la práctica y en el diseño del Derecho arbitral de la mayoría de los Estados. Esta amplia disponibilidad de acción, sin embargo, no implica que la actitud general de los órganos judiciales con respecto a la posibilidad de anular un laudo dictado en su territorio sea muy generosa. Todo lo contrario. La jurisprudencia española es uniforme en enfatizar que la acción de anulación no puede concebirse como un recurso de apelación que permita reevaluar el análisis realizado por el tribunal arbitral.¹²²⁸ De hecho, esa jurisprudencia excluye de forma general la posibilidad de que los errores de juicio cometidos por los árbitros puedan corregirse en sede de anulación, pues precisamente uno de los rasgos nucleares de la institución arbitral es la extracción de la disputa de la jurisdicción ordinaria con el fin de que el único foro competente para resolverla sea un tribunal arbitral.¹²²⁹

¹²²⁸ Sentencias del TS, de 4 junio 1991, 21 marzo 1991, 7 junio 1990 y 15 diciembre 1987.

¹²²⁹ Sentencias del TS, de 22 junio 2009, del TSJ Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), de 9 julio 2013, de la AP Madrid (Sección 10ª), de 12 noviembre 2010, y de la AP Las Palmas (Sección 3ª), de 10 enero 2006. Así

Esta concepción restrictiva se traduce en la previsión por el art. 41.1 LA de los causales concretos que pueden justificar la anulación de un laudo, en línea con la recomendación de la Ley Modelo. Aquí también, la jurisprudencia muestra acuerdo en defender que ésta es una lista “inequívocamente” cerrada y que su interpretación ha de ser estricta.¹²³⁰ A los efectos de la problemática aquí estudiada, los causales de anulación relevantes son la invalidez e ineficacia del convenio arbitral (a), el ámbito de la sumisión a arbitraje (c), la defectuosa tramitación de procedimiento arbitral (d), la inarbitrabilidad de la disputa (e) y la vulneración del orden público español (f).¹²³¹

398. De acuerdo con las conclusiones alcanzadas en el epígrafe anterior, el hecho de que una de las partes esté sometida a un procedimiento de insolvencia no debería alterar el régimen de Derecho internacional privado aplicable en el marco de las acciones de anulación. Sobre esta base, puede entenderse que, en general, el convenio deberá evaluarse de acuerdo con la regla *favor validitatis* contenida en el art. 9.6 LA, según la cual un convenio se considera válido y ejecutable si una de las tres normas alternativas previstas en el precepto así lo reconocen. Éstas son la elegida por las partes para gobernar el convenio, la aplicable al fondo del asunto y el Derecho español. Asimismo, el régimen aplicable al convenio es el empleado para definir el ámbito de la sumisión al arbitraje y, por tanto, el alcance de la competencia del tribunal. Por su parte, la corrección de los árbitros en la tramitación del procedimiento se analiza a la luz de la normativa aplicable al mismo, que está sujeta a la elección de las partes y, en su defecto, es la contenida en la Ley de Arbitraje (art. 41.1.d) LA). Finalmente, tanto la noción de arbitrabilidad como la de orden público se definen a la luz de la *lex fori*, de modo que los tribunales españoles han de acudir a su propio sistema de leyes, valores y principios para dar contenido específico a estos dos conceptos. Esto permite que puedan invocarse de oficio por el órgano judicial e incluso por el Ministerio Fiscal (art. 41.2 LA).

Cuando el laudo arbitral no satisfaga la regulación material prevista en las normas aplicables a cada una de estas cuestiones, el órgano judicial estará autorizado para ordenar su anulación. Resulta irrelevante que el tribunal hubiera empleado un método conflictual distinto o que la ley considerada aplicable por el tribunal fuera otra a la prescrita por el régimen expuesto. Esta potencial desconexión entre los análisis arbitral y judicial confirma que el propósito de la acción de anulación no es someter la disputa a un segundo examen ni escrutar la actuación

lo manifiestan también bajo la derogada Ley de Arbitraje de 1988, las Sentencias del TC 176/96, de 11 noviembre, 288/93, de 23 julio 1993, y 62/91, de 22 marzo 1991, y del TS, de 23 abril 2001.

¹²³⁰ *Id.*

¹²³¹ Como podrá apreciar el lector, éstas son las principales calificaciones que estudia el Capítulo IV.

arbitral desde un punto de vista general, sino que se ciñe a evaluar la compatibilidad del laudo con el Derecho de la sede en relación con algunas cuestiones tasadas.

399. A pesar de la conveniencia de este régimen *de minimis*, no puede ocultarse que el régimen conflictual descrito presenta el riesgo evidente de remitir a leyes que, en la mayoría de ocasiones, no coincidirán con la legislación que debería regular esas mismas cuestiones según el Derecho concursal internacional. En concreto, se concluyó en los Capítulos II y III que para determinar los efectos que el procedimiento de insolvencia produce sobre el convenio arbitral, tanto el art. 4.2.e) RI como los arts. 200/223 LC remiten a la *lex fori concursus*. Además, las adaptaciones procedimentales que haya que introducir a la tramitación del arbitraje se registrarán por la *lex loci arbitri* cuando el arbitraje ya se encuentre en curso en el momento de apertura de la insolvencia (art. 15 RI y 209 LC) y por la *lex fori concursus* cuando el arbitraje se inicie con posterioridad (arts. 4.2.f) RI y 200/223 LC). Finalmente, corresponderá también a la *lex fori concursus* concretar los efectos que la insolvencia produzca sobre la capacidad jurídica y de obrar (incluida la procesal) del concursado (arts. 4.2.c) y 200/223 LC).

Esta discrepancia no es sino otra manifestación de los efectos perturbadores que se derivan de la coexistencia de regímenes de calificación contenidos en un mismo ordenamiento y relativos a un mismo fenómeno. Y, aunque es posible que su aplicación simultánea no genere siempre resultados perjudiciales desde un punto de vista sustantivo, no cabe duda de que es una situación que en general amenaza la realización efectiva de los objetivos que cada una de las disciplinas en cuestión persigue por separado.

400. En línea con la solución que se propuso en el Capítulo III en el contexto de la fase pre-arbitral,¹²³² parece que la mejor forma de eliminar la tensión generada por esta dualidad de regímenes conflictuales en sede de acciones de anulación es mediante el recurso a las normas de jerarquía normativa. Es decir, el criterio según el cual cuando determinadas cuestiones materiales o conflictuales están reguladas expresa o tácitamente por normas de distinto rango normativo, la solución proporcionada por la norma superior prevalecerá sobre la inferior.

En efecto, no puede olvidarse que, sin perjuicio de que el laudo pueda tener carácter internacional, el régimen de estas acciones está siempre contenido en normas de origen interno, pues no existe ningún instrumento internacional que las regule. Y ello a pesar de que UNCITRAL haya propuesto una fórmula uniforme a través de la Ley Modelo y de que la posibilidad de que el laudo sea anulado se mencione en los Convenios de Nueva York (art.

¹²³² Vide Capítulo III.B.2.c.

V.1.e)¹²³³ y de Ginebra (art. IX).¹²³⁴ Por su parte, el instrumento legislativo que prescribe el tratamiento conflictual de las insolvencias transfronterizas depende de la localización del COMI del concursado. Cuando ese Centro de sitúe en territorio de la Unión, el régimen aplicable se encuentra en el Reglamento de Insolvencia, esto es, en una norma de origen institucional. Por el contrario, cuando el procedimiento concursal se haya abierto fuera de la Unión, será la Ley Concursal española (de origen interno) la que determine los efectos de la insolvencia extranjera una vez reconocida por los tribunales nacionales.

Sobre esta base, es posible dividir el examen del problema aquí estudiado entre casos en los que el laudo evaluado por los tribunales españoles afecta a una parte sometida a un concurso que se regula por el Reglamento de Insolvencia y supuestos en los que tal concurso extranjero gana su entrada en el ordenamiento español a través de la Ley Concursal doméstica.

401. En el primero de los casos, la colisión se produce entre normas de rango normativo distinto (Ley de Arbitraje *v* Reglamento de Insolvencia) y coincide con el supuesto de hecho que dio lugar a las sentencias inglesas de *Elektrim*. Sin embargo, esas resoluciones carecen de referencia alguna a este debate. Tanto la *High Court* como la *Court of Appeal* mencionaron que la acción de anulación se ejercitó sobre la base de la sec. 67 AA (falta de competencia arbitral) y después recurrieron directamente al Reglamento de Insolvencia, pero ninguna de ellas se detuvo a explicar la relación existente entre estos dos regímenes y, ni mucho menos, su compatibilidad.¹²³⁵

Tal y como se expuso con detalle en el Capítulo III, estas situaciones han de resolverse a favor de la aplicación de las reglas conflictuales del Reglamento. No solo porque es la norma superior según el sistema de fuentes vigente en toda la Unión, sino porque es la mejor interpretación para garantizar el *effet utile* del régimen europeo.¹²³⁶ De este modo, puede defenderse que cuando un tribunal español analice cualquiera de los causales previstos en el art. 41.1 LA con vistas a la posible anulación de un laudo, tendrá que respetar las remisiones

¹²³³ Con respecto a la posibilidad de que el hecho de que el laudo haya sido anulado pueda constituir un motivo para denegar su reconocimiento y ejecución en otro Estado.

¹²³⁴ Con el objetivo de identificar en qué tipo de casos la anulación del laudo en origen puede invocarse como razón para denegar su reconocimiento y ejecución.

¹²³⁵ La ausencia de análisis alguno en relación con la posible calificación arbitral ha sido también criticada por M. V. Benedetelli, “Cross-border insolvencies...”, *cit.*, 803; G. Kaufmann-Kohler, L. Lévy y S. Sacco, “The Survival...”, *cit.*, 382; y M. Robertson, “Cross-border insolvency...”, *cit.*, 127 y 132. No obstante, con la excepción de Robertson, ninguno de estos autores menciona la coexistencia de regímenes conflictuales y, ni mucho menos, explica su relación.

¹²³⁶ Con respecto a la superioridad del Derecho de la Unión sobre el de producción interna vide las Sentencias del Tribunal de Justicia en los Asuntos 106/77 (*Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA (II)*), [1978] Rec. I-629, pár. 21; 14/68 (*Walt Wilhelm & ors v Bundeskartellamt*) [1969] Rec. I-1, pár.6; y 6/64 (*Costa v ENEL*) [1964] Rec. I-585, 593. En cuanto a la doctrina del *effet utile*, vide el Capítulo III.B.2.c.

a la *lex fori concursus* y, en ocasiones, a la *lex loci arbitri* que se realizan en el Reglamento. Resultará irrelevante que este régimen desemboque en un tratamiento del laudo menos favorable que el generalmente aplicable, pues, sin perjuicio de las razones materiales que también pudieran invocarse para defender la prevalencia de las soluciones concursales, el criterio de la jerarquía normativa ha de operar de forma neutral desde un punto de vista sustantivo.

402. Esta interpretación, sin embargo, no implica que las normas de conflicto aplicables de forma ordinaria en la acción de anulación queden totalmente desplazadas. El análisis contenido en el Capítulo II enfatizó en varias ocasiones que el ámbito de las reglas concursales en materia arbitral se limita exclusivamente a la determinación de los efectos que la apertura de un procedimiento de insolvencia produce sobre la capacidad del deudor, la validez y eficacia del convenio arbitral y la tramitación del arbitraje.¹²³⁷ Por tanto, todo aquello que no pueda considerarse como “efecto concursal” deberá continuar rigiéndose por la normativa aplicable en ausencia de insolvencia. Serán áreas en las que no existe solapamiento de soluciones y, en consecuencia, no necesitadas de un análisis jerárquico.

Esta delimitación de ámbitos de aplicación constituye un rasgo fundamental de la posición aquí mantenida. Gracias a ella se reduce el intervencionismo concursal al mínimo, a la vez que se sigue garantizando el *effet utile* de las soluciones europeas y la verdadera internalización de la insolvencia extranjera automáticamente reconocida.¹²³⁸ Además, se evita tener que recurrir al causal de orden público para justificar la aplicación de la normativa concursal. Como ya quedó expuesto en el Capítulo IV, la interpretación estricta de este concepto dificulta que pueda ser empleado con respecto a escenarios concursales en los que las normas en cuestión solo tienen carácter conflictual, sobre todo cuando el concurso no ha sido abierto en la sede arbitral sino en el extranjero y cuando el principio de la *par conditio creditorum* material no se ve directamente perjudicado.¹²³⁹ Finalmente, es una interpretación

¹²³⁷ Vide Capítulo II.C.3.a y .b.

¹²³⁸ Parece que I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso...*, *cit.*, 134-135 defiende una postura análoga, pues habla de la necesidad de “integrar” la normativa concursal en la arbitral “por imperativo del propio texto comunitario”, pero ni articula más detalles del razonamiento que justifica su postura ni incluye una referencia separada a las insolvencias no cubiertas por el Reglamento. Asimismo, M. V. Benedetelli, “Cross-border insolvencies...”, *cit.*, 815 y D. Baizeau, “Arbitration and Insolvency...”, *cit.*, 112 defienden que el reconocimiento automático de la declaración concursal en todos los Estados de la Unión obliga a que los tribunales judiciales de esos Estados Miembros que tengan que decidir sobre cualquier cuestión relativa a arbitraje (ya sea como juez de apoyo o como juez de anulación) apliquen la normativa arbitral de forma acorde con la *lex fori concursus*. Aunque la esencia de su posición pueda ser correcta, el fundamento de la primacía de las normas del Reglamento (que, por cierto, no siempre remiten a dicha *lex*) no es el reconocimiento del procedimiento extranjero sino la superioridad jerárquica en el sistema de fuentes.

¹²³⁹ Vide el Capítulo IV.B.2 y el siguiente apartado para un análisis más detallado de este punto.

que permite la uniformidad de tratamiento de la cuestión concursal en todas las acciones anulación que puedan tramitarse en el territorio de la Unión. Ello incluirá los casos más obvios en que la legislación de insolvencia de un Estado Miembro prevea la prohibición de que el concursado tome parte en ningún procedimiento arbitral, pero también permitirá garantizar la eficacia de los regímenes que posibiliten que la autoridad concursal acuerde la suspensión del convenio, como es el caso del art. 52.1 LC español. Cuando un arbitraje se tramite en contravención con esa decisión concursal en cualquier Estado de la Unión, el laudo podrá ser anulado por los tribunales de la sede.

403. Por último, se ha de apuntar que la lectura aquí adoptada difiere de la posición mantenida por la escasa doctrina en la materia. Así, Robertson ha defendido que la mejor forma de compatibilizar la concurrencia de calificaciones es entender que la norma de conflicto concursal reemplaza completamente al régimen arbitral, pero que la ley considerada aplicable según dicha norma incluye no solo su regulación sustantiva sino también las reglas de conflicto de esa ley, lo que permitiría seguir aplicando el régimen arbitral ordinario.¹²⁴⁰ De este modo, cuando se recurriera a la *lex fori concursus* también habría que considerar las normas arbitrales de ley aplicable a la capacidad, la arbitrabilidad y el convenio arbitral, contribuyendo así a una deseable alineación con la lógica de calificación empleada por el tribunal arbitral.

A pesar de su aparente atractivo y de reconocer la insuficiencia del Reglamento para regular *per se* todas las cuestiones que surjan en el arbitraje, esta postura incurre en tres errores. Primero, contradice la regla fundamental que rechaza la figura del reenvío en el funcionamiento del Reglamento de Insolvencia.¹²⁴¹ Segundo, convierte al Reglamento en un instrumento *de facto* omnicompreensivo, en contra de su propósito original, que lo restringe a cuestiones concursales.¹²⁴² Tercero, puede acabar imponiendo una tercera calificación arbitral, pues la remisión al régimen conflictual arbitral propio de la ley que resulte aplicable según el Reglamento (probablemente la *lex fori concursus*) no tiene por qué coincidir ni con el empleado por el tribunal arbitral ni con el aplicable por el órgano judicial en el marco de la acción de nulación. Es decir, un resultado mucho menos continuista que el propósito que aparentemente la motiva.

¹²⁴⁰ M. Robertson, “Cross-border insolvency...”, *cit.*, 134-135.

¹²⁴¹ Respecto a este punto vide el Capítulo III.B.2.c.

¹²⁴² Considerando 23 RI.

404. El segundo de los escenarios descritos hace referencia a las acciones de anulación que afectan a una parte sometida a un procedimiento concursal abierto fuera del territorio de aplicación del Reglamento de Insolvencia. En estos casos, el régimen conflictual de la acción tendrá que conjugarse con las soluciones de Derecho concursal trasfronterizo también previstas por normas de origen interno. Cada Estado recurrirá a los mecanismos previstos en su ordenamiento para resolver este tipo de situaciones. En el caso español, parece aconsejable acudir a una interpretación sistemática de los dos regímenes, tal y como permite el art. 3.1 CC, de modo que el tenor y la finalidad de cada uno de ellos puedan emplearse para guiar la correcta aplicación del otro.

Sobre esta base, es posible afirmar que la mejor forma de garantizar la efectividad del reconocimiento de la insolvencia extranjera es mediante la integración de las normas concursales en el seno de los causales arbitrales de anulación.¹²⁴³ Una solución, no obstante, que solo operará en relación con aquellas cuestiones que puedan considerarse como “efectos concursales”.

405. La viabilidad de esta construcción viene facilitada por el hecho de que varios de los causales de anulación potencialmente relevantes para acomodar la situación de insolvencia no prevén su régimen de ley aplicable de forma expresa, sino que éste se determina a través de la interpretación sistemática del art. 41 LA. Así, en vez de acudir al art. 9.6 LA para analizar la validez y efectividad de convenio arbitral tras la declaración concursal, habrá que acudir a la *lex fori concursus* en virtud de los arts. 200 y 223 LC. Igualmente, en cuanto al causal de arbitrabilidad, el propio art. 41.2 LA establece expresamente que su definición ha de incluir “los intereses cuya defensa le[s] está legalmente atribuida” al juez español y al Ministerio Fiscal. No cabe duda de que el respeto a la normativa prevista en la Ley Concursal, incluso la de Derecho internacional privado, cae dentro de ese deber de protección. De hecho, el art. 12.6 LC prevé que “los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español”. Por tanto, cuando uno de los efectos que produce el procedimiento de insolvencia extranjero, y cuyo reconocimiento se deriva directamente del art. 223 LC, sea que la disputa pierde su arbitrabilidad objetiva o subjetiva, el juez español podrá invocar esta razón a través del causal previsto en el art. 41.1.e) LA, en vez de acudir a los puntos de conexión alternativos del art. 9.6 LA.

¹²⁴³ En línea con lo que se expuso en el Capítulo III.B.2.c, la validez de esta solución queda supeditada a que la insolvencia extranjera sea efectivamente reconocida por los tribunales españoles. En ausencia de este reconocimiento, la insolvencia no producirá ningún efecto jurídico en el territorio español y el régimen conflictual de anulación deberá permanecer inalterado.

El único causal que podría encontrar mayor dificultad interpretativa sería el relativo a las adaptaciones procedimentales necesarias para acomodar el arbitraje a la situación concursal, pues la norma de conflicto para determinar la ley aplicable al procedimiento arbitral se prevé en el propio art. 41.1.d) LA. En estos casos, el juez español tendrá que superar la colisión directa de regímenes a través de una de las dos siguientes opciones. O recurrir a una interpretación *contra legem* del precepto que permita garantizar la eficacia del reconocimiento pleno de la insolvencia extranjera, o subsumir el supuesto en el causal del orden público. Parece que la primera constituye la alternativa más apropiada. En línea con los apuntes realizados en el escenario anterior, no parece conveniente decantarse por una alternativa que requiere dotar al orden público de una definición tan amplia con respecto a un laudo internacional que no afecta al Derecho concursal sustantivo español ni cercena la regla de la *par conditio creditorum* material, pues no es hasta la ejecución del mismo que existe una reducción efectiva de la masa concursal.

4. La inusual acción por fraude arbitral de la Ley Concursal

406. Además de los medios ordinarios de impugnación del laudo previstos en la legislación arbitral (acciones de anulación y de revisión), varios preceptos de la Ley Concursal hacen referencia a la posibilidad de que la administración concursal pueda promover ciertas acciones impugnatorias en relación con el arbitraje. En concreto, el art. 53.2 LC dispone que la eficacia plena que el propio art. 53.1 LC reconoce a los laudos dictados antes o después de la apertura del concurso¹²⁴⁴ ha de entenderse “sin perjuicio de la acción que asiste a la administración concursal para impugnar los convenios y procedimientos arbitrales en caso de fraude”. Con algo más de detalle se expresa el art. 86.2 LC, que establece que

“la administración concursal podrá impugnar en juicio ordinario y dentro del plazo para emitir su informe, los convenios o procedimientos arbitrales en caso de fraude, conforme a lo previsto en el artículo 53.2”.

La determinación del régimen de Derecho internacional privado de esta acción de impugnación por fraude requiere, de antemano, esclarecer el alcance y la naturaleza de la misma, una tarea harto confusa. En efecto, más allá de los preceptos citados, la legislación concursal mantiene completo silencio al respecto, lo que ha derivado en una amplia variedad

¹²⁴⁴ Vide el apartado B.1.a de este Capítulo para un análisis de este precepto.

de interpretaciones en relación con el contenido específico que esta acción debería albergar. Las únicas conclusiones firmes que comparten los estudios realizados sobre la misma a nivel doméstico son la deficiencia de la técnica regulatoria empleada por el legislador, la pobreza de la redacción de los preceptos, el difícil encaje de la acción dentro de los sistemas arbitrales y concursales, y la insuficiencia de los largos antecedentes legislativos de la Ley Concursal para sugerir una interpretación unívoca de la norma.¹²⁴⁵ Ante esta situación, se impone la necesidad de defender aquella interpretación que desde un punto de vista sistemático y funcional pueda suplir con más coherencia y cordura la deficiencia del legislador.

Las mayores dudas se centran, en primer lugar, en determinar si el verdadero objeto de la impugnación son “los convenios y procedimientos arbitrales”, como reza el tenor literal de la Ley, o si, en realidad, la acción ha de dirigirse contra el laudo derivado de la maquinación fraudulenta. Por otra parte, tampoco resulta claro si la naturaleza jurídica de la acción coincide con la de las acciones de anulación y revisión, de modo que los preceptos estudiados servirían únicamente para confirmar la legitimación activa de la administración concursal o si, por el contrario, el legislador quiso crear una acción autónoma con respecto de las previstas en la normativa arbitral.

407. Las contradicciones interpretativas ínsitas en la historia legislativa de los preceptos aquí estudiados quedan evidenciadas en la primera de las cuestiones planteadas. Así, mientras el art. 169.3º del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 proponía un régimen de impugnación dirigido al compromiso o juicio arbitrales “antes de que sea emitido” el laudo,¹²⁴⁶ las iniciativas posteriores eliminaron esa delimitación temporal sin ningún tipo de explicación y, por tanto, expandieron el posible ámbito objetivo de la acción. En concreto, tanto en el Anteproyecto de 7 de septiembre de 2001 como en el Proyecto de 5 de julio de 2002, el art. 52.2 (que devendría art. 53.2) mantenía la posibilidad de impugnación de convenios y procedimientos pero remitía su regulación a “lo dispuesto en la Ley 36/1988 de 5 de diciembre, de Arbitraje, y demás que sean de aplicación”. De manera desconcertante, el

¹²⁴⁵ Con respecto a la historia legislativa de esta acción, vide con detalle M. F. Martín Moral, “Impugnación de convenios...”, *cit.*, 293-298.

¹²⁴⁶ En concreto, el precepto disponía que “Si declarado el concurso el deudor hubiese otorgado un contrato de compromiso sin que el juicio arbitral haya terminado por el laudo emitido por los árbitros, conservará el compromiso toda su eficacia y surtirá el laudo plenos efectos, a no ser que, antes de que sea emitido el síndico impugne el compromiso o juicio por entenderlo contrario a los intereses de la masa. De producirse la impugnación, el Juez del concurso lo comunicará a los árbitros para que sustentan el juicio arbitral hasta que aquella se decida, y el tiempo que transcurra a consecuencia de la misma no se tendrá en cuenta para el cómputo del plazo concedido a los árbitros de los comprometidos”.

articulado de la Ley de 1988 (como también hace la Ley de Arbitraje) únicamente preveía acciones ejercitables contra el laudo.¹²⁴⁷

Frente a este vaivén, no cabe duda de que una interpretación literal de los arts. 53.2 y 86.2 LC abogarían por restringir el objeto de la acción a los convenios y procedimientos arbitrales fraudulentos, como ha entendido una parte importante de la doctrina.¹²⁴⁸ Incluso, algún autor ha defendido que “no tendría sentido alguno” entender que la acción pudiera ejercitarse contra laudos arbitrales, pues dicha posibilidad ya estaría disponible mediante las vías de impugnación ordinarias previstas en la legislación arbitral.¹²⁴⁹ Sin embargo, esta postura ignora la verdadera *raison d'être* de la acción. Con ella, el legislador pretende evitar que el concursado y terceras partes puedan recurrir a la vía arbitral con el fin de obtener (con o sin la connivencia de los árbitros) una resolución firme y ejecutable mediante la que se reconozca artificialmente un crédito contra una de ellas o se altere la cuantía real de un crédito ya existente.

Además de la forma ordinaria consistente en un laudo final que resuelva el fondo del asunto, esta práctica podrá llevarse a cabo mediante el laudo transaccional por el que las partes acuerden dar por terminada total o parcialmente la disputa (art. 36 LA)¹²⁵⁰ o mediante el laudo no contradictorio que recoja la renuncia o allanamiento de una de las partes (art. 38.2.c) LA). Es cierto, no obstante, que en el caso de los acuerdos transaccionales, su plasmación en forma de laudo queda condicionada por el art. 36 LA a que los árbitros no aprecien motivo para

¹²⁴⁷ De hecho, el Informe del Consejo General de la Abogacía Española al Anteproyecto de la Ley Concursal de 2001 de 14 de noviembre del mismo año, entendió que era innecesaria la referencia del actual 53.2 pues “es obvio que el Arbitraje puede impugnarse, después de su firmeza, del mismo modo que las sentencias, es decir, a través del recurso de revisión, y así lo establece la Ley de Arbitraje”. Asimismo, la Enmienda núm. 280, de modificación, presentada por el Grupo Parlamentario socialista al Proyecto de Ley Concursal (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Serie A, Proyectos de Ley, 2 diciembre 2002, núm. 101-15, 199) no solicitaba la eliminación de la referencia a la Ley del 1988 por su desacierto, sino por la conveniencia de evitar la alusión concreta y determinada a una Ley, sobre todo teniendo en cuenta que en ese mismo periodo la Ley de Arbitraje se encontraba en pleno proceso de elaboración.

¹²⁴⁸ P. Iñiguez Ortega, “Los efectos...”, *cit.*, 202. En este mismo sentido, L.A. Soler Pascual, “Efectos de...”, *cit.*, 37; F. Cordon Moreno, “Las relaciones...”, *cit.*, 31; R. Bellido Penadés, “Artículo 53: Sentencias y laudos firmes” en E. Beltrán Sánchez y A. Rojo Fernández-Río (coord.) *Comentario...*, *cit.*, Vol. 1, 1017, 1019; N. Bermejo Gutiérrez “Artículo 86: Reconocimiento de créditos” en E. Beltrán Sánchez y A. Rojo Fernández-Río (coords.) *Comentario...*, *cit.*, Vol. I, 1542, 1550; J. M. Ribelles Arellano, “Artículo 53. Sentencias y laudos firmes” en M.A. Fernández Ballesteros (coord.) *Derecho concursal práctico* (Madrid: Iurgium, 2004) 290; C. Duro Ventura, “Artículo 53. Sentencias y laudos firmes” en A. Palomar Olmeda (coord.), *Comentarios a la legislación concursal* (Madrid: Dykinson, 2003) 547; y J. M. Asencio Mellado, “Artículo 53...”, *cit.*, 644.

¹²⁴⁹ P. Martínez-Gijón Machuca, “Efectos de...”, *cit.*, 94.

¹²⁵⁰ Como reconoce el art. 36.2 LA, los laudos consensuados “tendrán la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio” y surtirán plenos efectos de cosa juzgada. Un supuesto paradigmático de esta práctica fraudulenta lo ofrece la Sentencia de la Cour d’appel de Paris, 1ª Ch. (section C), de 9 abril 2009, caso nº 07/17769, en *Receivers of Viva Chemical (Europe) NV [Belgium] v Allied Petrochemical Trading & Distribution LC (Isle of Man)*, disponible en J. Kirby y D. Bensaude, “A View...”, *cit.*, 4.

oponerse, lo que incluye cuestiones relativas a la capacidad de disponer sobre la cosa litigiosa.¹²⁵¹ En situaciones concursales, este requisito incluirá el mandato general del art. 54.1 LC, según el cual cualquier pretensión de allanamiento, transacción, desistimiento o renuncia por parte del deudor que pueda afectar a su patrimonio deberá estar autorizada por la administración concursal si el deudor está sometido a suspensión de sus facultades.

408. Sobre esta base, el ejemplo paradigmático del escenario cubierto por la acción de impugnación se referirá a los laudos condenatorios dictados contra el concursado, de modo que la administración tenga que respetar “necesariamente” (art. 86.2 LC) el contenido de tal pronunciamiento, añadiendo el crédito reconocido a la lista de acreedores o incrementando la cuantía del mismo. Igualmente, quedarán incluidos los escenarios en los que el recurso artificioso al arbitraje permita a las partes eliminar o reducir un crédito a favor del concursado y así evitar que los recursos provenientes de una eventual satisfacción del mismo acaben siendo empleados, por imperativo concursal, para el pago a los acreedores del deudor insolvente. La inclusión de ambos casos permitirá al legislador atajar los ardides, argucias, artilugios o maniobras que emplean el arbitraje como un mecanismo para menoscabar el principio de *par conditio creditorum* y, en consecuencia, para favorecer los intereses individuales de algunas partes en perjuicio del interés colectivo del concurso.¹²⁵² Una práctica que, dicho sea de paso y salvo en los casos de decisión *ex aequo et bono*, también puede canalizarse a través de la vía judicial, lo que hace criticable que ni el art. 53.2 LC ni el art. 86.2 LC extiendan la acción de impugnación a sentencias fraudulentas.¹²⁵³

Desde esta perspectiva, ni la mera existencia de un convenio arbitral ni la simple tramitación de un procedimiento arbitral producen *per se* un daño concreto y tangible sobre la masa concursal. Así, se ha dicho con razón que resulta difícil identificar el elemento fraudulento en una cláusula arbitral que todavía no ha sido activada,¹²⁵⁴ esto es, en el solo hecho de que el concursado haya optado por la sumisión a arbitraje de una posible disputa futura. Similar

¹²⁵¹ Así lo afirma N. Cabezudo Rodríguez, “Artículo 36. Laudo por acuerdo de las partes” en J. Garberí Llobregat (dir.) *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje* (Barcelona: Bosch, 2004) t. II, 855, 861.

¹²⁵² Vide P. Iñiguez Ortega, “Los efectos...”, *cit.*, 206-207 y N. Bermejo Gutiérrez, “Artículo 86...”, *cit.*, 1551. Curiosamente, ambos defensores de una acción de impugnación restringida a convenios y procedimientos arbitrales. En contra, P. Martínez-Gijón Machuca, “Efectos de...”, *cit.*, 95, quien defiende que “La verdadera finalidad de dicho precepto es impedir que se incluyan en la lista de acreedores aquellos créditos que tengan su origen en convenios o procedimientos arbitrales tramitados en fraude de los intereses del concurso”, independientemente del perjuicio económico que se pueda derivar de ello para la masa de acreedores.

¹²⁵³ Así lo apuntaba el Grupo Parlamentario Mixto, que en su enmienda núm. 18 al Proyecto de Ley Concursal calificaba a la acción de superflua y discriminatoria y, en consecuencia, abogaba por la eliminación de la misma o, cuanto menos, por su modificación para la inclusión en iguales términos de sentencias fraudulentas (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Serie A, Proyectos de Ley, 2 diciembre 2002, núm. 101-15, 104).

¹²⁵⁴ F. Cordón Moreno, “Artículo 53...”, *cit.*, 623.

razonamiento puede profesarse incluso en relación a los procedimientos arbitrales que todavía no han dado lugar a un laudo condenatorio. Si bien en esos casos el art. 87.3 LC prevé su inclusión nominal en la lista de acreedores como crédito contingente, dicha inclusión se realiza en todo caso “sin cuantía propia” y privando a su titular del ejercicio de todos “los derechos de adhesión, de voto y de cobro”. Se desprende de ello que el verdadero instrumento que permite perpetrar el fraude y cristalizar el perjuicio no es la institución del arbitraje en general sino el laudo que deriva de él, en tanto que resolución que se beneficia de un tratamiento privilegiado en el seno del concurso (arts. 53.1 y 86.2 LC).¹²⁵⁵

409. Este razonamiento no puede llevar a concluir que la cobertura de la acción por fraude alcanza tanto los convenios y procedimientos arbitrales como los laudos, como ha defendido algún autor,¹²⁵⁶ pues ello ignoraría la localización sistemática de los preceptos. El art. 53 LC está exclusivamente dedicado a resoluciones judiciales y arbitrales, y así lo indica el título del mismo (“Sentencias y laudos firmes”). El art. 86.2 LC, por su parte, está dedicado a la inclusión de créditos contenidos en “sentencias y laudos” y, por tanto, no cubre ni convenios ni procedimientos arbitrales, que carecen de entidad para ser fuente directa de obligaciones pecuniarias definitivas. Como ya se ha dicho, para los créditos litigiosos objeto de tales procedimientos el art. 87.3 LC prevé un régimen distinto, donde no existe mención alguna a la posibilidad de impugnación por parte de la administración concursal.

El acierto de esta postura encuentra confirmación en la regulación del arbitraje contenida en la Ley Concursal con antelación a la reforma introducida por la Ley 11/2011. En efecto, como quedó expuesto en el Capítulo III, la redacción del art. 52.1 LC previa a la reforma disponía que “los convenios arbitrales en que sea parte el deudor quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso”. Sobre esta base, y a pesar de que el art. 52.2 LC permitiera la continuación de los procedimientos arbitrales en trámite en el momento de la apertura del concurso, hubiera constituido una incoherencia interna grave que el propio legislador reconociera en el artículo inmediatamente posterior la posibilidad de impugnar convenios arbitrales que ya habían sido declarados inoperativos *ope legis*.¹²⁵⁷ La posibilidad de impugnar convenios y procedimientos cobraba sentido únicamente en el contexto de un régimen que

¹²⁵⁵ Vide el apartado B.1.a de este Capítulo para un análisis de estos preceptos.

¹²⁵⁶ E. Verdera y Tuells, “Reflexiones preliminares...”, *cit.*, 46.

¹²⁵⁷ En el mismo sentido, F. Cordon Moreno, “Artículo 53...”, *cit.*, 623.

respetaba la validez y eficacia de (ciertos) convenios arbitrales, como era el caso del ya mencionado art. 169.3º del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983.¹²⁵⁸

Por tanto, es posible concluir que la acción por fraude no puede ejercitarse contra convenios o procedimientos arbitrales sino que ha de ir dirigida en todo caso contra laudos arbitrales, cuya existencia previa constituye un requisito *sine qua non*.¹²⁵⁹ Así se ha pronunciado también la escasa jurisprudencia al respecto.¹²⁶⁰ Ello no obsta a que elementos fácticos evidenciados durante la tramitación del arbitraje o en la propia conclusión del convenio puedan ser empleados como prueba de la intención torticera de las partes.

410. La circunscripción de la acción por fraude a laudos arbitrales obliga a esclarecer su naturaleza jurídica *vis-à-vis* la acción de anulación y la acción de revisión, cuyo objeto es también la impugnación de laudos. En efecto, la equiparación con cualquiera de estas acciones convertiría a los arts. 53.2 y 86.2 LC en meros confirmadores de la legitimación activa de la administración concursal para su interposición.¹²⁶¹ Reducir la función de estos preceptos a un nivel tan secundario e, incluso, redundante, ignoraría que el régimen de legitimación ya viene previsto con mucha mayor claridad en el art. 54 LC.

De acuerdo con este artículo, cuando el deudor concursal haya sido sometido al régimen de suspensión de las facultades de administración y disposición, corresponderá a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal (art. 54.1 LC). Por su parte, en casos de intervención, la interposición de esas demandas está sometida a la conformidad de la administración, aunque el deudor conserve la capacidad para actuar en juicio. Además, si la administración estimara conveniente a los intereses del concurso la interposición de una demanda y el deudor se negara a formularla, el juez del concurso podrá autorizar a aquélla para interponerla (art. 54.2 LC). Si estos preceptos bastan para articular la participación de la administración en las acciones de anulación y de revisión,

¹²⁵⁸ Aunque el primer inciso del art. 169 establecía la pérdida de valor y efecto de “las cláusulas compromisorias o contratos preliminares de arbitraje suscritos por el deudor” y el segundo inciso ordenaba el sobreseimiento de los procedimientos judiciales de formalización de “contratos de compromiso” (acuerdos de sumisión a arbitraje concluidos respecto a una disputa específica y tras el surgimiento de la misma), el tercer inciso respetaba la eficacia de aquellos contratos de compromiso que ya hubieran sido formalizados con anterioridad a la declaración del concurso. Tal distinción entre varios tipos de convenios arbitrales no perdura en la legislación arbitral vigente.

¹²⁵⁹ En este sentido, M. F. Martín Moral, *El concurso...*, cit., 255; J. Alonso-Cuevillas Sayrol, “Comentario al artículo 53” en A. Salas Reixachs, F. Mercadal Vidal y J. Alonso-Cuevillas Sayrol (coords.) *Nueva Ley...*, cit., 297, 299; M. Marín López, “Comentario al artículo 53 LC” en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.) *Comentarios...*, cit., t.1, 527, 533; y A. Rodríguez Merino, “Artículo 53”, en J. Sánchez-Calero y V. Guilarte (dirs.), *Comentarios...*, cit., vol. I, 1020, 1022.

¹²⁶⁰ Sentencias de la AP Islas Baleares (Sección 5ª), de 16 abril 2012 y de 11 octubre 2010, así como la Sentencia del JM Madrid (núm. 5), de 7 octubre 2010.

¹²⁶¹ Así lo defiende M. Marín López, “Comentario al artículo 53...”, cit., 533.

los arts. 53.2 y 86.2 LC han de cumplir un propósito más sustantivo que confiera a la acción de impugnación por fraude un carácter autónomo e independiente.¹²⁶² Ello se aprecia tanto desde un punto de vista procesal como teleológico.

411. Desde la perspectiva procesal, la acción por fraude cuenta con una regulación propia en materia de procedimiento, competencia judicial y plazo de interposición. Así, el art. 86.2 LC remite la tramitación de la acción por fraude al juicio ordinario previsto en los arts. 399 *et seq* LEC, lo que la distingue del juicio verbal empleado para las acciones de anulación y de revisión (arts. 42.1 LA y 514.2 LEC). La opción en favor de este procedimiento, altamente criticada en la doctrina por su duración y coste,¹²⁶³ excluye la posibilidad de emplear la vía del incidente concursal para resolver estas impugnaciones,¹²⁶⁴ en contra del régimen propuesto en el Anteproyecto de 1983. Asimismo, impide su inclusión dentro de las materias cubiertas por la regla de *vis attractiva concursus* prescrita en los arts. 8 LC y 86 ter.1 LOPJ, ni siquiera con respecto a las acciones civiles con trascendencia patrimonial (apartado 1º), pues todas ellas han de resolverse por la vía incidental (art. 192.1 LC). Esta solución también aleja a la acción por fraude de las “acciones rescisorias y demás de impugnación”, que también son remitidas expresamente por el art. 71.4 LC al cauce del incidente concursal.

La no operatividad de la *vis attractiva* en relación con la acción de impugnación produce una importante consecuencia competencial. La acción no puede ser resuelta por el Juez del concurso. Tampoco puede atribuirse competencia a los Juzgados Mercantiles en virtud de los criterios adicionales contenidos en art. 86 ter.2 LOPJ. Por tanto, las normas jurisdiccionales de alcance genérico previstas en los arts. 85.1 LOPJ y 45 LEC convierten a los Juzgados de Primera Instancia en los tribunales competentes para resolver estas acciones. Con ello se acentúa el distanciamiento de las mismas con respecto a las acciones de anulación y revisión,

¹²⁶² Así lo entienden también, entre otros, M. F. Martín Moral, *El concurso...*, cit., 250-263; P. Martínez-Gijón Machuca, “Efectos de...”, cit., 94; R. de Ángel Yágüez y J. Hernando Mendivil, “Artículo 53. Sentencias y laudos firmes” en P. Prendes Carril, *Tratado Práctico...*, cit., 336, 338; J. L. González Montes, “Arbitraje y...”, cit., 398; F. Cordon Moreno, “Las relaciones...”, cit., 31; I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso...*, cit., 136; A. López Ortiz, “Spain: the new Spanish Insolvency Act and Arbitration” (2005) 8(2) *International Arbitration Law Review* 22-23.

¹²⁶³ P. Martínez-Gijón Machuca, “Efectos de...”, cit., 97; E. Valpuesta Gastaminza, “Artículo 86” en F. Cordon Moreno (dir.), *Comentarios...*, cit., vol. II, 985, 989-990; R. De Ángel Yágüez y J. Hernando Mendivil, “Artículo 53...” cit., 341; M. Marín López, “Comentario al artículo 53...” cit., 534; F. Mercadal Vidal, “Comentario al artículo 86” en A. Salas Reixachs, F. Mercadal Vidal y J. Alonso-Cuevillas Sayrol (coords.) *Nueva Ley...*, cit., 430, 432; J. M. Asencio Mellado, “Artículo 86. Reconocimiento de créditos” en E. Gallego Sánchez (coord.), *Ley Concursal...*, cit., 1001, 1004. De forma aislada, N. Bermejo Gutiérrez “Artículo 86...” cit., 1549 defiende la posibilidad de tramitar la acción a través de incidente concursal.

¹²⁶⁴ El incidente no es un juicio ordinario, como explica con detalle M. Díaz Martínez, *El incidente...*, cit., 14-15 y 39 (con referencia específica a la acción de impugnación por fraude). En el mismo sentido, vide las Sentencias de la AP Asturias (Sección 1ª), de 20 febrero 2009 y de 2 noviembre 2007.

que quedan sometidas (respectivamente) a la jurisdicción de las Salas de lo Civil y lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.¹²⁶⁵

En cuanto al plazo para su interposición, el art. 86.2 LC también proporciona un régimen autónomo con respecto a otras acciones y lo hace coincidir con el periodo durante el que la administración ha de presentar su informe. En condiciones generales, este plazo comprende los dos meses posteriores a la aceptación del cargo por parte de la administración (art. 74.1 LC). Cuando el concurso se tramite por procedimiento abreviado, el art. 191.2 LC prevé el plazo de un mes prorrogable en 15 días para la presentación del informe, lo que repercutirá también en el plazo de interposición de la acción. Ninguno de estos escenarios coincide con el régimen aplicable a la acción de anulación, que ha de ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a la notificación del laudo (art. 41.4 LA). Tampoco coincide con el de revisión, cuya interposición es posible dentro del plazo de cinco años desde la fecha de la publicación de la sentencia que se pretende impugnar (art. 512.1 LEC).

Además, la opción de la Ley Concursal de desvincular el periodo de ejercicio de la acción por fraude del momento de emisión del laudo puede resultar problemática en aquellos casos en los que el laudo sea dictado una vez la administración ha presentado su informe. Dado que los créditos reconocidos por dichos laudos pueden ser adicionados a la lista de acreedores a través del procedimiento de modificación previsto en los arts. 96 bis.1 y 97.3.4º LC, y su régimen seguirá siendo el prescrito por el art. 86.2 LC, una interpretación que sostuviera la preclusión de la acción frustraría los objetivos tuitivos del legislador al diseñar la acción y permitiría maquinaciones dirigidas precisamente a que el laudo fuera dictado una vez transcurrido el plazo ordinario de interposición. Por tanto, deberá entenderse que, siempre y cuando el laudo fuera dictado y comunicado “antes de que recaiga la resolución por la que se apruebe la propuesta de convenio o se presenten en el juzgado los informes previstos en los apartados segundo de los artículos 152 y 176 bis” (art. 97 bis. 1 LC),¹²⁶⁶ la administración continuará legitimada para el ejercicio de la acción. En esos supuestos, no obstante, el plazo de interposición deberá acortarse por exigencias procedimentales a un periodo de 10 días, en línea con el previsto para la impugnación de las decisiones de la administración relativas a la admisión de nuevos créditos en la lista de acreedores (art. 97 bis.2 LC).

¹²⁶⁵ Art. 8.5 LA para acciones de anulación y art. 509 LEC para acciones de revisión, con la excepción de las impugnaciones basadas en derecho civil, especial o foral, que se remiten a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia si así ha sido establecido en el correspondiente Estatuto de Autonomía (art. 73.1.b LOPJ).

¹²⁶⁶ Pues más tarde ya no pueden añadirse créditos a la lista.

412. Junto con estos aspectos procesales, también es posible escindir la acción de impugnación de las acciones de anulación y de revisión a la luz de su objeto. Es decir, aunque las prácticas fraudulentas puedan subsumirse potencialmente dentro de las tres acciones, el tipo de fraude que cada una de ellas cubre no es el mismo. Y ello a pesar de que las tres pretendan genéricamente impugnar el valor de cosa juzgada del laudo con efectos *ex tunc*, esto es, como si entre las partes no se hubiese realizado un proceso anterior y nunca se hubiere dictado un laudo firme sobre ellas.¹²⁶⁷

En este sentido, ya ha quedado dicho que la acción de impugnación por fraude va dirigida principalmente a atajar la eficacia de los laudos arbitrales que derivan del ardid malicioso planificado entre el concursado y una tercera parte (probablemente un acreedor) con el fin de producir un beneficio individual en perjuicio del interés colectivo del concurso. Esto es, un fraude consensuado o bilateral. Por el contrario, la acción de revisión por fraude regulada en el art. 510.4º LEC persigue la existencia de una conducta dolosa o cuanto menos maliciosa llevada a cabo por quien obtuvo la resolución impugnada con el fin de impedir, dificultar u obstaculizar la defensa del adversario y así asegurar el éxito de la demanda.¹²⁶⁸ De esta delimitación deriva que la acción de revisión no es una acción que dé cabida al fraude derivado del acuerdo de las partes, sino que la jurisprudencia del Tribunal Supremo la ha restringido voluntaria y exclusivamente a las maquinaciones de una parte en perjuicio de la otra, esto es, “al aprovechamiento deliberado de determinada situación que merece ser calificada como grave irregularidad procesal, al originar en la otra parte indefensión”.¹²⁶⁹

La regulación de la legitimación activa de la acción confirma esta concepción, pues la interposición queda limitada exclusivamente a “quien hubiere sido parte perjudicada por la sentencia firme impugnada [entiéndase laudo]” (art. 511 LEC). Esto es, es la contraparte y no un tercero quien puede solicitar la revisión. Esta interpretación restrictiva es, además, acorde con la posición mantenida por la doctrina y la jurisprudencia a favor de que los mecanismos impugnatorios de la cosa juzgada se entiendan siempre como recursos restringidos y excepcionales, de modo que no se rompa el frágil equilibrio entre la seguridad jurídica que deriva de una resolución firme y la necesidad del estado de facilitar la existencia de justicia material.¹²⁷⁰

¹²⁶⁷ Sentencia del TS (Sala de lo Civil) de 30 junio 2010, con respecto a la acción de revisión.

¹²⁶⁸ Sentencias del TS (Sala de lo Civil) de 15 y 19 noviembre 2010.

¹²⁶⁹ Sentencia del TS (Sala de lo Civil) de 6 mayo 2011.

¹²⁷⁰ Vide S. Barona Vilar, “Artículo 43...”, *cit.*, 1844, citando las Sentencias del TS (Sala de lo Civil) de 9 mayo 2011, de 15 noviembre 2010, de 27 enero 2009, de 3 mayo 2007 y de 27 marzo 2007.

Por su parte, para que una conducta fraudulenta sea impugnada a través de la acción de anulación es requisito necesario que sea incardinable en uno de los causales contenidos en el art. 41 LA. Aunque el fraude *per se* no consta expresamente, estos preceptos permiten la anulación del laudo cuando vicios en la tramitación del procedimiento hayan producido la vulneración del derecho de defensa de una de las partes.¹²⁷¹ Sin embargo, la redacción de estos causales refleja la misma perspectiva “unilateral” que caracteriza la acción de revisión, de modo que el legislador basa la regulación en la idea de que la conducta impugnada ha sido orquestada por una de las partes en perjuicio de la otra. Y, por tanto, la delimitación de la legitimación activa en el caso de la anulación vuelve a confirmar esta interpretación, pues son solo las partes intervinientes en el arbitraje las legitimadas para solicitar la anulación del laudo. No es posible que un tercero ajeno al arbitraje interponga la demanda de anulación en contra de las dos partes intervinientes.¹²⁷² Por esa razón, incluso si fuera viable incluir la práctica fraudulenta dentro de la excepción de orden público del art. 41.1.f) LA, los requisitos procesales de la acción impedirían la interposición de la misma por parte de la administración. En estos escenarios, la acción de impugnación ofrece una alternativa válida.

En efecto, la acción de impugnación legitima a la administración concursal para comenzar un procedimiento tanto contra el deudor concursal como contra la contraparte arbitral, e incluso también contra los miembros del tribunal.¹²⁷³ De hecho, tal legitimación se concede a la administración de forma exclusiva. Por ello, el deudor no estará autorizado a recurrir a esta acción para impugnar el laudo, sino que tendrá que acudir a los canales ordinarios habilitados por la legislación arbitral para tal fin. Igualmente, si terceras partes u otros acreedores fueran conocedores de la posible existencia de una práctica fraudulenta, no podrán accionar el procedimiento por sí mismos, sino que tendrán que poner los hechos en conocimiento de la administración. Ello, no obstante, no debería impedir que pudiera plantearse su personación

¹²⁷¹ Entre ellos, cuando una de las partes “no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos” (letra b), cuando “los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión” (letra c) o cuando “la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley” (letra d).

¹²⁷² J. M. García-Quílez Gómez, “Arbitraje y deudor...”, *cit.*, 2784. Igualmente se pronuncian C. Bouckaert y R. Dupeyré, “La participación de terceros en el arbitraje internacional” (2010) 9 *Revista del Club Español del Arbitraje* 83, 100, con referencia al derecho francés y belga. En contra, C. Martín Brañas, “La acción de anulación frente a laudos arbitrales: especial referencia a su tramitación procedimental” (2006) 3 *Foro, Nueva Época*, 130 y L.A. Cucarella Galiana, *El procedimiento arbitral...*, *cit.*, 216.

¹²⁷³ Sin perjuicio de la acción por responsabilidad que contra los mismos puede ejercitarse en virtud del art. 21.1 LA.

durante la tramitación de acuerdo con las normas de intervención de terceros en el juicio ordinario previstas en el art. 13 LEC.¹²⁷⁴

El peculiar posicionamiento del deudor en esta impugnación también producirá que, en aquellos casos en que sus facultades de administración y disposición hayan sido suspendidas, las tareas de representación y defensa no puedan atribuirse a la administración concursal, que ya ocupará la posición actora. Será necesario reconocer al concursado plena capacidad procesal para actuar dentro de los confines específicos del procedimiento de impugnación y permitirle contar con una representación y defensa separadas en línea con el art. 54.3 LC.¹²⁷⁵ Con ello se salvará la aparente inviabilidad procesal de la acción apuntada por algún autor.¹²⁷⁶

413. Pues bien, todos los elementos empleados en este análisis para demostrar que la acción de impugnación goza de sustantividad propia son los que permiten también determinar su régimen de Derecho internacional privado en casos de concursos trasfronterizos y/o arbitrajes extranjeros. En efecto, como ya quedó expuesto en el primer epígrafe de esta Sección, la concreción de la competencia judicial internacional en escenarios de insolvencia gobernados tanto por el Reglamento europeo como por el régimen interno reposa fundamentalmente sobre la separación entre acciones concursales (aquellas que deriven directamente del procedimiento de insolvencia y que guarden inmediata relación con éste) y acciones no concursales. Desde esta perspectiva, la impugnación por fraude es una acción prevista exclusivamente por la legislación concursal, cuyo ejercicio se reserva únicamente a la administración concursal y cuyo objetivo persigue proteger el interés colectivo de los acreedores. Todos ellos criterios empleados tradicionalmente por la jurisprudencia de la Unión para identificar la naturaleza concursal de una acción.¹²⁷⁷

Como consecuencia, el tratamiento de Derecho internacional privado no puede coincidir con el de acciones no concursales como las de anulación o revisión. Al contrario, la pretensión de impugnación por fraude ha de quedar comprendida en las materias cubiertas por los arts. 3 RI y 11 LC y, por tanto, la competencia para su resolución residirá de forma exclusiva y excluyente en el Estado de apertura del procedimiento de insolvencia, incluso cuando el

¹²⁷⁴ F. Mercadal Vidal, “Comentario al artículo 86...”, *cit.*, 432.

¹²⁷⁵ P. Martínez-Gijón Machuca, “Efectos de...”, *cit.*, 96. Ello puede incluso requerir el recurso al beneficio de justicia gratuita si se cumplieran los requisitos previstos en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (BOE núm. 10, de 12 enero 1996).

¹²⁷⁶ M. F. Martín Moral, *El concurso...*, *cit.*, 258 y M. Marín López, “Comentario al artículo 53...”, *cit.*, 534.

¹²⁷⁷ Vide, con detalle, Capítulo II.B.1.

arbitraje haya sido tramitado en otro Estado y sin perjuicio de que la competencia sobre la acción de anulación corresponda a los tribunales de la sede.¹²⁷⁸

Por último, esta conclusión no puede alterarse por el hecho de que la propia legislación concursal interna excluya la acción de la *vis attractiva* del juez concurso y someta su resolución a los Juzgados de Primera Instancia. En línea con el art. 25.1.II RI, el Tribunal de Justicia ha reconocido expresamente la posibilidad de que materias de naturaleza concursal no sean resueltas necesariamente por el juez del concurso sino por otra autoridad dentro del mismo Estado.¹²⁷⁹

B. La eficacia de los laudos arbitrales contra partes insolventes

414. El fin último de cualquier mecanismo heterocompositivo que pretenda resolver controversias comerciales de forma eficaz es la obtención de una decisión de contenido declarativo o de condena que dote a la parte vencedora de título suficiente para acudir a los órganos judiciales en caso de incumplimiento por la parte vencida. Éste ha sido tradicionalmente uno de los principales baluartes del arbitraje comercial internacional, sobre la base de que la Convención de Nueva York ofrece un régimen favorable para el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros en más de 150 Estados. Los incentivos y la posibilidad material del cumplir voluntariamente con un pronunciamiento arbitral disminuyen sustancialmente en situaciones concursales.¹²⁸⁰ Sin embargo, no quiere ello decir que el recurso a la Convención para obtener la satisfacción individual del crédito sea siempre una opción apropiada en estos casos, sino que la propia circunstancia concursal relativiza la utilidad de ese régimen y somete su operatividad a fuertes condicionantes.

Así, no cabe duda de que la naturaleza colectiva de los procedimientos de insolvencia convierte al foro concursal en el fin natural de todas las resoluciones dictadas contra el deudor. Es allí donde los acreedores han de concurrir para hacer valer sus títulos con el fin de gestionar y, en su caso, repartir el patrimonio existente de forma organizada. Es decir, la tramitación de ejecuciones individuales es generalmente contraria a la lógica concursal, incluso en el plano internacional. Tal y como explica el primer epígrafe de esta Sección, esta filosofía también

¹²⁷⁸ Esta coexistencia de acciones no producirá solapamientos de pronunciamiento pues, como ha quedado expuesto en este mismo epígrafe, cada acción tiene por objeto una modalidad de fraude diferente, por lo que el laudo podría no ser anulado pero sí válidamente impugnado (y viceversa).

¹²⁷⁹ *Seagon*, pár. 27.

¹²⁸⁰ S. Vorburger, *International Arbitration...*, cit., 201.

inspira a los regímenes europeo y español de Derecho concursal trasfronterizo, aunque la imprecisión de algunas de sus reglas generan importantes dudas de operatividad cuando el laudo que se invoca en el seno del concurso fue dictado en el extranjero.¹²⁸¹

Fuera de estos casos, la pluralidad de concepciones universalistas y territorialistas que todavía persiste en la regulación nacional de las insolvencias transfronterizas, unida a la posición favorable que la inmensa mayoría de Estados desea adoptar con respecto al arbitraje internacional, pueden abrir la puerta a prácticas potencialmente perjudiciales para los intereses colectivos del concurso. En concreto, no puede descartarse que existan casos en los que Estados donde no se haya abierto un procedimiento concursal pero en los que sí existan bienes del deudor opten por desoír las limitaciones de la insolvencia extranjera y decidan reconocer la eficacia de los laudos dictados contra el concursado. El segundo epígrafe de la Sección estudia estos supuestos y los mecanismos para impedirlos.

1. La eficacia en el *forum concursus*: El régimen español y europeo

415. El Reglamento de Insolvencia no contiene un régimen relativo a la eficacia de laudos arbitrales en el seno del concurso. Asimismo, más allá de la remisión del art. 25.2 RI al Reglamento Bruselas I “en la medida en que sea aplicable”, el Reglamento tampoco proporciona dato alguno sobre la acogida que las resoluciones judiciales civiles o mercantiles concernientes al deudor han de recibir en el procedimiento de insolvencia. De forma fundamental, en ninguno de los casos existe referencia alguna a si el origen extranjero de la resolución (laudo o sentencia) ha de influir en el trámite de comunicación y admisión de créditos frente a la autoridad concursal. Como se verá, la regulación de la Ley Concursal tampoco es completa al respecto.

En cambio, mucha más atención le prestan ambos instrumentos a la necesidad de que el origen del acreedor (y no el de la resolución que arguye) no derive en tratamientos distintos en cuanto a los requisitos procedimentales exigidos para insinuar sus créditos en el concurso. Es decir, desde un punto de vista legislativo preocupa más la no discriminación de acreedores por razón de su nacionalidad, domicilio o residencia que la de resoluciones por razón de su origen. Tal es el peso de este objetivo, que el Reglamento de Insolvencia no duda en pasar del plano

¹²⁸¹ Para un análisis de esta situación en Estados distintos al español, vide S. Vorbürger, *International Arbitration...*, cit., 225-240.

conflictual al material para proporcionar normas sustantivas que garanticen la identidad de derechos de los acreedores extranjeros en los procedimientos de insolvencia abiertos en cualquier Estado de la Unión. Con ello el legislador exceptúa la regla general contenida en el art. 4.2.h) RI, en virtud de la cual corresponde a la *lex fori concursus* proporcionar “las normas relativas a la presentación, examen y reconocimiento de los créditos”.

416. El régimen sustantivo europeo incluye normas relativas a la información y comunicación con los acreedores localizados en el extranjero y normas reguladoras del derecho de presentación de créditos en varios procedimientos (*crossfiling*). En ambos casos, el principio inspirador es que en la elaboración de la masa pasiva han de considerarse todos los acreedores, independientemente de su localización. Lo único verdaderamente relevante es que ostenten un crédito contra el concursado,¹²⁸² aunque el ámbito geográfico del Reglamento obliga a acotar la definición de “acreedor” a los efectos de este régimen a aquellos que tengan su residencia habitual, su domicilio o su sede en un Estado Miembro distinto de aquel en el que se haya abierto el procedimiento, incluidos los organismos de la seguridad social de los Estados Miembros y sus autoridades fiscales (art. 39 RI). De acuerdo con este artículo, todos ellos están autorizados a presentar su crédito en cualquier procedimiento de insolvencia cubierto por el Reglamento. Desde una perspectiva unilateral, el legislador español tampoco impone restricciones de nacionalidad o domicilio a los acreedores, que gozan de igual derecho que los nacionales para insinuar sus créditos con el fin de entrar a formar parte de la masa pasiva del concurso (art. 49.1 LC).

Con el fin de garantizar la virtualidad de este derecho, el art. 40 RI impone una obligación de información a todos los acreedores del deudor que sean conocidos o puedan deducirse de la documentación que obre en manos de la autoridad concursal. Para ello no basta la emisión de un anuncio genérico en los medios ordinarios empleados en ese Estado para acreedores nacionales, sino que el precepto requiere la remisión de un “envío individualizado” en el que se haga constar, entre otros extremos, el órgano o autoridad competente para recibir la presentación de los créditos, los plazos para realizarla, la sanción derivada de su incumplimiento y las especificidades aplicables a los acreedores cuyo crédito estuviere garantizado por un privilegio o por una garantía real.

Aunque similar régimen se prevé en el art. 214 LC para los acreedores y procedimientos de insolvencia no cubiertos por el Reglamento, alguna jurisprudencia ha entendido de forma

¹²⁸² M. Llorente Sánchez-Arjona, *Tratamiento procesal de la insolvencia transfronteriza en la Unión Europea* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013) 164.

controvertida que esta regulación no obsta a que el plazo para la comunicación de créditos por todos los acreedores, incluso los extranjeros, sea de un mes a contar desde el día siguiente a la publicación en el Boletín Oficial del Estado del auto de declaración de concurso previsto en el art. 21.1.5º LC.¹²⁸³ Sin perjuicio de la importancia que pueda tener la publicación de la apertura del concurso en tabloneros, registros o medios públicos,¹²⁸⁴ la interpretación mantenida por esta jurisprudencia tiene el potencial de frustrar el objetivo de los arts. 40 RI y 214 LC, pues no garantiza la eficacia de la notificación. Además, contradice la interpretación más flexible adoptada en otros Estados,¹²⁸⁵ por lo que ha de ser descartada.

417. Una vez recibida esta información, los acreedores han de comunicar su crédito de acuerdo con las prescripciones del art. 41 RI. Esto es, aportando el soporte documental que pruebe la existencia, importe y naturaleza del crédito, la fecha de su nacimiento, así como, en su caso, la necesidad de calificarlo como privilegiado o la existencia de una garantía real o una reserva del derecho de propiedad. Además, ni la documentación que se adjunte ni el propio escrito de presentación de créditos han de estar redactados en la lengua del Estado en el que se tramite el procedimiento de insolvencia. De acuerdo con el art. 42.2 RI, los acreedores de la Unión están autorizados a emplear el idioma del Estado Miembro en el que tengan su residencia habitual, su domicilio o su sede, y únicamente deberán incluir el encabezamiento “Presentación de crédito” en la lengua oficial del Estado en que se haya abierto el procedimiento. No obstante, y de forma razonable, el precepto recoge la posibilidad de que la autoridad concursal de tal Estado pueda requerir una traducción en la lengua oficial cuando así lo tuviera por conveniente.

Tal y como dispone el Informe Virgós/Schmit, toda comunicación acorde con estos preceptos ha de ser considerada como suficiente a los efectos de una correcta insinuación del crédito en el concurso y, por tanto, no cabe imponer a los acreedores extranjeros amparados por el Reglamento condiciones suplementarias.¹²⁸⁶ En consecuencia, el art. 41 RI se perfila como una regla material¹²⁸⁷ que desplaza a aquellas partes del mandato del art. 85 LC que puedan

¹²⁸³ Sentencia de la AP Pontevedra (Sección 1ª), de 27 septiembre 2013, FJ 2º, haciendo referencia al mandato del art. 217 LC, a la naturaleza procesal de la norma y al principio *lex fori regit processum* ínsito en el art. 3 LEC.

¹²⁸⁴ Así lo manifiesta el hecho de que los arts. 21 y 22 RI y el art. 215 LC vayan dedicados exclusivamente a esta materia.

¹²⁸⁵ En *Semiconductor*, *cit.*, par. 71, el TJUE descartó la interpretación estricta del art. 40 RI propuesta por la AG Kokott en su Opinión (pár. 88) y optó por una lectura que, cuanto menos, incluyera el derecho de compensación al acreedor por la realización de una comunicación insuficiente y tardía. Vide también T. Richter, “We (don’t) know who you are: ‘known creditors’ under Article 40 of the European Insolvency Regulation (*Sahin v QSN24h*)” (2013) 26(5) *Insolvency Intelligence* 78, en relación con la Sentencia del Tribunal Supremo checo de 31 marzo 2012.

¹²⁸⁶ Informe Virgós/Schmit, pár. 273.

¹²⁸⁷ M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *The European...*, *cit.*, 70.

resultar más onerosas y cuya aplicación quedará restringida a los acreedores localizados dentro del territorio nacional y a los que, no estando cubiertos por la definición del art. 39 RI, presenten su crédito en un procedimiento de insolvencia principal o territorial abierto en España (art. 217 LC).¹²⁸⁸

De acuerdo con el art. 85 LC, la comunicación de créditos ha de realizarse electrónicamente o mediante escrito y se dirigirá a la administración concursal, que es la autoridad competente para determinar la inclusión o exclusión en la lista de acreedores de los créditos puestos de manifiesto en el procedimiento (art. 86.1 LC). De forma similar al tenor del Reglamento, los apartados tercero y cuarto del art. 85 LC disponen que la comunicación expresará nombre, domicilio y demás datos de identidad del acreedor, así como los relativos al crédito, su concepto, cuantía, fechas de adquisición y vencimiento, características y calificación que se pretenda. Asimismo, si se invocare un privilegio especial, se indicarán los bienes o derechos a que afecte y, si procediera, los datos registrales. En todo caso, la comunicación deberá ir acompañada del título u otros documentos acreditativos del crédito, permitiéndose además que la administración solicite cualquier otra justificación que considere necesaria para el reconocimiento del crédito, salvo en los casos en que el mismo figurara en un registro público. Si durante este proceso surgiera alguna controversia relativa a la verificación y admisión del crédito, el art. 86.1.2º LC somete la cuestión a la autoridad del juez de concurso para su resolución definitiva a través del incidente concursal (arts. 192-196 LC).

418. Por su parte, las normas reguladoras del derecho de presentación de créditos en varios procedimientos (*crossfiling*) pretenden maximizar las posibilidades de satisfacción por parte de todos los acreedores y, por tanto, fortalecer un *pari passu* efectivo.¹²⁸⁹ En concreto, tanto el art. 32.1 RI como el art. 217.2 LC permiten a los acreedores concursales la posibilidad de hacer valer sus títulos de crédito en cuantos procedimientos estimen conveniente, sea el principal o los secundarios. Similar potestad otorgan los arts. 32.2 RI y 228 LC a los administradores concursales del procedimiento principal, salvo que el acreedor cuyo crédito se vaya a presentar en otro foro se oponga al respecto.¹²⁹⁰ En el Derecho español, además, el art. 228 LC exige que tal actuación por la administración extranjera esté permitida por la *lex fori concursus* y que la comunicación se realice conforme a los requisitos establecidos por el régimen concursal español (arts. 85 *et seq* LC). En cualquier caso, hay que clarificar que

¹²⁸⁸ Aunque no se puede ignorar que ésta podría ser una interpretación problemática a efectos de discriminación.

¹²⁸⁹ L. Carballo Piñeiro, "Aspectos de...", *cit.*, 767.

¹²⁹⁰ Vide con detalle Informe Virgós/Schmit, párs. 236-239.

mediante ninguna de estas opciones puede producirse un cobro total superior al crédito del acreedor, y para ello se prevén reglas de imputación y restitución tanto en el Reglamento como en la Ley Concursal.¹²⁹¹

419. Como se desprende de esta breve exposición, la regulación de la presentación de créditos (centrada en el origen de los acreedores) guarda silencio respecto a cuál es el procedimiento específico para hacer valer en el seno del concurso los créditos que estén contenidos en resoluciones judiciales o arbitrales extranjeras. Es decir, a si el elemento de extranjería inherente al título añade algún requisito al proceso ordinario de insinuación, verificación y admisión de créditos. En sede arbitral, el esclarecimiento de esta cuestión requiere explorar, en primer lugar, el régimen concursal aplicable a los laudos dictados en España con respecto a disputas domésticas e internacionales. En segundo lugar, evaluar las alteraciones necesarias en ese régimen cuando el laudo tenga origen extranjero.

a. España qua forum concursus y laudos arbitrales nacionales

420. En consonancia con la autorización legislativa de que puedan tramitarse procedimientos civiles y mercantiles fuera del foro concursal (*vis attractiva* reducida), el art. 53.1 LC dispone que

“Las sentencias y los laudos firmes dictados antes o después de la declaración de concurso vinculan al juez de éste, el cual dará a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponda”

La aportación normativa del precepto es más bien escasa, y así lo ha subrayado la doctrina,¹²⁹² pero permite confirmar que la regla general del efecto de cosa juzgada permanece operativa en el seno del concurso.¹²⁹³ En virtud de esta regla, una resolución judicial o arbitral firme “tiene la eficacia de vincular al órgano jurisdiccional en otro proceso”¹²⁹⁴ (faceta positiva) e impide la llevanza de un nuevo examen de la cuestión de fondo (faceta negativa). En definitiva, es materia conclusa y decidida.

¹²⁹¹ Vide el apartado B.2 de este Capítulo para su análisis.

¹²⁹² M. F. Martín Moral, *El concurso...*, cit., 247; J. M. Marín López, “Comentario al artículo 53...”, cit., 527; J. Mairata Laviña, “Comentario al artículo 53” en J. Pulgar Ezquerro, C. Alonso Ledesma, A. Alonso Ureba y G. Alcover Garau (dirs.) *Comentarios a la legislación concursal* (Madrid: Dykinson, 2004), T. I, 690, 691; C. Duro Ventura, “Artículo 53...”, cit., 547; y J. M. Asencio Mellado, “Artículo 53...”, cit., 644.

¹²⁹³ P. Iñiguez Ortega, “Los efectos...”, cit., 203 y P. Martínez-Gijón Machuca, “Efectos de...”, cit., 87.

¹²⁹⁴ Sentencia de la AP Barcelona (Sección 14ª), de 11 marzo 2004.

421. La valía de esta regla no excluye, no obstante, la conveniencia de realizar una matización con respecto a la referencia que el precepto realiza a las “sentencias y laudos firmes”. De acuerdo con la teoría procesal general, las resoluciones definitivas son aquellas que “ponen fin a la primera instancia y las que decidan los recursos interpuestos frente a ellas” (art. 207.1 LEC). En este sentido, el carácter “definitivo” de una resolución viene marcado por tres factores: la finalización de una de las instancias posibles del proceso (siempre que contra la misma todavía quepa recurso), la invariabilidad del pronunciamiento una vez ha sido firmado por el tribunal y comunicado a las partes, y el efecto vinculante que produce sin perjuicio de la posibilidad de interponer ulterior recurso. Por el contrario, el art. 207.2 LEC define las resoluciones firmes como aquellas “contra las que no cabe recurso alguno bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado”. Como afirma el art. 207.3 LEC y se corrobora en el art. 222 LEC, es de esta irrecurribilidad de donde deriva la autoridad de cosa juzgada de la resolución tanto en cuanto a su faceta positiva como negativa. Es por esta razón que el art. 53 LC añade el calificativo “firme” en su redacción.

Sin embargo, la utilización de este apelativo con respecto a los laudos arbitrales puede ser fuente de confusión. A pesar de la controversia tradicionalmente protagonizada en esferas doctrinales y jurisprudenciales a raíz de la pretendida distinción entre laudos definitivos y laudos firmes, la Ley 11/2011 de reforma de la Ley de Arbitraje puso fin, aun con limitado acierto, a la polémica.¹²⁹⁵ Sobre esta base, se entiende actualmente que no existe la figura del laudo definitivo no firme. Todo laudo es firme desde el momento de su notificación a las partes y, por tanto, produce plenos efectos de cosa juzgada. Así lo dispone el art. 43 LA, que tras eliminar la referencia a “firme” a través de la Ley 11/2011 prevé que “el laudo produce efectos de cosa juzgada”. Esto es, desde una perspectiva negativa, la existencia del crédito reconocido en un laudo no podrá ser sujeta a reevaluación judicial o arbitral de fondo, ni

¹²⁹⁵ Con detalle respecto al intenso debate doctrinal y jurisprudencial vide S. Barona Vilar, “Artículo 40. Acción de anulación del laudo” y “Artículo 43...”, *cit.*, en S. Barona Vilar (coord.), *Comentarios...*, *cit.*, 1619 y 1818 respectivamente. Vide también, en contra de la distinción entre laudos firmes y definitivos M. F. Martín Moral, *El concurso...*, *cit.*, 241-246; I. Ripol Carulla, “La suspensión de la ejecución del laudo: Estudio del art. 45 LA” (2013) 1 *Justicia* 373, 381; J. M. De Alfonso Olive, “Un arbitraje...”, *cit.*, 614; D. Marcos Francisco, “Las nuevas reformas proyectadas en materia de anulación y ejecución del laudo arbitral” (2011) 7546 *Diario La Ley* 1, 3; y las Sentencias de las APs Alicante (Sección 8ª), de 8 marzo 2007, y Segovia (Sección 1ª), de 20 noviembre 2006. A favor de la misma, P. Martínez-Gijón Machuca, “Efectos de...”, *cit.*, 86; M. Olivencia Ruiz, “El arbitraje en España. Impacto de la Ley 11/2011, de reforma de la Ley 60/2003” (2012) 4 *Revista Jurídica de Cataluña* 1005, 1029 y “El laudo: naturaleza, clases y contenido” (2009) II(3) *Revista de Arbitraje comercial y de inversiones* 655, 664.

siquiera vía incidente, mientras que, desde una perspectiva positiva, el laudo será título suficiente y vinculante para probar la existencia de un crédito entre las partes del proceso.¹²⁹⁶

Este régimen viene marcado por la irrecurribilidad del laudo, que se perfila como la resolución derivada de un procedimiento de única instancia frente al que “sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes” (art. 43.1 LA). No cabe duda de que la acción de revisión no constituye una modalidad de recurso, como manifiesta el hecho de que propia la Ley procesal civil prevea su interposición frente a sentencias “firmes”. Tampoco lo es la acción de anulación, que constituye un procedimiento declarativo nuevo y autónomo que persigue impugnar la validez del laudo y, por tanto, eliminar el efecto de cosa juzgada que de él deriva. Por este motivo, la pendencia de un procedimiento de anulación no afecta a la firmeza del laudo ni a la ejecutividad del mismo, de modo que incluso en esos casos la posibilidad de ejecución no se otorga con carácter provisional sino definitivo. Esto es, el ordenamiento español no concibe la ejecución provisional del laudo.¹²⁹⁷ Y tampoco puede ya afirmarse que el laudo solo deviene firme cuando la acción de anulación ha sido denegada por el tribunal competente o cuando ha expirado el plazo de dos meses prescrito por el art. 41.4 LA para su interposición.¹²⁹⁸

Es por esta razón que mediante la reforma de 2011, el legislador debería haber eliminado la referencia a la firmeza del laudo en el art. 53 LC con el fin de evitar cualquier confusión conducente a perpetuar algunas interpretaciones pasadas que dudaban acerca de la relevancia concursal de laudos sujetos a, o susceptibles de, acción de anulación.¹²⁹⁹ Con ello se hubiera perfeccionado la alineación del ordenamiento español con la Ley Modelo de Arbitraje, que descarta la distinción entre laudo definitivo y laudo firme y reconoce tanto el efecto de cosa juzgada producido por el laudo como su carácter ejecutivo desde el momento de su notificación. En cualquier caso, la interpretación del art. 53 LC a la luz de la actual regulación arbitral vigente debe llevar a concluir que todos los laudos dictados en España tanto respecto a disputas nacionales como internacionales vinculan al juez concursal, corroborando así la

¹²⁹⁶ Como explica P. Martínez-Gijón Machuca, “Efectos de...”, *cit.*, 81-82 este efecto no se producirá cuando el procedimiento arbitral no haya concluido mediante laudo final sino mediante otras formas previstas en los arts. 31 y 38 LA, pues en esos casos no existe cosa juzgada.

¹²⁹⁷ I. Ripol Carulla, “La suspensión...”, *cit.*, 387.

¹²⁹⁸ Así lo afirmaba antes de la reforma de 2011 el Auto de la AP La Rioja (Sección 1ª), de 8 octubre 2009, FJ 1º.

¹²⁹⁹ Aunque este olvido se ha producido incluso en algunos preceptos de la propia Ley de Arbitraje, como critican, entre otros, S. Barona Vilar, “Artículo 40...”, *cit.*, 1619 y “Artículo 43...”, *cit.*, 1818, y M. V. Sánchez Pos, “La validez y eficacia del laudo arbitral a la luz de la reforma de la Ley de Arbitraje” (2011) 7707 *Diario La Ley* 1, 3.

opción monista por la que se ha decantado el legislador español para la regulación del arbitraje interno e internacional.¹³⁰⁰

422. Más allá del carácter vinculante de las resoluciones firmes con respecto del juez concursal, el art. 53 LC carece de detalle en relación a cuál ha de ser el “tratamiento” que las mismas han de recibir. En este sentido, las restricciones inherentes al procedimiento de insolvencia hacen inapropiada la remisión genérica a los efectos propios de la autoridad de cosa juzgada. Por el contrario, el “tratamiento que corresponda” al que se refiere el art. 53 LC quedará reducido a la toma en consideración de dichas resoluciones para cuestiones como la elaboración de la propuesta de la lista de acreedores y de la masa pasiva del concurso (tanto en cuanto a la titularidad de un bien o crédito como a la cuantía de los mismos), la configuración de la masa activa en los casos en que dichas resoluciones beneficien el deudor insolvente,¹³⁰¹ así como la adopción de medidas cautelares que pudieran resultar necesarias para garantizar la parte dispositiva de las mismas.¹³⁰² Dado que la competencia para la realización de algunas de estas tareas viene atribuida a la administración concursal, se hace preciso matizar que no solo es el juez concursal el vinculado por las resoluciones dictadas antes y después de la apertura del procedimiento, sino también (y sobre todo) la administración concursal. Así lo demuestra el art. 86.2 LC en relación con el “reconocimiento de créditos”.
423. Este precepto contribuye a concretar el tratamiento concursal aplicable a las resoluciones judiciales o arbitrales dictadas en contra del deudor.¹³⁰³ Así, frente al régimen general prescrito en el art. 86.1 LC, que atribuye a la administración la potestad de decidir acerca de la inclusión o exclusión en la lista de acreedores de los créditos puestos de manifiesto en el procedimiento, el legislador ordena que

“Se incluirán necesariamente en la lista de acreedores aquellos créditos que hayan sido reconocidos por laudo o por resolución procesal, aunque no fueran firmes [...]”

Es decir, el art. 86.2 LC va más allá del tenor del art. 53 LC e incorpora un régimen de inclusión privilegiado para los créditos sustentados en una resolución arbitral o judicial, independientemente de su firmeza.¹³⁰⁴ Un régimen especial que, no obstante, no exime a los

¹³⁰⁰ Vide el siguiente apartado con respecto a los laudos extranjeros.

¹³⁰¹ A favor de limitar el art. 53 LC a laudos que sean perjudiciales para la masa, aunque sin justificación, vide P. Iñiguez Ortega, “Los efectos...”, *cit.*, 205.

¹³⁰² P. Martínez-Gijón Machuca, “Efectos de...”, *cit.*, 88 y J. M. Ribelles Arellano, “Artículo 53...”, *cit.*, 290.

¹³⁰³ El art. 82.1 LC incluye una fórmula general que permitirá incluir los laudos a favor del deudor en la composición de la masa activa del concurso. Lo mismo con respecto a los procedimientos arbitrales pendientes según el art. 82.4 LC.

¹³⁰⁴ El mismo régimen se prescribía para las sentencias judiciales en la anterior legislación concursal, aunque curiosamente la Propuesta de Ley Concursal de 1995 sí exigiera la firmeza. Vide V. Cortés Domínguez, “Procesos

acreedores de la obligación de comunicación de los créditos, salvo que la existencia de los mismos pueda derivar de la propia contabilidad y de los documentos obrantes a disposición de la administración concursal.¹³⁰⁵ Además, un régimen que, salvo en los casos cubiertos por el mencionado art. 42 RI, no elimina la necesidad de que los laudos redactados en lengua extranjera se presenten junto con su traducción al castellano o a la lengua cooficial propia de la comunidad autónoma a la que se adscriba el juez del concurso (art. 144 LEC, en general, y art. 219 LC, respecto a acreedores extranjeros), de modo que si se presentara en lengua distinta, la administración concursal podrá exigir posteriormente una traducción al castellano.

424. La mayor amplitud del precepto con respecto al art. 53 LC refleja la filosofía que subyace al precepto. El legislador no concede este tratamiento sobre la base del efecto de cosa juzgada que estas resoluciones pudieran desplegar, pues ya quedó dicho en párrafos anteriores que tal efecto deriva únicamente de la firmeza de la decisión. La razón del privilegio se encuentra en la fuerza ejecutiva de las mismas. Efectivamente, la ejecutabilidad de una resolución no va ligada a su firmeza, sino que son conceptos independientes.¹³⁰⁶ Si bien es cierto que el art. 517.2.1º LEC declara que las “sentencias de condena firmes” constituyen títulos ejecutivos para sustanciar procedimientos de ejecución forzosa, el art. 524 LEC reconoce la posibilidad de ejecución provisional de las sentencias de condena que no sean firmes. Es suficiente que sean resoluciones definitivas, tal y como las define el mencionado art. 207.1 LEC. Desde ese momento, quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia de condena dictada en primera instancia podrá, sin simultánea prestación de caución, pedir y obtener su ejecución provisional. Del mismo modo, los laudos son resoluciones ejecutables desde el momento de su emisión.¹³⁰⁷ Lo reconoce implícitamente el art. 517.2.2º LEC al incluir a “los laudos o resoluciones arbitrales” en la lista de títulos ejecutivos, sin condicionar tal naturaleza a una

concursoales: El concurso de acreedores y la quiebra” en V. Cortés Domínguez, V. Gimeno Sendra y V. Moreno Catena, *Derecho Procesal Civil. Parte Especial* (Madrid: Colex, 2000) 3ª ed., 213, 231 y J.A. Ramírez, *Derecho Concursal Español. La quiebra - Tomo II: Efectos de la declaración de la quiebra. Operaciones del juicio de quiebra* (Barcelona: Bosch, 1998), edición puesta al día por J. M. Caminals Sánchez y F. Clavé, 1595.

¹³⁰⁵ Sentencia del JM Oviedo (núm. 1), de 30 mayo 2006. Vide también M. F. Martín Moral, *El concurso...*, cit., 250 y A. García Pombo, *Comunicación, reconocimiento y clasificación de créditos en el concurso* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2009) 45, ambos haciendo referencia a que la enmienda n. 305 por la que se proponía la redacción “se incluirán necesariamente en la lista de acreedores, aunque no hubieran comunicado la existencia de sus créditos” fue rechazada durante el proceso legislativo.

¹³⁰⁶ J. A. Montero Aroca, “La cosa juzgada: conceptos generales” en CGPJ, *Efectos jurídicos del proceso (cosa juzgada, costas e intereses, impugnaciones y jura de cuentas)* (Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, 1995) 69, 78.

¹³⁰⁷ Así lo declara la Sentencia AP Madrid (Sección 5ª), de 24 julio 2009: “El laudo de condena es título que lleva aparejada ejecución (artículos 517.2.2º de la LEC) estando equiparado a una sentencia o auto judicial ejecutable, debiendo el juez despachar ejecución, en todo caso [...]”.

pretendida condición de firmeza.¹³⁰⁸ El mismo régimen lo confirma expresamente el art. 44 LA, al ofrecer la ejecución forzosa como “la única vía posible tras dictarse el laudo” cuando no exista cumplimiento voluntario.¹³⁰⁹

Al fin y al cabo, lo que pretende el legislador con el art. 86.2 LC es reconocer la legitimidad que tienen estas resoluciones y permitir los mismos efectos que estarían disponibles para el acreedor en ausencia de insolvencia.¹³¹⁰ Y con ello no se pretende igualar la inclusión en la lista de acreedores con la posibilidad ordinaria de ejecución forzosa, sino con el mero reconocimiento de la existencia de un crédito, que constituye el único paso necesario para que el título surta plenos efectos en el seno del concurso.¹³¹¹ De hecho, las situaciones concursales se caracterizan precisamente por la ausencia de ejecuciones individuales, y en este sentido resulta bastante concluyente que el propio art. 86 LC lleve por título “Reconocimiento de créditos”.

El privilegio conferido por la regulación concursal a las resoluciones ejecutivas no se encuentra presente exclusivamente en el art. 86 LC. La misma filosofía es compartida por el art. 92.1 LC, por el cual se excluye a estas resoluciones de la regla general en virtud de la cual se atribuirá la categoría de subordinado a aquellos créditos que, habiendo sido comunicados tardíamente, sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores. Cuando el crédito esté contenido en un título con fuerza ejecutiva, el retraso no impedirá su clasificación de acuerdo con las normas ordinarias de la Ley Concursal.¹³¹²

425. Sobre esta base, procede realizar dos precisiones en cuanto al ámbito de aplicación del régimen de inclusión “necesaria” del art. 86.2 LC en cuanto a laudos arbitrales. En primer lugar, la solución privilegiada alcanza a los laudos dictados tanto antes como después de la declaración de concurso, ya que todos ellos gozan del mismo carácter ejecutivo y quedan cubiertos por el art. 53 LC. Esta interpretación, sin embargo, no puede cubrir aquellos créditos que en el momento de la elaboración de la propuesta de lista de acreedores estén siendo

¹³⁰⁸ De hecho, el precepto también fue modificado por la Ley 11/2011 para eliminar la referencia a la firmeza de laudo en línea con los arts. 44 y 45 LA. Como ya ha quedado explicado, todos los laudos son firmes.

¹³⁰⁹ V. Pardo Iranzo, “Artículo 44. Normas aplicables” en S. Barona Vilar (coord.), *Comentarios...*, cit., 1865, 1889.

¹³¹⁰ P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Inclusión en los concursos...”, cit., 240 justifica este régimen, al menos en cuanto a sentencias judiciales, en que “resulta indudable su autenticidad, su certeza ‘prima facie’ y su efectividad”.

¹³¹¹ *Id.*, 243.

¹³¹² Así lo confirma la Sentencia de la AP Pontevedra (Sección 1ª), de 27 septiembre 2013, FJ 1º.

dilucidados por un tribunal arbitral. Para estos casos, y siempre que el pretendido acreedor así lo comunique,¹³¹³ el art. 87.3 LC prevé que

“Los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda, admitiéndose a sus titulares como acreedores legitimados en el juicio sin más limitaciones que la suspensión de los derechos de adhesión, de voto y de cobro.”¹³¹⁴

426. Este régimen viene motivado por la ausencia de un título ejecutivo que sostenga el crédito, aunque ello no impide que, una vez dictado el pronunciamiento arbitral, el acreedor pueda ser incluido de forma definitiva en la lista de acuerdo con el art. 97.3.4º LC y goce de la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación. Es también posible que con anterioridad a ese momento, el juez del concurso adopte de forma cautelar medidas que permitan anticipar la inclusión definitiva de estos créditos en la lista de acreedores (art. 87.4 LC). Estas medidas, sin embargo, han de adoptarse con respeto al principio de la *par conditio creditorum*,¹³¹⁵ de modo que no vayan dirigidas a la satisfacción individual del crédito, sino que simplemente persigan garantizar la eficacia concursal del crédito. Con ello se pretende evitar que la entrada en la fase de convenio o de liquidación sin que el crédito haya perdido su condición de litigioso acabe por apartarlo *de facto* del proceso de toma de decisión y de un eventual reparto del patrimonio.¹³¹⁶

Más allá de estos casos, cuando el arbitraje se iniciase después de la elaboración de la propuesta de lista de acreedores y concluyese mediante laudo que declarase la existencia de un crédito en contra del concursado, el art. 96 bis.1 LC autoriza al acreedor a notificarlo a la administración para su inclusión necesaria en la lista de acreedores.

427. En segundo lugar, el tratamiento especial previsto en el art. 86.2 LC ha de beneficiar también a los laudos que, en el momento de la elaboración de la propuesta de lista de acreedores, estén sujetos o sean susceptibles de sujeción a una acción de anulación. En esos casos la pérdida de ejecutividad no se produce por la pendencia de tal procedimiento, sino solo por la firmeza de la resolución judicial que declara la nulidad del laudo. Así lo confirma el art. 45.1 LA, que

¹³¹³ J. Mairata Laviña, “Comentario al artículo 52” en J. Pulgar Ezquerro, C. Alonso Ledesma, A. Alonso Ureba y G. Alcover Garau (dirs.) *Comentarios...*, cit., T. I, 687, 688.

¹³¹⁴ Si el arbitraje versara sobre un derecho o bien del deudor, la administración deberá incluirlo en el inventario de activos al que se refiere el art. 82.4 LC.

¹³¹⁵ Así lo declaran el Auto del JM Madrid (núm. 1), de 9 octubre 2008 y la Sentencia del JM Madrid (núm. 6), de 23 septiembre 2013.

¹³¹⁶ En similar sentido se pronuncia, A. Gutiérrez Gilsanz, “Imprudencia de medidas cautelares para créditos litigiosos existiendo convenio concursal de espera” (2014) 8252 *Diario La Ley* 1, 3 y 5.

permite la ejecución forzosa de forma simultánea a la tramitación de la acción de anulación, aunque ofrece al deudor la posibilidad de solicitar la suspensión excepcional de la misma siempre que ofrezca caución suficiente por el importe de la condena y de los daños y perjuicios que pudieran causarse al ejecutante. Incluso es posible defender que ni siquiera en esos supuestos excepcionales podría excluirse al laudo del régimen necesario del art. 86.2 LC; y ello a pesar de que en condiciones generales esa solicitud no pueda ser denegada por el tribunal que conozca de la ejecución salvo cuando la caución resulte inapropiada.¹³¹⁷ Dos razones motivan esta postura. Por una parte, porque la inclusión de un crédito en la lista de acreedores no implica, como ya ha quedado dicho, un procedimiento de “ejecución forzosa”, sino su mera consideración para la elaboración de la masa pasiva concursal. Por la otra, porque la insolvencia del deudor y la sujeción de su patrimonio a las restricciones impuestas por el régimen concursal impedirán en muchas ocasiones el ofrecimiento de una caución dedicada exclusivamente a cubrir el montante del laudo. Esta habrá de ser la respuesta también cuando el procedimiento de ejecución forzosa y la acción de anulación ya se encontraran en trámite antes de la apertura del concurso y el juez competente hubiera ordenado la suspensión de aquel.

Por tanto, deriva de esta postura que la existencia de una acción de anulación o de la posibilidad de la misma tampoco convierten al laudo en contingente desde la perspectiva del art. 87.3 LC. Así lo reconoce el Auto de la Audiencia Provincial de La Rioja (Sección 1ª), de 8 de octubre de 2009, al concluir que el laudo arbitral impugnado “no carece de relevancia en el proceso concursal, pues el crédito reconocido por el mismo debe incluirse necesariamente en la lista de acreedores, aunque sea con carácter provisional (art. 86.2)”.¹³¹⁸ Si bien es cierto que la categoría de crédito provisional no existe expresamente en la LC, la Audiencia Provincial se cerciora en su pronunciamiento de eludir el uso de términos como litigioso o contingente y, por tanto, evita la sumisión del crédito en el art. 87.3 LC como crédito contingente.¹³¹⁹

La doctrina tampoco ha entendido que la mera sujeción a un procedimiento de anulación pueda equipararse a una condición suspensiva del crédito.¹³²⁰ La justificación del régimen

¹³¹⁷ I. Ripol Carulla, “La suspensión...”, *cit.*, 389.

¹³¹⁸ En el mismo sentido, aunque de forma general con respecto a la condición de crédito contingente vide las Sentencias del JM Las Palmas de Gran Canaria (núm. 1), de 24 marzo 2011, y del JM Bilbao (núm. 1), de 14 febrero 2006.

¹³¹⁹ A la posibilidad de inclusión exclusivamente “provisional”, aun bajo el art. 86.2 LC, también se refiere P. Martínez-Gijón Machuca, “Efectos de...”, *cit.*, 89.

¹³²⁰ M. F. Martín Moral, *El concurso...*, *cit.*, 250.

previsto en el art. 87.3 LC para estos créditos reside en la existencia de una pretensión de parte respecto a la existencia de un crédito que, hasta la fecha, no ha sido reconocida de forma definitiva por un tribunal judicial o arbitral, pero que en el momento de la elaboración de la lista de acreedores se encuentra en evaluación por un órgano competente.¹³²¹ En las acciones de anulación, dicho pronunciamiento firme y definitivo ya ha tenido lugar.

Todo ello no excluye la necesidad de que si la acción de anulación desembocara en una declaración de nulidad total o parcial del laudo, la lista de acreedores tendría que ser modificada de acuerdo con el art. 97.3 LC. Para estos supuestos, el art. 97 ter.1 LC autoriza al juez del concurso para que adopte “las medidas cautelares que considere oportunas en cada caso para asegurar su efectividad”.

De manera similar, el razonamiento empleado para el análisis de la acción de anulación ha de extenderse también a la acción de revisión prevista en el art. 43 LA y a la acción de impugnación por fraude introducida mediante los arts. 53.2 LC y 86.2 LC. Ninguna de ellas tiene por efecto suspender el carácter ejecutivo de la resolución sometida a examen¹³²² y, por tanto, el crédito por ella declarado continuará beneficiándose del régimen privilegiado de art. 86.2 LC.

428. Por último, es posible prever que la práctica concursal podrá dar lugar a situaciones en las que, a pesar del régimen de inclusión “necesaria”, las partes invoquen la existencia de cuestiones controvertidas que puedan afectar a la operativa del art. 86.2 LC y, en definitiva, que impidan la elaboración de la lista de acreedores. Como ya quedó dicho en la introducción a este epígrafe, el art. 86.1.2º LC contiene una remisión genérica al trámite del incidente concursal como vía procesal para su resolución. Sin embargo, no puede por ello entenderse que tal remisión puede suplantar los mecanismos ordinarios de control y aclaración de laudos previstos en la legislación arbitral, que tal y como se defendió en la Sección anterior han de permanecer operativos incluso en escenarios concursales.

¹³²¹ Vide en este sentido las Sentencias del JM Las Palmas de Gran Canaria (núm. 1), de 24 marzo 2011, y del JM Bilbao (núm. 1), de 14 febrero 2006.

¹³²² Con respecto a la acción de revisión, vide S. Barona Vilar, “Artículo 43...”, *cit.*, 1850. Con respecto a la acción de impugnación vide la Sentencia de la AP Madrid (sección 11ª), de 26 junio 2000, con quien concurren M. F. Martín Moral, *El concurso...*, *cit.*, 262; P. Iñiguez Ortega, “Los efectos...”, *cit.*, 204; y E. Valpuesta Gastaminza, “Artículo 86...”, *cit.*, 988. En contra, F. Mercadal Vidal, “Comentario al artículo 86...”, *cit.*, 432.

b. España qua forum concursus y laudos arbitrales extranjeros

429. Ni el Reglamento de Insolvencia ni la Ley Concursal proporcionan un régimen claro sobre cuál es el mecanismo específico para hacer valer en el seno del concurso los créditos que estén contenidos en laudos extranjeros. No obstante, y a pesar de este silencio, los arts. 4.2.h) RI y 200 LC permiten defender que ésta es una cuestión que ha de venir determinada en todo caso por la ley que regule el procedimiento de insolvencia dentro del cual se quiera insinuar el crédito.
430. En España, el reconocimiento “necesario” previsto para laudos en el art. 86.2 LC no distingue entre laudos extranjeros y laudos internos. Cabe por tanto plantearse como punto de partida si un laudo emitido fuera del territorio español puede beneficiarse también del tratamiento especial conferido por este precepto. La respuesta a esta cuestión requiere recordar, ante todo, que el razonamiento del legislador al diseñar ese régimen para sentencias y laudos es el carácter ejecutivo propio de esas resoluciones, de modo que su inclusión forzosa en la lista de acreedores responde a la viabilidad ordinaria que dicho título podría tener en ausencia de la situación concursal.

La aplicación automática de esta lógica a los laudos de origen extranjero tiene difícil encaje. En efecto, a diferencia de los laudos dictados en España, los laudos extranjeros no son directamente ejecutables ni producen efectos inmediatos en territorio nacional sino que el art. 46.2 LA exige la obtención de su homologación por los tribunales españoles como requisito procesal previo para que puedan desplegar la plenitud de efectos que se reconoce también a los laudos nacionales.¹³²³ Por remisión expresa del propio art. 46.2 LA, éste trámite se deberá llevar a cabo a través del “procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el exequátur de sentencias dictadas por tribunales extranjeros”, esto es, por los arts. 951-958 LEC 1881. Sin lugar a dudas, uno de los efectos que se deriva de este exequátur es el reconocimiento de la ejecutividad del título y de su valor de cosa juzgada.

Desde esta perspectiva, un laudo extranjero que no haya obtenido la homologación ordenada por la legislación arbitral no constituye una de las resoluciones cubiertas por el art. 86.2 LC y, por ende, los créditos en él contenidos no tendrán que ser incluidos necesariamente en la lista de acreedores.¹³²⁴ Esto es, un acreedor arbitral solo gozará del derecho de admisión

¹³²³ C. Esplugues Mota, “Artículo 46. Carácter extranjero del laudo. Normas aplicables” en S. Barona Vilar (coord.), *Comentarios...*, cit., 1957, 1959.

¹³²⁴ Cabría la posibilidad, no obstante, que el laudo fuera elevado a escritura pública y gozara de la circulación propia de un documento público extranjero acreditativo de un crédito.

necesaria en la masa pasiva, o –visto desde otra perspectiva- la administración concursal solo estará obligada a aceptar el crédito contenido en el laudo, cuando el mismo haya recibido el correspondiente refrendo judicial.¹³²⁵ Ésta era también la solución por la que se había decantado la mejor jurisprudencia española bajo el régimen anteriormente en vigor.¹³²⁶

i. La necesidad de homologar el laudo extranjero

431. La imposibilidad de invocar el laudo de forma directa en el procedimiento de insolvencia coincide con la solución aplicable a las resoluciones judiciales extranjeras, en donde la homologación previa de la sentencia constituye un requisito necesario para su eficacia concursal en los términos del art. 86.2 LC.¹³²⁷ Con ello se confirma que ninguna de las resoluciones de naturaleza civil y mercantil que involucren al concursado se pueden beneficiar del régimen de reconocimiento automático previsto en los arts. 17 y 25.1 RI (para procedimientos de insolvencia cubiertos por Reglamento de Insolvencia) y en los arts. 220 y 222 LC (para los no cubiertos). En ambos casos, las normas de reconocimiento automático previsto en los instrumentos concursales quedan reservadas a resoluciones relativas a la apertura, tramitación o cierre del concurso y a cuestiones que se deriven directamente del procedimiento de insolvencia y que guarden inmediata relación con éste. Ello no incluye procedimientos civiles o mercantiles que bien podría haber ocurrido en escenarios no concursales.¹³²⁸

Otra cosa es, no obstante, que el régimen de Derecho internacional privado propio de determinadas resoluciones prevea su reconocimiento automático en los Estados parte. Así lo disponen el Reglamento Bruselas I bis, los Convenios de Bruselas y de Lugano e, incluso, el Convenio bilateral entre España y El Salvador. En esos casos, la doctrina coincide en liberar al pretendido acreedor del trámite de reconocimiento y le permite la comunicación directa del crédito a la administración concursal, que tendrá que incluirla “necesariamente”.¹³²⁹

¹³²⁵ N. Bermejo Gutiérrez, “Artículo 86...”, *cit.*, 1546.

¹³²⁶ Vide el Auto del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 5 mayo 1998, en el que se reconoce que el concurso no afecta a la homologación del laudo arbitral extranjero, sino a su ejecución propiamente dicha. Con la misma opinión se pronuncia G. Palao Moreno, “Nota a la Sentencia de la AP Barcelona (Sección 12ª) de 10 de octubre de 1994” (1996) II, vol. XLVIII *Revista Española de Derecho Internacional* 326, 328.

¹³²⁷ Vide con detalle P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Inclusión en los concursos...”, *cit.*, 251-259.

¹³²⁸ Respecto a la noción de concursalidad vide supra Capítulo II.B.1.

¹³²⁹ Por todos, P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Inclusión en los concursos...”, *cit.*, 255-258.

432. Esta última precisión, sin embargo, no legitima otras posturas que abogan por la extensión del régimen de reconocimiento automático al plano arbitral. En concreto, se ha defendido que en aquellos casos en los que el laudo haya sido dictado en otro Estado Miembro y los órganos judiciales hayan tenido la oportunidad de controlar la validez del mismo (se asume que en virtud de la denegación de una acción de anulación), dicho laudo debería gozar del mismo reconocimiento automático que las decisiones judiciales cubiertas por el régimen europeo de reconocimiento y ejecución.¹³³⁰ Esta opción no puede prosperar.

El principio de confianza mutua que subyace al régimen europeo y sobre el que se asienta la posición del citado autor no puede predicarse en sede arbitral.¹³³¹ Incluso si ha sido el tribunal de un Estado Miembro el que ha confirmado la validez y legalidad de un laudo, esa decisión no reposa sobre normas en las que exista la armonización y el *acquis communautaire* que refleja, a la vez que genera, confianza mutua. Todo lo contrario, la materia arbitral permanece conscientemente excluida de la esfera normativa de la Unión Europea y varios Estados Miembros se han mostrado firmes en defender la identidad propia de su Derecho arbitral. Sobre esta base, invocar una pretendida confianza entre los Estados Miembros para defender el reconocimiento automático de laudos o de las sentencias que los evalúen carece de todo viso de éxito.

Asimismo, no puede ignorarse que las acciones de anulación y las acciones de reconocimiento y exequátur no son plenamente equiparables, como demuestra la posibilidad (no infrecuente) de que un mismo laudo sea simultáneamente ratificado por los tribunales de la sede y rechazado por los tribunales de otro Estado, incluso dentro de la Unión.¹³³² Esto viene facilitado, además, porque los causales y las normas de conflicto que son de aplicación a cada uno de ellos pueden diferir, no solo entre los Estados, sino también entre las acciones de anulación y de reconocimiento dentro de cada un mismo ordenamiento jurídico.¹³³³

433. Descartada esta opción, únicamente cabe plantearse dos situaciones en las que el crédito arbitral podrá desplegar eficacia concursal sin necesidad de pasar por el trámite previo de

¹³³⁰ I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso...*, cit., 124. Más ambiciosos se muestran incluso M.V. Benedetelli, “Cross-border insolvencies...”, cit., 810 y G. C. Giorgini, “Arbitrage et...”, cit., 269-270, que abogan por un reconocimiento automático generalizado para laudos arbitrales en el seno del concurso.

¹³³¹ Así lo ha declarado de forma taxativa el TJUE en el Asunto C-536/13 (*Gazprom OAO v República de Lituania*), párs. 37-39.

¹³³² La disputa entre *Dallah Real Estate and Tourism Holding Co* y el *Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan* constituye ejemplo paradigmático, como explica con detalle J. Kleinheisterkamp, “Lord Mustill and the Courts of Tennis – *Dallah v Pakistan* in England, France and Utopia” (2012) 75(4) *The Modern Law Review* 639.

¹³³³ Sin necesidad de sumergirse en ejemplos como los de la ley aplicable al convenio arbitral (potencialmente crítico en materia concursal, como se apuntó en el Capítulo III), basta con apuntar que los causales de arbitrabilidad y orden público se analizan cada vez desde la perspectiva del ordenamiento jurídico del tribunal que analiza el laudo.

homologación. Por una parte, es posible que ese crédito ya haya sido admitido de forma definitiva en otro procedimiento de insolvencia extranjero (principal o territorial) reconocido en España. En esos casos, la existencia de una resolución de origen concursal que admite el crédito contra la masa podrá coadyuvar en el procedimiento español como prueba suficiente de la existencia y cuantía del mismo. Este efecto podrá instrumentarse a través del reconocimiento automático que los arts. 25 RI y 222 LC prestan a dicha resolución o mediante la posibilidad dispuesta en los arts. 32.2 y 228 LC de que los administradores o representantes de un procedimiento presenten en otro procedimiento (en el caso de la LC, el español) los créditos que hayan sido reconocidos en aquél.

No se afirma con ello que el laudo gozará en España de efecto de cosa juzgada material ni que se beneficiará de la inclusión necesaria prevista en el art. 86.2 LC, pero sí permitirá hacer constar la existencia y cuantía del crédito. Corresponderá entonces a la legislación concursal española y, en concreto, a la administración determinar la admisibilidad definitiva de ese crédito en la masa pasiva del concurso y, en su caso, el rango correspondiente.

Esta solución encuentra su fundamento en los arts. 4.2.g), i) y 28 RI y el art. 200 LC, en virtud de los cuales corresponde a la *lex* propia del procedimiento de insolvencia en cuyo seno se pretende hacer valer un crédito decidir sobre su admisión y prelación, independientemente de la posible existencia de una resolución al respecto en otro procedimiento extranjero.¹³³⁴ En este sentido, el Informe Virgós/Schmit reconoce abiertamente la posibilidad de que un crédito reciba diferente rango en distintos procedimientos, lo que -dicho sea de paso- constituye una prueba más de las concesiones territorialistas que el modelo universalista del Reglamento contiene.¹³³⁵

434. La segunda situación de exoneración del requisito de homologación de un laudo extranjero reposa sobre criterios de oportunidad valorados caso por caso por la administración concursal. Según se deriva del art. 86.1 LC, la legislación concursal no exige que los créditos admisibles en la masa pasiva tengan que constar en documentos públicos o con fuerza ejecutiva, sino que los documentos privados tienen también cabida como medio probatorio de la existencia de un crédito contra el deudor concursado.¹³³⁶ Éste es precisamente el estatus procesal de los laudos

¹³³⁴ M. Llorente Sánchez-Arjona, *Tratamiento procesal...*, cit., 165-166 y P. Orejudo Prieto de los Mozos, "Inclusión en los concursos...", cit., 249-250.

¹³³⁵ Informe Virgós/Schmit, pár. 91. Precisamente por esta razón la posibilidad prevista en el art. 32.2 LC de que la administración concursal comunique un crédito en varios procedimientos de insolvencia viene condicionada a "que sea útil para los acreedores cuyos intereses representen".

¹³³⁶ En concreto, el precepto habla de los libros y documentos del deudor y de cualquier otro medio que constare en el concurso. Como menciona A. García Pombo, *Comunicación...*, cit., 36-37, esto puede incluir cualquier

extranjeros no reconocidos, ya que a tenor del art. 324 LEC los documentos que no tengan la consideración de públicos por la propia Ley de Enjuiciamiento Civil “se consideran documentos privados, a efectos de prueba en el proceso”.¹³³⁷

Sobre esta base, no se pueden excluir supuestos en los que un acreedor comunique la titularidad de un crédito contra el deudor insolvente en virtud de un laudo no homologado o en los que la existencia del laudo (o del procedimiento que lo precedió) derive directamente de la propia documentación obrante en el concurso. En estos casos, la administración no se verá obligada a incluir el crédito en la masa, pero sí podrá decidir en favor de su inclusión a la luz de la autenticidad, legalidad y efectividad que se desprendan *prima facie* del laudo y de los criterios de oportunidad que pueda considerar oportunos.¹³³⁸

Por ejemplo, ésta será la opción más probable en los supuestos en que la administración entienda que ni el laudo ni el procedimiento arbitral adolecen de vicio suficiente como para justificar la interposición de una acción de anulación o como para fundar la oposición a una solicitud de exequátur presentada por parte del acreedor del laudo. De manera que ante la probabilidad de tener que admitir el laudo necesariamente si fuera sometido a homologación, el síndico puede optar por una inclusión voluntaria con el fin de incrementar la celeridad del procedimiento y, sobre todo, de liberar a la masa de las costas procesales derivadas del trámite de exequátur, que generalmente son imputables al deudor ejecutado,¹³³⁹ esto es, al concursado. Esta justificación debería constar en el informe que la administración ha de acompañar a la propuesta de lista de acreedores en virtud del art. 95 LC.

No cabe duda de que la inclusión del crédito en estas condiciones podría abrir la puerta a que otros acreedores o incluso el propio deudor (si mantuviera su capacidad de obrar) pudieran impugnar la decisión durante la fase de aprobación de la lista de acreedores (art. 96.3 LC).¹³⁴⁰ Cuando ello no ocurra, el régimen preclusivo previsto en el art. 97.1 LC consolidará el crédito en la masa pasiva y convertirá al acreedor arbitral en acreedor concursal. Si, por el contrario,

contrato o documento que instrumente la relación negocial, como albaranes, documentos de entrega de suministros o facturas.

¹³³⁷ Como se ha apuntado en una nota anterior, ésta no sería situación si el laudo hubiera sido protocolizado mediante escritura pública.

¹³³⁸ Contra esta opción, y en favor de la obtención de reconocimiento en todo caso, se pronuncia con G. Palao Moreno, “Nota...”, *cit.*, 327. La Sentencia del Tribunal Supremo comentada por el autor y dictada bajo la anterior legislación de quiebra admitió la posibilidad de que un laudo suizo pudiera ser aceptado en el seno del concurso a pesar de no haber sido reconocido, en línea con la posición aquí defendida.

¹³³⁹ Vide, en general, el art. 539.2 LEC y, entre otros, el Auto del TSJ País Vasco (Sala de lo Civil y Penal), de 19 abril 2012, o el Auto del TSJ Comunidad Valenciana (Sala de lo Civil y Penal), de 10 febrero 2012.

¹³⁴⁰ Similar filosofía subyace al art. 326.1 LEC, que establece que “Los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen”.

alguna de esas partes interesadas presenta impugnación, la admisión del laudo únicamente podrá resolverse a través de la obtención de la homologación. Es decir, a través de un pronunciamiento judicial que evalúe la legalidad del laudo desde la perspectiva del ordenamiento español y homologue el laudo contra el deudor concursado. Asimismo, la obtención de exequátur será igualmente necesaria si la administración rechaza la inclusión del crédito arbitral comunicado por el presunto acreedor. Solo tras esa declaración podrá el Juez Mercantil constatar el efecto de cosa juzgada del laudo y decidir acerca de la “necesidad” (en los términos del art. 86.2 LC) de incluir el crédito arbitral en la lista de acreedores.

ii. La competencia para la homologación del laudo

435. Si el procedimiento de homologación es necesario, cuanto menos en los casos que se acaba de exponer, procede ahora determinar el impacto que la situación concursal produce sobre su régimen procesal. Dado el origen extranjero del laudo, esto es, requiere también la consideración de la competencia judicial (territorial e internacional) y de la ley aplicable. La primera de las cuestiones hace referencia a si el trámite de exequátur ha de llevarse a cabo ante los tribunales tradicionalmente competentes para el reconocimiento de laudos extranjeros o si, por el contrario, el incidente concursal frente al Juez Mercantil constituye la vía procesal adecuada en este tipo de escenarios.

La competencia judicial internacional no debería constituir un foco de controversia en esta materia. Las acciones de exequátur no portan pretensiones de naturaleza exclusivamente concursal. Esto es, ni desde la perspectiva del Reglamento de Insolvencia ni desde el prisma de la Ley Concursal puede afirmarse que el trámite de homologación de un laudo extranjero tenga su fundamento jurídico en la legislación concursal o que guarde una relación inmediata con la insolvencia.¹³⁴¹ Deriva de ello que la competencia para conocer del mismo queda excluida de la *vis attractiva concursus* internacional que prevén ambos instrumentos. De este modo, la determinación del tribunal competente permanecerá regida por los criterios atributivos generalmente aplicables.

Esta conclusión no supone una amenaza para la jurisdicción española, ya que es materia pacífica que la competencia para decidir sobre la reconocibilidad y ejecutabilidad de un laudo extranjero corresponde exclusivamente a los tribunales del Estado en cuyo territorio se

¹³⁴¹ Respecto a la interpretación de esta expresión vide el Capítulo II.B.1 en cuanto al Reglamento de Insolvencia y el Capítulo III.B.1.a en cuanto a la Ley Concursal.

pretende obtener tal pronunciamiento. Así lo proclaman de forma indubitada los arts. 8.6 LA y 955 LEC 1881, en línea con la filosofía territorialista que subyace al régimen de reconocimiento y ejecución contenido en el Convenio de Nueva York y a la Ley Modelo de Arbitraje.

436. Mayores dudas podrían surgir en cuanto a la competencia objetiva y territorial, en donde la apertura de un procedimiento concursal activa una amplia regla de *vis attractiva* interna prevista en los arts. 86 ter.1 LOPJ y 8 LC. De acuerdo con ambos preceptos, el juez del concurso es competente exclusiva y excluyentemente, entre otras cosas, para conocer de “1° Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado”¹³⁴² y de “3° Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado”.

Por una parte, no parece apropiado que el procedimiento de homologación pueda incluirse en la competencia sobre las acciones de ejecución previstas en el apartado tercero de los mencionados artículos. En efecto, tal y como quedó expuesto en el epígrafe anterior, la inclusión del laudo en la lista de acreedores no equivale a una declaración judicial ordenando la ejecución forzosa del mismo ni requiere que exista una resolución previa con este tenor. Para ello basta con que el laudo tenga carácter ejecutivo y produzca el efecto de cosa juzgada material, lo que en el caso de laudos extranjeros deriva de la obtención de su exequátur. En consonancia, la función de la administración concursal al conformar la masa pasiva es, como bien reconoce el título del art. 86 LC, la de “reconocimiento de créditos”, por lo que la competencia requerida del juez que decida sobre la homologación del laudo ha de ser entendida dentro de esos mismos parámetros. De hecho, el propio Derecho arbitral regula como trámites plenamente independientes los procedimientos de reconocimiento y exequátur, primero, y el de ejecución forzosa, segundo. Mientras que para aquél son ordinariamente competentes las Salas de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, para éste lo son los Juzgados de Primera Instancia.¹³⁴³

437. Por el contrario, sí parece que la acción de homologación pueda encajarse en el tenor del apartado primero de los arts. 86 ter.1 LOPJ y 8 LC. Su naturaleza civil está fuera de toda duda y la trascendencia patrimonial de su resultado viene puesta de manifiesto por la inclusión

¹³⁴² Este apartado contiene algunas excepciones referidas a los “procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a los que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, que no deberían afectar al arbitraje.

¹³⁴³ Art. 8.6 LA, primero y segundo párrafo respectivamente. Idéntico régimen se prescribe en los arts. 73.1.c) y 85 LOPJ y en el art. 955, párrafo tercero LEC 1881, todos modificados por la Ley 11/2011.

“necesaria” del crédito en la masa pasiva del concurso tan pronto como se dicte su resolución.¹³⁴⁴ Sobre esta base, varios autores han defendido que aquellos acreedores que pretendan obtener el exequátur de un laudo tras la apertura del procedimiento de insolvencia¹³⁴⁵ habrán de tramitarlo a través del correspondiente incidente concursal frente al Juez Mercantil.¹³⁴⁶ Con ello se contribuye a la rapidez y simplicidad de tramitación convenientes en situaciones de insolvencia¹³⁴⁷ a la vez que no se mantiene el efecto *erga omnes* de la decisión de homologación debido al carácter plenario del incidente concursal.¹³⁴⁸ Esta es también la opinión generalizada con respecto al reconocimiento de sentencias judiciales que quedan sometidas al régimen autónomo y que, por tanto, no se benefician del reconocimiento automático previsto en el régimen europeo.¹³⁴⁹

La apuesta por el incidente concursal tampoco encuentra obstáculos de naturaleza sistemática. Dado que tanto este régimen concursal como el procedimiento ordinario de reconocimiento de laudos están recogidos en normas con rango de ley (art. 8 LC y arts. 8.6 LA y 955 LEC 1881, respectivamente) y de ley orgánica (arts. 86 ter.1 y 73.1.c LOPJ, respectivamente) no puede entenderse que ninguna solución goce de superioridad jerárquica sobre la otra. Ante esta paridad, la especialidad de la normativa concursal y la proclamación de una competencia “exclusiva y excluyente” favorecen su prevalencia sobre el régimen general de reconocimiento de laudos, y ello aunque éste no prevea ninguna excepción para el caso de insolvencia.

Llevada a la práctica, esta posición implicaría que si un acreedor potencial ejercitara una acción de exequátur ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia correspondiente, ésta debería abstenerse de conocer y remitir al demandante a “usar su derecho ante al juez concursal” en cumplimiento con el art. 50.1 LC (nuevos juicios declarativos). Por el contrario, si el procedimiento de homologación ya se encontrara en

¹³⁴⁴ La interpretación amplia de este requisito del art. 8.1º LC viene expuesta con detalle en M. Díaz Martínez, *El incidente...*, *cit.*, 33-36, con cita a las Sentencias del JM Madrid (núm. 6), de 12 septiembre 2011, FJ 2º y de la AP Madrid (Sección 12ª), de 19 mayo 2010, FJ 4º.

¹³⁴⁵ La homologación concedida con antelación a la apertura del concurso según el procedimiento ordinario mantiene plenos efectos en el seno de la insolvencia.

¹³⁴⁶ A. García Pombo, *Comunicación...*, *cit.*, 46 y N. Bermejo Gutiérrez, “Artículo 86...”, *cit.*, 1547.

¹³⁴⁷ Así lo refiere el apartado X de la Exposición de Motivos de la LC al hablar del incidente concursal.

¹³⁴⁸ M. Díaz Martínez, *El incidente...*, *cit.*, 17-18. Por esta misma razón, el art. 9 LC referido a la prejudicialidad concursal sin efectos de cosa juzgada no sería aplicable a estos casos. Vide D. Vallespín Pérez, “La prejudicialidad en el proceso concursal” (2013) 1 *Justicia* 127, 137.

¹³⁴⁹ Vide con detalle, P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Inclusión en los concursos...”, *cit.*, 258-259.

tramitación en el momento de la declaración de concurso, el art. 51.1 LC permitiría su continuación ante el mismo tribunal hasta la firmeza de la sentencia.¹³⁵⁰

Finalmente, la opción por la atribución de competencia al juez del concurso produciría una importante consecuencia sobre la recurribilidad de la resolución de homologación. En efecto, el régimen general del art. 955 LEC 1881 diseña el exequátur como un procedimiento de única instancia, sin que quepa recurso ulterior alguno. Aparentemente este es también el régimen aplicable a las sentencias dictadas en incidentes concursales en virtud del art. 197.4 LC. Sin embargo, el propio precepto recoge expresamente la posibilidad de que las partes puedan “reproducir la cuestión [resuelta mediante incidente] en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días”. Es decir, más allá de la polémica que jurisprudencialmente ha envuelto a esta norma,¹³⁵¹ el tenor literal del artículo permitiría al acreedor arbitral cuyo laudo no haya sido homologado por el juez del concurso la posibilidad de interponer recurso con el fin de obtener un segundo examen de la cuestión y, en su caso, incorporarse a la masa pasiva del concurso. De acuerdo con el *iter* procesal del procedimiento de insolvencia, esta posibilidad se haría efectiva en las apelaciones frente a la resolución de apertura de la fase de convenio, de apertura de la fase de liquidación o de aprobación de la propuesta anticipada de convenio.¹³⁵²

438. Deriva de esta interpretación que la subsunción de la acción de homologación dentro de la competencia concursal podría incrementar la agilidad de su tramitación y reportar beneficios procesales y económicos al deudor concursado y al conjunto de los acreedores. No obstante, no cabe ignorar que este beneficio individualizado se produciría a cambio de un perjuicio diluido en la práctica arbitral española. La sustitución del procedimiento ordinario frente a la Sala de lo Civil y lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia por el incidente concursal frente al Juez Mercantil implica tanto la rebaja de la jerarquía judicial del tribunal competente como la fragmentación jurisdiccional y el sacrificio de la especialización que los Tribunales Superiores ostentan como únicos órganos competentes para la concesión de exequátur

¹³⁵⁰ El procedimiento de homologación no cae dentro de ninguna de las excepciones previstas por el art. 51.1 LC para la acumulación (juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y contra los auditores).

¹³⁵¹ La polémica se centra en si la posibilidad de recurso ha de alcanzar cualquier pretensión (como deriva del tenor literal de la norma y corroboran el Auto de la AP Madrid (Sección 28ª), de 15 marzo 2011 y, la Sentencia de la AP Huesca (Sección 1ª), de 18 octubre 2009) o si, por el contrario, ha de excluir las cuestiones relativas a la aprobación de inventario y la elaboración de la lista de acreedores (como defienden la Sentencia de la AP Castellón (Sección 3ª), de 15 febrero 2010 y Autos de la AP Barcelona (Sección 15ª), de 27 marzo 2009, 16 enero 2007 y 24 julio 2006) [ninguna de ellas relativas a la cuestión específica de arbitraje]. La reforma de la Ley Concursal introducida por la Ley 38/2011 no ha eliminado esta incertidumbre.

¹³⁵² M. Díaz Martínez, *El incidente...*, cit., 133.

arbitrales. Todos ellos criterios fundamentales en la estrategia del legislador durante el diseño del sistema español de reconocimiento de laudos extranjeros.¹³⁵³ Como se vio en el párrafo anterior, implica también la potencial multiplicación de instancias disponibles para las partes involucradas en la homologación del laudo y, por tanto, la pérdida de celeridad pretendida por el legislador.¹³⁵⁴

Es posiblemente por esta razón que, a pesar de la existencia una mayoría doctrinal clara a favor del tramitar la homologación a través del incidente concursal, la escasa jurisprudencia al respecto ha optado, con acierto, por adoptar una postura de deferencia hacia la distribución competencial diseñada por el legislador en pro de una decidida política en favor del arbitraje internacional.¹³⁵⁵ Así, la Sentencia de la AP Pontevedra (Sección 1ª), de 27 de septiembre de 2013, rechazó reclamar la operatividad de la *vis attractiva* concursal respecto a las pretensiones de exequátur de cuatro laudos ingleses y reconoció la competencia exclusiva de las Salas de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia.¹³⁵⁶

Esta decisión no ha de sorprender. Como quedó expuesto en la Sección anterior, es una postura acorde con la jurisprudencia que en materia de acciones de anulación también han optado por mantener la eficacia de las normas ordinarias de atribución de competencia a pesar de la existencia de un procedimiento concursal. Sería, además, una manifestación indubitada de la concienciación estratégica que no solo el poder legislativo sino también el judicial han tomado con respecto a la necesidad de ofrecer y garantizar un régimen estable, concentrado y cualitativamente irreprochable en el tratamiento del arbitraje internacional por órganos judiciales españoles. Por otra parte, no puede afirmarse que sea una opción que infringe la competencia exclusiva y excluyente prevista por los arts. 8.1º LC y 86 ter.1 LOPJ con respecto a “las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado”, pues la propia doctrina que apoya la utilización del incidente concursal reconoce que son varias las acciones de naturaleza civil que quedan excluidas de la *vis attractiva* del

¹³⁵³ Exposición de Motivos de la Ley 11/2011, punto II; G. Stampa, “La reforma...”, *cit.*, 100-102; J. M. de Alfonso Olive, “Un arbitraje...”, *cit.*, 626; M. de Benito Llopis-Llombart, “Tres apuntes...”, *cit.*, 3; y M. Jasiak, “Arbitration law reform in Spain” (2010) 3 *Lewiatan Arbitration e-Review* 51.

¹³⁵⁴ C. Esplugues Mota, “España y el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros: ¿banco de prueba para una nueva frontera del arbitraje en Europa” en C. Esplugues Mota y G. Palao Moreno (eds.) y M. Penadés Fons (coord.) *Nuevas fronteras...*, *cit.*, 269, 276; R. Escaler Bascompte, “La injustificada...”, *cit.*, 394 (ambos con cierto escepticismo); y A. López de Argumedo Piñeiro y K. Menéndez de la Cuesta Llamas, “La intervención judicial en el arbitraje: análisis de jurisprudencia española reciente” (2010) 8 *Revista del Club Español de Arbitraje* 53, 66-67.

¹³⁵⁵ Como quedó expuesto en el Capítulo III, la propia Ley Concursal es portadora de esta política, tanto en los arbitrajes internos como internacionales.

¹³⁵⁶ Sentencia de la AP Pontevedra (Sección 1ª), de 27 septiembre 2013, FJ 1º. El autor desconoce la existencia de otros pronunciamientos judiciales en esta materia.

procedimiento concursal.¹³⁵⁷ Finalmente, es una interpretación acorde con la posición adoptada por el legislador de la Unión con ocasión de la reciente Propuesta de reforma de Reglamento de Insolvencia, pues según la última versión del nuevo Considerando 69 la aplicación del Derecho concursal trasfronterizo “no debe afectar a las normas nacionales sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales”.

Cabe apuntar como última nota que la tramitación separada de la solicitud del exequátur, no obstante, no implica la irrelevancia del crédito reconocido en el laudo durante el procedimiento frente al Tribunal Superior de Justicia. De acuerdo con el art. 87.3 LC, el crédito deberá ser incluido en la lista de acreedores como crédito contingente sin cuantía propia y con la calificación que corresponda, sin perjuicio de que una vez dictado el pronunciamiento judicial de reconocimiento el acreedor ostente la totalidad de los derechos concursales, incluyendo los de adhesión, voto y cobro.¹³⁵⁸ Si, además, el crédito hubiera sido comunicado fuera del plazo habilitado por la Ley Concursal para este trámite y el acreedor no contara todavía con la declaración judicial de exequátur, la falta de ejecutividad del título que sustenta el crédito contingente rebajará la calificación del mismo a subordinado, al menos de forma provisional, por efecto del art. 92.1º LC.¹³⁵⁹

iii. La ley aplicable a la homologación del laudo

439. Por último, resta ahora hacer una breve mención al régimen de ley aplicable. Junto con la remisión al procedimiento de homologación de la LEC 1881, el art. 46.2 LA también refiere *in totum* al régimen contenido en la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros. La operatividad de este instrumento en el marco de situaciones concursales puede resultar problemática, pues ni los causales tasados del art. V CNY contienen una referencia concreta a la insolvencia de las partes ni las normas de conflicto que determinan la ley aplicable para el análisis de cada uno de esos causales garantizan la aplicación (y ni siquiera el respeto) de la legislación concursal correspondiente.¹³⁶⁰ Siguiendo

¹³⁵⁷ M. Díaz Martínez, *El incidente...*, cit., 32, citando el ejemplo de las acciones civiles en el seno de procedimientos penales.

¹³⁵⁸ En este sentido, las Sentencias del JM Las Palmas de Gran Canaria (núm. 1), de 24 marzo 2011, y del JM Bilbao (núm. 1), de 14 febrero 2006, coinciden en indicar que la inclusión contingente se debe a que los créditos “están pendientes de tal reconocimiento [el que requiere el art. 86.2 LC] porque el procedimiento está en trámite”.

¹³⁵⁹ Sentencia de la AP Pontevedra (Sección 1ª), de 27 septiembre 2013, FJ 1º. Para un análisis crítico de esta regla vide V. L. Montés Penadés, “El régimen de los créditos subordinados en la Ley Concursal” (2004) 1 *Anuario de Derecho Concursal* 49, 64.

¹³⁶⁰ Vide el siguiente epígrafe para un análisis detallado de los problemas derivados de esta coexistencia.

la lógica que ya se ha aplicado en otras partes de esta obra,¹³⁶¹ la coexistencia de regímenes de calificación arbitrales y concursales habrá que resolverla de forma distinta dependiendo de si el procedimiento concursal cae dentro del ámbito de aplicación del Reglamento de Insolvencia (como será habitual en España) o si se rige por la normativa de origen interno prevista en la Ley Concursal para las insolvencias internacionales. En el primer caso, la prevalencia del Reglamento sobre la Convención y la necesidad de garantizar el *effet utile* de las soluciones del instrumento europeo obligarán a alterar el funcionamiento del art. V CNY, incluso si ello lleva a rechazar la eficacia de un laudo que hubiera resultado homologable según el régimen del art. V CNY.¹³⁶²

Ésta es la interpretación que también parece compartir el análisis que acabó prevaleciendo en la jurisprudencia polaca con ocasión de la pretensión de Vivendi de hacer valer el laudo LCIA en el seno del procedimiento concursal instado contra Elektrim.¹³⁶³ En primera instancia, el Tribunal del Distrito de Varsovia invocó de forma simultánea y confusa las soluciones derivadas del Reglamento de Insolvencia y de la Convención de Nueva York y acabó denegando la concesión del exequátur exclusivamente sobre la base de los causales previstos en el art. V CNY.¹³⁶⁴ Sin embargo, el Tribunal de Apelación corrigió la argumentación empleada en primera instancia y dio prioridad a las soluciones previstas por el Reglamento de Insolvencia en materia de arbitraje. Además, entendió que el art. 142 LPIR no era una norma de aplicación imperativa conformadora del orden público internacional polaco, lo que le llevó a revocar la sentencia apelada y a reconocer el laudo inglés.¹³⁶⁵

Por su parte, cuando no se trate de un concurso sujeto al Reglamento, la superioridad jerárquica de la Convención sobre la normativa concursal interna resultará en que el análisis de la eficacia concursal del laudo se lleve a cabo de acuerdo con los causales del art. V CNY. Así, la infracción por el tribunal arbitral de las leyes que deberían regular la competencia del tribunal y la tramitación del arbitraje según el Derecho concursal español no podrá ser motivo para denegar la homologación del laudo salvo que las normas de conflicto del art. V CNY remitan a ese mismo Derecho.¹³⁶⁶ Además, esta infracción no deberá considerarse como una violación del orden público internacional (art. V.2.b) CNY) pues, como se expuso en el

¹³⁶¹ Vide el Capítulo III.B.2.c y el Capítulo V.A.3.

¹³⁶² No obstante, vide el análisis más detallado de la relación entre la CNY y el RI en el apartado siguiente.

¹³⁶³ Vide el Capítulo V.B.2.a para un análisis más detallado de este argumento.

¹³⁶⁴ Vide el Capítulo IV.C.2 para una explicación de esta decisión.

¹³⁶⁵ *Id.* Téngase en cuenta que la Corte de Apelación basó su decisión en una interpretación de los arts. 4.2.f) y

15 RI distinta a la que mantiene el Capítulo II de esta obra.

¹³⁶⁶ Vide, con más detalle, Capítulo V.A.3 y V.B.2.b.

Capítulo IV,¹³⁶⁷ este causal ha de quedar reservado a la protección del principio de *par conditio creditorum*, que no resulta perjudicado cuando el laudo se presenta ante el propio foro concursal.¹³⁶⁸

2. La eficacia de los laudos arbitrales fuera del *forum concursus* y la coexistencia de regímenes de calificación

440. El principal objetivo de la disciplina concursal es la gestión colectiva de la insuficiencia patrimonial con el fin de maximizar el valor de la masa y adoptar la solución que resulte más beneficiosa para el conjunto de los acreedores. Es lo que algunos autores han llamado el principio de “acción colectiva”.¹³⁶⁹ La plasmación más clara de este objetivo es la prohibición generalizada de ejecuciones individuales, de modo que el procedimiento concursal se convierte en el único foro en el que pueden llevarse a cabo actos coercitivos sobre el patrimonio del deudor. De hecho, el Derecho concursal español prevé que las ejecuciones individuales que puedan realizarse después de la apertura del concurso serán nulas de pleno derecho.¹³⁷⁰

Sin embargo, presumir que en situaciones trasfronterizas el único fin de un laudo dictado contra un deudor concursal es su insinuación en el procedimiento de insolvencia es una descripción incompleta de la realidad.¹³⁷¹ Tales situaciones internacionales se caracterizan frecuentemente por la fragmentación del patrimonio del deudor en más de un Estado. Es cierto que cuando las autoridades de cada uno de esos Estados abran sendos procedimientos de insolvencia, los bienes que componen la masa patrimonial quedarán sujetos a los imperativos y limitaciones propios del régimen concursal. En esos casos, el destino que se dé a cada porción del patrimonio dependerá de la existencia o no de un procedimiento principal (como proponen el Reglamento europeo y la Ley Modelo), de las normas de conflicto que aplique

¹³⁶⁷ Vide el Capítulo IV.C.2.

¹³⁶⁸ Además, tampoco parece que sea aplicables ninguna de las dos excepciones que se explican con detalle en el Capítulo V.B.2.b.iii, pues la existencia de un concurso a efectos de mero reconocimiento no puede invocarse como una excepción de naturaleza procesal y tampoco se afecta la voluntad de *comity* española porque se trata de una insolvencia nacional.

¹³⁶⁹ Vide M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *The European...*, *cit.*, 70.

¹³⁷⁰ Aunque esta regla se contenía expresamente en el art. 55.3 LC antes de las reformas de 2011, aún debe entenderse vigente por una interpretación sistemática del precepto en relación con el art. 24.4 LC, los arts. 225 *et seq.* LEC y 238 *et seq.* LOPJ. Vide J. Alonso-Cuevillas Sayrol, “Aspectos procesales...”, *cit.*, 55.

¹³⁷¹ Una presunción que, sin embargo, se encuentra presente en estudios como K. Sachs, “Insolvency...”, *cit.*, 31 o I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso...*, *cit.*, 33 y 122, salvo una mención de paso a la hipótesis del ejecución fuera del foro concursal en 125.

cada uno de los procedimientos territoriales y de la voluntad de cooperación que las autoridades de esos Estados muestren entre ellas. A pesar de coincidir en aplicar soluciones estrictamente concursales, estas situaciones pueden de por sí ser fuente de tensión entre ordenamientos, debido a que en el panorama comparado las concepciones universalistas coexisten con visiones mucho más territorialistas de las insolvencias transfronterizas e, incluso, con Estados que carecen de un régimen al respecto.

Sin embargo, también pueden darse supuestos en los que los bienes del deudor se localicen en Estados que no hayan abierto un procedimiento concursal.¹³⁷² En efecto, es común que la competencia internacional para que un órgano judicial pueda ordenar la apertura de un concurso, siquiera con alcance territorial o de carácter secundario, está sometida a que el deudor tenga un establecimiento en ese territorio o, cuanto menos, a que demuestre suficiente conexión con él.¹³⁷³ Cuando este requisito no se satisfaga, los bienes no quedarán directamente adscritos a un procedimiento concursal y su tratamiento dependerá del eventual reconocimiento de la insolvencia extranjera, de los efectos que el Estado atribuya a tal insolvencia y de la actitud de colaboración que adopten los órganos estatales con respecto a las autoridades concursales extranjeras. Otra vez, ésta es una zona de potencial tensión e incertidumbre debido a las distintas concepciones nacionales de insolvencia trasfronteriza coexistentes en el Derecho comparado.

Es en este contexto donde se plantea la posible eficacia extra-concursal del laudo arbitral, pues la escasa satisfacción que la mayoría de los acreedores obtiene generalmente en el seno del procedimiento concursal puede llevar a que aquellos cuyo crédito venga reconocido en un laudo arbitral busquen la satisfacción individual del mismo por canales alternativos.¹³⁷⁴ Es decir, un *forum shopping* que persigue eludir los imperativos concursales y que está favorecido por las asimetrías normativas que caracterizan al infra-desarrollado sistema internacional de insolvencias transfronterizas.¹³⁷⁵

¹³⁷² Posición que no contemplan algunos autores y que, como se verá, resulta especialmente problemática. Vide P. Landolt, “Swiss Supreme...”, *cit.*, 2.

¹³⁷³ Arts. 3.2 RI o 10.3 LC, ambos requiriendo que exista un establecimiento del concursado. La existencia de un centro de interés o de conexión suficientes para abrir un procedimiento concursal territorial se emplea en Estados de tradición *common law* y cuenta con una definición mucho más abstracta y maleable que la de establecimiento.

¹³⁷⁴ Esta es una advertencia que también realizan S. Vorburger, *International Arbitration...*, *cit.*, 225 y S. Kröll, “Arbitration and Insolvency Proceedings...”, *cit.*, 360.

¹³⁷⁵ La posibilidad de esta práctica, pero sin mención al arbitraje la subraya J. A. E. Pottow, “The Myth (and Realities) of Forum Shopping in Transnational Insolvency” (2007) 32(3) *Brooklyn Journal of International Law* 785, 802.

441. Frente a la potencial incertidumbre generada por esta disciplina, el régimen de reconocimiento y ejecución de laudos internacionales se caracteriza por un nivel mucho más elevado de desarrollo, uniformidad y favor estatal. La adopción de la Convención de Nueva York por más de 150 Estados es prueba irrefutable de ello. En lo que aquí interesa, el art. III CNY dispone que

“Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes. Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente Convención, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.”

Es decir, la Convención concibe el reconocimiento y la ejecución de los laudos extranjeros no como una potestad sino como una obligación de los Estados parte.¹³⁷⁶ La única excepción prevista para este régimen se encuentra en el art. V CNY, que proporciona una relación de causales que permiten (ni siquiera obligan a) denegar la eficacia del laudo:

“1. *Sólo se podrá* denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:[...]”

Como indica la cursiva en la cita (añadida por el autor), el catálogo de causales es una lista *numerus clausus*, de modo que los órganos judiciales de los Estados parte no pueden recurrir a ningún otro motivo para impedir que el laudo despliegue sus efectos en su territorio. De hecho, el único supuesto en el que la Convención permite apartarse del régimen previsto en su articulado se da cuando el resultado pudiera ser más beneficioso para el arbitraje que el derivado de aplicar la propia Convención (art. VII CNY). La inclusión de esta lista fue uno de los mecanismos empleados por los redactores de la Convención para mejorar el régimen del Convenio de Ginebra de 1927, fortalecer la eficacia de los laudos internacionales e impedir la

¹³⁷⁶ En este sentido, G. Born, *International Commercial...*, cit., 3413 y 3417, con cita de abundante jurisprudencia.

entrada de otras consideraciones nacionales.¹³⁷⁷ Es por esta razón que, además de tener carácter tasado, los causales han de interpretarse de forma estricta.¹³⁷⁸

El tenor pro-arbitral de la Convención también se manifiesta en la libertad que de forma implícita reconoce el instrumento en cuanto a la elección del lugar en el que instar el reconocimiento y la ejecución del laudo. El acreedor arbitral goza de total autonomía para escoger el foro o los foros en los que obtener la satisfacción de su crédito. De hecho, la Convención ni siquiera se opone a que se insten varios procedimientos de homologación y subsiguientes procedimientos de ejecución de un mismo laudo arbitral en distintos Estados parte, siendo el único límite que el conjunto de las ejecuciones no generen una cantidad mayor a la total de la condena arbitral.¹³⁷⁹ Sin lugar a dudas, éste es un régimen que permite la práctica del *forum shopping* en busca de la satisfacción del crédito derivado del laudo pues la denegación en un Estado no impide el intento simultáneo o sucesivo en otros territorios. Éste es un rasgo que tradicionalmente ha sido considerado como un éxito del régimen arbitral.¹³⁸⁰ Desde una perspectiva concursal, no obstante, ello implica que la Convención carece de mecanismos para obligar a que el acreedor solo invoque el laudo en el foro concursal.

442. Por otra parte, como ya se ha mencionado en Capítulos anteriores, ninguno de los causales del art. V CNY contempla la situación concursal como una razón con entidad propia para impedir la eficacia de un laudo arbitral. Para que esa circunstancia constituya un motivo válido de denegación es necesario que pueda ser calificada de acuerdo con las categorías que inspiran el régimen del art. V CNY. Además, incluso cuando esta subsunción sea posible, la diferencia entre las normas de conflicto aplicables a cada causal y las contenidas en el Derecho concursal internacional de cada Estado impide garantizar que el análisis que realicen los órganos judiciales en sede de reconocimiento y ejecución vaya a coincidir con las soluciones previstas desde la perspectiva concursal. Ello puede producir que se reconozca eficacia a laudos

¹³⁷⁷ P. Sanders, “The making of the Convention” en Naciones Unidas, *Enforcing Arbitral Awards Under the New York Convention: Experience and Prospects* (Nueva York: Naciones Unidas, 1999) 3 (disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/NYCDay-e.pdf>). El tenor pro-arbitral de la Convención también lo reconoce expresamente en España el Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 5 mayo 1998.

¹³⁷⁸ G. Born, *International Commercial...*, cit., 3425; P. Nacimiento, “Article V(1)(a)” en N. Port, D. Otto *et al.* (eds.) *Recognition...*, cit., 205, 209; N. Blackaby, M. Hunter, C. Partasides y A. Redfern, *Redfern and Hunter...*, cit., 639, pág. 11.57; C. Esplugues Mota, “La aplicación del Convenio de Nueva York de 1958 por parte de los tribunales españoles” (2009) 2 *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión* 291, 319; E. Gaillard y J. Savage, *Fouchard...*, cit., pág. 1694; y A. van den Berg, *The New York...*, cit., 267-268.

¹³⁷⁹ Auto del JPI Rubí (núm. 3), de 11 junio 2007, citado con aprobación en A. López de Argumedo Piñeiro y K. Menéndez de la Cuesta Llamas, “La intervención...”, cit., 69-70. En el mismo sentido, G. Born, *International Commercial...*, cit., 2979.

¹³⁸⁰ J. Lew, L. Mistelis y S. Kröll, *Comparative...*, cit., 703 y A. van den Berg, *The New York...*, cit., 269.

derivados de un procedimiento que no haya sido tramitado con respeto a las normas que deberían haber sido aplicadas según las previsiones del Derecho concursal o que, incluso cuando el tribunal arbitral haya respetado esas normas, se plantee la ejecución individual del laudo en contra de la prohibición prevista en el concurso extranjero.

443. El estudio de la efectividad que el régimen convencional arbitral deba de tener en situaciones de insolvencia y la posible frustración concursal que de él puede derivar requiere distinguir entre los supuestos de aplicación del Reglamento de Insolvencia y los casos en los que se ha de recurrir al Derecho concursal trasfronterizo de origen interno. El punto de partida en ambos escenarios ha de ser que, en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, la Convención constituye *lex specialis* frente a la normativa concursal y que su origen supra-estatal convierte a la aplicación del régimen tasado y estricto del art. V CNY en una obligación de carácter internacional para los órganos judiciales de todos los Estados parte.¹³⁸¹ Además, también será necesario identificar si la parte que invoca el laudo persigue únicamente obtener el reconocimiento del mismo o si, por el contrario, su objetivo incluye también la ejecución individual del pronunciamiento arbitral. Aunque ambas pretensiones se rigen por la Convención de Nueva York y en España conducen a la tramitación de un expediente común de homologación (arts. 951-958 LEC 1881), el impacto que cada una de ellas produce sobre el patrimonio concursal es sustancialmente diferente. Mientras que con el reconocimiento solo se busca hacer valer el efecto de cosa juzgada que produce la resolución arbitral, con la ejecución se persigue la materialización del pronunciamiento en una medida coercitiva dirigida a la reducción patrimonial del deudor en beneficio del acreedor, algo que *a priori* contraviene la lógica concursal.

a. La prevalencia del Reglamento de Insolvencia sobre la Convención de Nueva York

444. Las normas de conflicto relativas a arbitraje que prevé el Reglamento de Insolvencia en los arts. 4 y 15 son relevantes para todas las acciones de reconocimiento y ejecución presentadas ante las autoridades de cualquier Estado Miembro que se dirijan contra una parte sometida a

¹³⁸¹ Así, el art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), de 23 mayo 1969, dispone bajo el título “*pacta sunt servanda*” que “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

un procedimiento concursal en otro Estado de la Unión.¹³⁸² En todos estos casos, la superioridad normativa del régimen del Reglamento y la necesidad de asegurar el *effet utile* de sus normas se deberá traducir en la prevalencia del instrumento europeo sobre las soluciones previstas en el art. V CNY. Esta interpretación es acorde con la postura mantenida anteriormente en relación con los otros supuestos en que también se pone de manifiesto la coexistencia de sistemas de calificación: el reconocimiento de convenios arbitrales internacionales, las acciones de anulación y el exequátur de laudos en el *forum concursus*.¹³⁸³

Esto no implica que cuando se pretenda hacer valer un laudo en estas circunstancias el régimen de la Convención haya quedado plenamente desactivado por el Reglamento. De hecho, el Considerando 69 de la Propuesta de reforma del Reglamento de Insolvencia dispone que la existencia de soluciones específicas para arbitraje “no debe afectar a las normas nacionales sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales”, lo cual también podría incluir a aquellas que estén basadas en un instrumento internacional, como es el caso de la Convención de Nueva York.¹³⁸⁴ Sin embargo, a la hora de determinar los efectos que la declaración de concurso produce sobre los distintos causales del art. V CNY, las normas de conflicto del Reglamento prevalecerán sobre las de la Convención.

Así, a la hora de determinar el impacto que la insolvencia de una de las partes genere sobre la validez y eficacia del convenio arbitral no se acudirá a la ley que éstas hayan elegido o, en su defecto, a la ley de la sede arbitral (art. V.1.a) CNY), sino a la *lex fori concursus* (art. 4.2.e) RI). Por su parte, los derechos procesales mínimos que ostenten el deudor y la administración como consecuencia de la apertura del concurso y que se protegen a través del art. V.1.b) CNY no se determinarán según el régimen conflictual ordinario de ese precepto, sino a la luz de las adaptaciones procedimentales que impongan las leyes aplicables según los arts. 4.2.f) y 15 RI.¹³⁸⁵ En tercer lugar, también habrá que acudir a la *lex fori concursus* y no a la *lex fori* del

¹³⁸² Se excluyen los casos en que coincidan el Estado de apertura del procedimiento concursal y el de ejecución del laudo pues en esos supuestos no se plantearía la eficacia *fuera* del *forum concursus*, que es la materia tratada en ese epígrafe.

¹³⁸³ Vide Capítulos III.B.2.c, V.A.3 y V.B.1.b respectivamente.

¹³⁸⁴ En *German Graphics*, párs. 18-19, el TJUE ya había declarado que el art. 25 RI (referente al reconocimiento y ejecución de resoluciones no concursales y remitente al Convenio y Reglamento de Bruselas) solo era aplicable a las resoluciones cubiertas por esos instrumentos y no a las que quedaran excluidas de los mismos por sus respectivos arts. 1, como es el caso del arbitraje.

¹³⁸⁵ Si bien es cierto que I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso...*, *cit.*, 130 defiende la necesidad de que las soluciones de origen concursal se “integren” en el análisis de las normas arbitrales sobre reconocimiento y ejecución (nombrando los causales 1.a), 1.b), 1.d), 2.a) y 2.b) CNY), el autor no hace referencia alguna al problema de la coexistencia de regímenes de calificación que motiva esta explicación y tampoco diferencia entre casos gobernados por el Reglamento de Insolvencia y casos que no. Es, por tanto, una explicación insuficiente y conducente a posibles errores de juicio. Sí que acierta, no obstante, en apuntar la necesidad de garantizar el *effet utile* de la legislación europea.

Estado requerido si sus órganos judiciales deciden calificar el suceso concursal como una cuestión de arbitrabilidad (art. V.2.a) CNY). Por último, si el laudo tuviera carácter cautelar y persiguiera poder facilitar la ejecución futura de un pronunciamiento definitivo, la prohibición de medidas cautelares post-concurso impuesta por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia convertiría a éste en un caso de exceso de competencia por parte del tribunal y podría subsumirse en el art. V.1.c) CNY.¹³⁸⁶ En todos estos casos, la contravención de las leyes indicadas por las normas de conflicto previstas en el Reglamento de Insolvencia podrá ser razón suficiente para impedir la eficacia del laudo en el territorio de la Unión, incluso cuando el objetivo sea su mero reconocimiento. Ésta es la consecuencia de la necesidad de garantizar el *effet utile* del Derecho europeo.¹³⁸⁷

445. Para que esta interpretación sea realmente aplicable habrá que cerciorarse de que el laudo en cuestión cumple con dos requisitos, uno temporal y otro geográfico. Por una parte, será necesario que la decisión arbitral se haya dictado con posterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia, ya que el ámbito de aplicación de los arts. 4 y 15 RI se restringe a los convenios y procedimientos arbitrales que no han concluido en el momento de la declaración concursal. Si el título arbitral fuera anterior a esa fecha, permanecerá sometido a las normas de conflicto ordinarias del art. V CNY. Es decir, resultará irrelevante que el convenio no hubiera podido ser accionado tras la declaración concursal o que se tuvieran que haber introducido ciertas adaptaciones procesales para acomodar la circunstancia concursal. En esos casos la insolvencia constituye un evento post-arbitral cuyos efectos no pueden retrotraerse a los arbitrajes concluidos antes de su declaración.¹³⁸⁸

Por la otra, podría pensarse que la superioridad de la solución del art. 4.2.e) RI sobre la del art. V.1.a) CNY podrá defenderse con respecto de todos los laudos, independientemente de que la sede arbitral se hubiese situado dentro o fuera de la Unión. En efecto, el Capítulo II defendió que la sumisión de los convenios arbitrales a la *lex fori concursus* en virtud del art. 4.2.e) RI con el fin de determinar los efectos que la declaración concursal produce sobre su validez y eficacia ha de predicarse con respecto a todos los convenios que vinculen al concursado, sin importar la localización de su sede.¹³⁸⁹ Sin embargo, esta interpretación no puede implicar que el Reglamento también prevalezca sobre la Convención de Nueva York

¹³⁸⁶ La mencionada jurisprudencia se expuso en el Capítulo III.B.3.a.i.

¹³⁸⁷ La doctrina del *effet utile* en el contexto del arbitraje se explica en el Capítulo III.B.2.c.

¹³⁸⁸ Además, como quedó expuesto en el Capítulo IV.A.3.b, el punto temporal en el que se ha de analizar la validez y operatividad del convenio al amparo del art. V.1.a) CNY no puede ser nunca posterior al momento de la producción del laudo. Lo mismo es aplicable a las cuestiones de procedimiento relevantes bajo el art. V.1.b) CNY.

¹³⁸⁹ Vide Capítulo II.C.3.a.

en el caso de laudos dictados fuera de la Unión. Esto es, en casos como los del ya mencionado laudo CCI dictado en Ginebra contra una concursada portuguesa y cuya validez fue confirmada por el Tribunal Federal suizo mediante sentencia de 2012.¹³⁹⁰

Ello se debe a que en esos supuestos la colisión de soluciones entre el Reglamento y la Convención no es una situación exclusivamente intra-UE, sino que también afecta a los intereses de Estados no miembros. En concreto, a los del Estado en el que se dictó el laudo y respecto del cual el art. III CNY impone la obligación internacional de dar eficacia a “sus” resoluciones arbitrales.¹³⁹¹ La eficacia de la Convención en estos supuestos no puede verse comprometida por una norma intra-UE, incluso cuando el concurso se hubiera abierto en el territorio de la Unión y la solicitud de reconocimiento y ejecución se presente también en un Estado Miembro. Por tanto, la evaluación del laudo deberá llevarse a cabo exclusivamente a la luz de las categorías y normas de conflicto de la Convención. Para evitar que este tipo de situaciones frustren el *effet utile* del Reglamento y acaben legitimando un *forum shopping* que expresamente prohíbe su Considerando 4, será necesario que el Estado Miembro requerido interprete que su obligación de garantizar la eficacia del régimen europeo previsto en el art. 4.2.e) RI forma parte de su orden público internacional (art. V.2.b) CNY). Esta posibilidad es afín a la existencia de un orden público europeo¹³⁹² y su aplicación al arbitraje no es totalmente ajena a la jurisprudencia de la Unión.

Así, la Sentencia del TJUE en *Eco Swiss* establece que el causal de orden público también incluye la obligación de los Estados de aplicar y respetar el Derecho de la Competencia de origen europeo, de modo que deba denegarse la validez a un laudo cuyo contenido contravenga el régimen *antitrust* de la Unión.¹³⁹³ La misma filosofía se ha aplicado en asuntos relacionados con derechos de los consumidores¹³⁹⁴ y de los agentes comerciales.¹³⁹⁵ Es cierto que la normativa que generó cada una de estas resoluciones tenía una naturaleza principalmente sustantiva, frente al plano fundamentalmente internacional-privatista en el que

¹³⁹⁰ Vide el Capítulo IV.A.3.c para un estudio de este caso.

¹³⁹¹ El posesivo “sus” se escribe entrecomillado porque, en realidad, el laudo no es una resolución de ese Estado sino de un tribunal arbitral internacional situado en él. En cualquier caso, este territorialismo también subyace en la redacción del art. I CNY, por mucho que numerosos autores aboguen por una concepción plenamente deslocalizada o anacional del arbitraje internacional.

¹³⁹² Respecto a mismo, vide la literatura mencionada en el Capítulo IV.D.2.a.

¹³⁹³ *Eco Swiss*, *cit.*, párs. 36-39. Vide también la Sentencia del TJUE en los Asuntos conjuntos C-295-298/04 (*Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA; Antonio Cannito v Fondiaria Sai SpA; y Nicolo Tricarico, Pasqualina Murgolo v Assitalia SpA*), [2006] ECR I-6619, pág. 31.

¹³⁹⁴ Asuntos C-40/08 (*Asturcom Telecomunicaciones SL v Cristina Rodriguez Nogueira*), [2009] ECR I- 09579, pág. 40, y C-168/05 (*Elisa Maria Mostaza Claro v Centro Movil Milenium SL*) [2006] ECR I-10421, párs. 36-39.

¹³⁹⁵ Asunto C-381/98 (*Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Ltd*), [2000] ECR I-9305, pág. 25.

opera el Reglamento de Insolvencia. Ésta puede ser una distinción clave con respecto a la posibilidad de recurrir al causal del orden público en el marco de la Convención.¹³⁹⁶ Sin embargo, podría defenderse con carácter tentativo¹³⁹⁷ que tanto uno como otro son instrumentos normativos que contribuyen a fortalecer el Mercado interior, que es uno de los objetivos fundamentales del proyecto de la Unión.¹³⁹⁸

446. La solución aquí mantenida debe prevalecer sobre las propuestas realizadas por otros autores respecto de la misma problemática. Así, no parece adecuado que la relación entre el Reglamento y la Convención pueda resolverse a través del principio *favor arbitrii* previsto en el art. VII CNY, que permite la introducción de soluciones más favorables al arbitraje cuando el régimen aplicable según el articulado de la Convención llevaría a una menor ineficacia del convenio o del laudo arbitral.¹³⁹⁹ El error en la invocación de este precepto es doble. Primero, ignora la relación jerárquica existente entre los dos instrumentos en situaciones intra-UE, pues al igual que el Reglamento debe tener aplicación preferente sobre el art. V CNY también lo ha de hacer sobre el art. VII CNY. Segundo, es una solución que *de facto* condiciona su activación a que el resultado derivado de la aplicación del régimen europeo sea más favorable que el de la Convención, por lo que no es una interpretación orientada a buscar el *effet utile* del régimen europeo ni la consistencia desde un punto de vista conflictual, sino solo la prevalencia resultadista del arbitraje por encima del concurso.

Misma opinión crítica merece el argumento que defiende la posibilidad de superar la coexistencia de calificaciones entre el Reglamento y la Convención a través de la inclusión de las normas de conflicto arbitrales en la ley que se declare aplicable por parte del Reglamento. Esto es, reenvío en favor de la lógica arbitral. Así, según esta posición si se recurre a la *lex fori concursus* también habría que incluir tanto la calificación del problema concursal que realiza ese Derecho desde un punto de vista arbitral como las normas de conflicto necesarias para determinar la ley aplicable a esa categoría.¹⁴⁰⁰ Esta interpretación ha de ser rechazada por las razones que ya se expusieron en la primera Sección de este Capítulo y que, sucintamente,

¹³⁹⁶ Así lo demuestra la reciente sentencia del Tribunal de Justicia en el Asunto C-536/13 (*Gazprom OAO v Lietuvos Respublika*) [2015] Rec. I-000, párs. 39-41, que declara la posibilidad de reconocer laudos que contienen *antisuit injunctions* con respecto a otros Estados Miembros. Dado que la sentencia basa su fallo sobre la idea de que esas *injunctions* no cercenan el principio de confianza mutua que inspira el Reglamento Bruselas I y la jurisprudencia *West Tankers* (?!), se hace imposible afirmar con certeza que el deber de los Estados de la Unión de garantizar la eficacia del régimen de Derecho internacional privado europeo forma parte del orden público de la Convención de Nueva York. La sentencia, además, tampoco menciona la doctrina *Eco Swiss*, *cit.*

¹³⁹⁷ La misma duda ya se planteó en el Capítulo IV.D.2.a.

¹³⁹⁸ Así lo reconoce en el marco del Reglamento de Insolvencia el Asunto *Ralph Schmid*, *cit.*, pág. 25.

¹³⁹⁹ Así lo sugiere S. Vorburger, *International Arbitration...*, *cit.*, 206.

¹⁴⁰⁰ M. Robertson, "Cross-border insolvency...", *cit.*, 129.

se fundaban en tres puntos.¹⁴⁰¹ Primero, el rechazo general al reenvío por parte del Reglamento de Insolvencia. Segundo, la necesidad de restringir el ámbito del Reglamento a cuestiones concursales, sin introducir por la puerta de atrás todo el régimen arbitral. Y tercero, la imposibilidad de garantizar que, incluso si se sigue esa propuesta, se acabe coincidiendo con la ley aplicada por el tribunal arbitral.

i. El caso concreto de la ejecución anti-concursal del laudo

447. La prevalencia de las soluciones del régimen europeo sobre el arbitral deviene más evidente cuando la pretensión del acreedor no abarca solo el reconocimiento del laudo sino que también incluye su ejecución. Aunque el Reglamento carece de una norma que proscriba este tipo de acciones, no es una cuestión que ha sido olvidada por el legislador. Por el contrario, en línea con la norma de conflicto general, el art. 4.2.f) RI establece que la admisibilidad de esta clase de pretensiones ha de someterse al régimen previsto por la *lex fori concursus*, sin que sea posible recurrir a una ley distinta para legitimar un acto de ejecución en perjuicio de la masa de acreedores. Esta es una solución que ha sido confirmada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, aunque varios de esos asuntos también reconocen que la prohibición de ejecuciones individuales constituye la práctica habitual en los Derechos concursales de los Estados Miembros.¹⁴⁰² Así lo manifiesta en España el art. 55.1 LC, según el cual

“Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.[...]”¹⁴⁰³

Ninguno de los causales del art. V CNY ofrece una redacción que permita el encaje indubitado de este tipo de prohibiciones en la estructura de la Convención. Sin embargo, ello no ha de traducirse en que sea necesario llevar a cabo una interpretación expansiva de ninguno de ellos para garantizar la eficacia del mandato concursal, ya que las normas del Reglamento ofrecen mecanismos suficientes para alcanzar este resultado. En efecto, según el art. 16 RI la apertura de un procedimiento de insolvencia en un Estado de la Unión gozará de reconocimiento

¹⁴⁰¹ Vide la crítica a Robertson en el Capítulo V.A.3.

¹⁴⁰² *Probud*, cit., párs. 43-44 y *Semiconductor*, cit., párs. 69-70, en línea con la Opinión de la AG Kokkot en este último Asunto, párs. 84-85.

¹⁴⁰³ Una regla equivalente puede encontrarse en el art. 568 LEC.

automático en todos los otros Estados Miembros desde el momento en que la resolución devenga eficaz en el Estado de origen.¹⁴⁰⁴

Además, el art. 17 RI prevé que, como consecuencia de dicho reconocimiento, la resolución de apertura producirá en todo el territorio de la Unión los efectos que le atribuya la ley del Estado de apertura. Sin lugar a dudas, uno de esos efectos incluye la prohibición de ejecuciones individuales que pueda prever la *lex fori concursus*,¹⁴⁰⁵ lo que conducirá necesariamente a la inadmisión por improcedibilidad (que no por incompetencia)¹⁴⁰⁶ de las solicitudes de ejecución de laudos que puedan presentarse.¹⁴⁰⁷ De hecho, algún autor ha empleado estos preceptos para defender que la existencia de ejecuciones individuales es una situación “imposible” en el territorio de la Unión.¹⁴⁰⁸

448. En realidad, y sin considerar aquí el caso de los derechos reales previsto en el art. 5 RI,¹⁴⁰⁹ la única excepción a esta congelación paneuropea de ejecuciones individuales podrá plantearse en las escasas ocasiones en que el procedimiento de insolvencia no sea reconocido en el resto de los Estados Miembros. Esta posibilidad está restringida a los supuestos en que tal reconocimiento “pueda producir efectos claramente contrarios al orden público de dicho Estado [receptor], en especial a sus principios fundamentales o a los derechos y a las libertades individuales garantizados por su Constitución” (art. 26 RI).

La definición de esta excepción se ha de llevar a cabo a través de los criterios de interpretación estricta aplicados a la cláusula de orden público del Reglamento Bruselas I,¹⁴¹⁰ lo que condujo al Tribunal de Justicia en el Asunto *Eurofood* a reducirla a los supuestos en que exista “una

¹⁴⁰⁴ Así lo han declarado en España decisiones como los Autos de la AP Madrid (Sección 28ª), de 30 septiembre 2011 y de 21 febrero 2008, de la AP Madrid (Sección 25ª), de 17 octubre 2008, y del JM Málaga (núm. 1), de 2 septiembre 2005, o la Resolución de la DGRN de 11 junio 2010 (*BOE* núm. 192, de 9 agosto 2010).

¹⁴⁰⁵ En el mismo sentido, U. Haas, “The enforcement of football-related arbitral awards by the Court of Arbitration for Sport (CAS)” 2014 (1) *International Sports Law Review* 12, 22 y G. Moss, I. Fletcher y S. Isaacs, *The EC Regulation...*, cit., 173.

¹⁴⁰⁶ Como declara la Evaluación externa de los Profesores Hess, Oberhammer y Pfeiffer, 204-205, la declaración concursal no afecta *per se* a las normas de competencia ordinarias aplicables a ejecuciones civiles y mercantiles basadas en sentencias judiciales y laudos arbitrales. Su efecto se reduce a imponer la inadmisibilidad de las mismas.

¹⁴⁰⁷ Esta decisión no debería constituir una violación de la Convención de Nueva York equivalente a un acto de expropiación que legitime el recurso al arbitraje de inversiones. Así lo declaró el Laudo final CIADI de 12 noviembre 2010 en la disputa *Frontier Petroleum Services Ltd. v República Checa*, párs. 469-520, invocando la prevalencia del Derecho concursal y la regla de *par conditio creditorum* (disponible en <http://www.italaw.com/documents/FrontierPetroleumv.CzechRepublicAward.pdf>). No obstante, se ha de tener en cuenta que en ese caso la ejecución se instó en el mismo Estado en el que se tramitaba el concurso, lo que deja sin resolver los supuestos en los que la acción se pretende fuera del *forum concursus*, sobre todo cuando no exista un régimen concursal transfronterizo único entre el *forum concursus* y el *forum executionis* (como ocurre fuera del ámbito de aplicación del Reglamento de Insolvencia).

¹⁴⁰⁸ M. Llorente Sánchez-Arjona, *Tratamiento procesal...*, cit., 162.

¹⁴⁰⁹ Vide al respecto la reciente Sentencia del Tribunal en el Asunto *Hermann Lutz*, cit., párs. 28-45

¹⁴¹⁰ Así lo declaran *Probud*, cit., párs. 31-34; *Eurofood*, cit., pár. 62; y el Informe Virgós/Schmit, pár. 204. Una interpretación aún más estricta la defiende J. L. Iriarte Ángel, “Reconocimiento...”, cit., 319.

violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico del Estado requerido o de un derecho reconocido como fundamental en este ordenamiento” (pár. 63).¹⁴¹¹ *De facto*, esta definición convierte al reconocimiento automático en la situación absolutamente dominante en la operativa del Reglamento¹⁴¹² e impide que la política del Estado receptor de favorecer la eficacia trasfronteriza de laudos internacionales manifestada en la Convención de Nueva York pueda invocarse para denegar el reconocimiento del concurso extranjero en beneficio de la decisión arbitral.

449. Este régimen no es solo aplicable a los laudos definitivos, sino que también debería impedir la ejecución de laudos cautelares que tengan como finalidad el aseguramiento de una condena futura.¹⁴¹³ Además, la nueva versión del Reglamento de Insolvencia también debería permitir extender su eficacia a varios tipos de procedimientos pre-concursales que hasta la fecha han quedado excluidos del instrumento europeo.¹⁴¹⁴ Con ello se conseguiría evitar la vulnerabilidad que muchos de estos procedimientos sufren en la actualidad con respecto a su reconocibilidad en el extranjero¹⁴¹⁵ y, por consiguiente, con respecto a la posibilidad de que existan ejecuciones individuales fuera de su Estado de apertura a pesar de la prohibición impuesta por la legislación aplicable en origen.¹⁴¹⁶
450. La filosofía que motiva la solución aquí defendida también ha sido empleada en relación con la ejecución de sentencias judiciales, aunque la regulación de este tipo de acciones se contenga en instrumentos distintos a la Convención de Nueva York. Así, el Auto de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 3ª), de 3 de diciembre de 2011, invocó la existencia de un procedimiento concursal en Alemania contra la parte demandada para denegar una

¹⁴¹¹ Con más detalle, S. Bariatti, “Recent Case-Law Concerning Jurisdiction and the Recognition of Judgments under the European Insolvency Regulation” (2009) *RebelsZ Bd* 73 (2009) 629, 643.

¹⁴¹² En general, vide I. Reig Fabado, “Libre circulación...”, *cit.*, 240-245. No obstante, para un caso de no reconocimiento vide la sentencia del Amtsgericht de Núremberg, de 15 agosto 2006 (In re *Hans Brochier Holdings Ltd*), ZIP 2007, 81 en relación con un concurso inglés, citada en K. Pannen, “Article 3...”, *cit.*, 195.

¹⁴¹³ Y ello sin perjuicio de que en el Capítulo 3.B.3a.ii se concluyera que los tribunales arbitrales deberían mantener su competencia cautelar a pesar de la declaración concursal.

¹⁴¹⁴ F. Garcimartín Alférez, “Los procedimientos pre-concursales en el Reglamento Europeo de Insolvencia: apuntes sobre el nuevo régimen” (2014) 22(2) *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 95, 98. Se siguen excluyendo, no obstante, los *scheme of arrangements* ingleses como consecuencia del fuerte *lobby* británico.

¹⁴¹⁵ Respecto a esta problemática vide A. Carrasco Perera y E. Torralba Mendiola, “Schemes of arrangement ingleses para sociedades españolas: una crítica” (2011) 14 *Revista de derecho concursal y paraconcursal* 349; C. Nieto Delgado, “Comunicación previa del art. 5.3 LC, nuevos institutos preconcursales y reglamento (CE) Nº 1346/2000” (2011) 15 *Revista de derecho concursal y paraconcursal* 199, 207-208; y F. Garcimartín Alférez, “La eficacia en España de los *schemes of arrangements* ingleses” (2010) 13 *Revista de derecho concursal y paraconcursal* 383.

¹⁴¹⁶ Ha de tenerse en cuenta que no todos los procedimientos concursales imponen este tipo de *moratorium* y, si lo hacen, no siempre tiene carácter indefinido en el tiempo. Para un buen análisis comparativo vide la respuesta de la Association for Financial Markets in Europe (AFME), High Yield Division, a la Recomendación de la Comisión sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, de 12 marzo 2014 (C(2014) 1500 final).

solicitud de ejecución individual en territorio español. Las sentencias enarboladas por el acreedor tenían origen alemán y, por tanto, quedaban sometidas el Reglamento Bruselas I.

El acierto en la resolución de este asunto, no obstante, no impide que su motivación pueda ser objeto de crítica. En efecto, según la postura mantenida en los párrafos anteriores, la Audiencia podría haber fundado su decisión en la eficacia automática que producían en España el concurso alemán y la prohibición de ejecuciones individuales prevista en su Derecho. Sin embargo, entendió que, dado que las sentencias habían sido dictadas en Alemania, la pendencia de un procedimiento concursal en ese mismo país impedía que esas resoluciones pudieran tener carácter ejecutivo según su legislación de origen. Basándose en esa falta de ejecutividad, la Audiencia falló que las resoluciones no cumplían con todos los requisitos exigidos por el art. 55 RBI para ordenar la ejecución.

El desacierto en la argumentación se manifiesta en que si el Estado de origen de la resolución en cuestión hubiera dotado a la sentencia de carácter ejecutivo, el juez español habría estado obligado a ordenar la ejecución de la misma por mor del régimen Bruselas. Por ejemplo, ello podría haber ocurrido si la sentencia se hubiera dictado en un Estado distinto al foro concursal, frustrando así la prohibición de ejecuciones prevista por el Derecho alemán. Parece que el recurso a los arts. 16 y 17 RI, en relación con el art. 4.2.f) RI, constituye una opción más sólida para garantizar el buen fin concursal.

Por esta misma razón se puede afirmar que, aunque la interpretación aquí defendida permite evitar el recurso a los causales del art. V CNY y razonar la inadmisibilidad de una solicitud de ejecución sobre la sola base del Reglamento de Insolvencia, la filosofía que la motiva también ofrece argumentos suficientes para defender el mismo resultado si el órgano judicial pretendiera emplear exclusivamente el tenor de la Convención. El Tribunal de Justicia ha reconocido en varias ocasiones que el reconocimiento automático de las declaraciones concursales y la extensión de sus efectos a todos los Estados Miembros reposa sobre el principio fundamental de confianza mutua.¹⁴¹⁷ Dicho principio encuentra plasmación en el deber de “cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza” que vincula a todos los Estados de la Unión (art. 81 TFUE) y constituye un pilar fundamental en la arquitectura normativa europea referida a materias civiles y mercantiles.¹⁴¹⁸ Por tanto, la ejecución de un laudo en contravención con la prohibición impuesta por el concurso abierto

¹⁴¹⁷ *Probud*, cit., pág. 27 y *Eurofood*, cit., pág. 39. Igualmente se proclama en el considerando 22 RI.

¹⁴¹⁸ Vide el excelente análisis de M. Weller, “Mutual Trust: In Search of the Future of European Private International Law” (2015) 11 (1) *Journal of Private International Law* 32 con cita a numerosa jurisprudencia y literatura doctrinal e institucional.

en otro Estado Miembro constituiría una violación directa y consciente de un principio central de la Unión y su denegación podría justificarse a través de la excepción de orden público del art. V.2.b) CNY.¹⁴¹⁹

451. Por último, el Reglamento de Insolvencia ofrece un blindaje adicional contra la existencia de satisfacciones individuales a través del mecanismo de restitución del art. 20.1 RI. Según este precepto,

“El acreedor que, tras la apertura de un procedimiento del apartado 1 del artículo 3, obtenga por cualquier medio, en particular por vía ejecutiva, un pago total o parcial de su crédito sobre los bienes del deudor situados en el territorio de otro Estado Miembro, deberá restituir lo que haya obtenido al síndico, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 y 7.”

Con ello se pretende garantizar el respeto al principio de la *par conditio creditorum*.¹⁴²⁰ Así, incluso en el improbable supuesto de que un acreedor consiga ejecutar el laudo en un Estado Miembro distinto al de apertura, este artículo dota a la administración concursal de la base normativa necesaria para enmendar el desequilibrio producido. No parece que los casos arbitrales queden cubiertos por las excepciones de los arts. 5 y 7 RI. Si acaso, podrá plantearse la aplicación del art. 5 RI en los escasos supuestos en que la ejecución se haya llevado a cabo sobre la base de un embargo preventivo constituido con anterioridad a la apertura de la insolvencia y esa medida cautelar pueda tener carácter de “derecho real” según la ley aplicable a la misma.¹⁴²¹

La relevancia que puede tener esta acción, sin embargo, contrasta con el silencio absoluto que el Reglamento guarda en relación con su régimen competencial. En este sentido, parece que su concreción debe inspirarse en la similitud que guarda con la acción revocatoria concursal, es decir, con una acción de naturaleza eminentemente concursal.¹⁴²² Sobre esta base, el Estado de apertura será el único foro competente para su resolución.¹⁴²³ Además, por mor del art. 25.1

¹⁴¹⁹ Como se explica en el siguiente apartado, la invocación de la regla de la *par conditio creditorum* como parte del orden público no parece una opción acertada cuando el concurso se tramita fuera del *forum executionis*.

¹⁴²⁰ K. Stones. “Hotchpot (or the equality rule)” (2015) 1 *Corporate Rescue and Insolvency* 25, 26 y M. Llorente Sánchez-Arjona, *Tratamiento procesal...*, cit., 161.

¹⁴²¹ Vide, con detalle, la Sentencia del Tribunal de Justicia en *Hermann Lutz*, cit., párs. 36-40, y la explicación del Derecho español en el Capítulo III.B.3.a.ii.

¹⁴²² No obstante, ello no elimina que también pueda encontrarse su fundamento en el principio general del enriquecimiento injusto, con las implicaciones conflictuales que ello podría tener. Con respecto a la posibilidad de recurrir directamente a la acción extracontractual del enriquecimiento injusto en situaciones concursales vide D. Bromilow, “Indirect unjust enrichment - theoretical elegance or robust pragmatism” (2014) 5 *Corporate Rescue and Insolvency* 184.

¹⁴²³ Vide la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión en materia de competencia judicial internacional examinada en el Capítulo II.A.B.1.

RI, la decisión adoptada producirá efectos automáticos en todo el territorio de la Unión y su ejecución, de ser necesaria, se regirá por las normas del Reglamento Bruselas I bis.

b. El forum shopping fuera del Reglamento de Insolvencia

452. La justificación de la prevalencia del régimen concursal sobre el arbitral resulta más complicada cuando el órgano judicial que decida acerca del reconocimiento y/o ejecución del laudo no tenga que aplicar el Reglamento de Insolvencia. Por una parte, esto ocurrirá cuando un acreedor pretenda hacer valer el pronunciamiento arbitral fuera del territorio de la Unión.¹⁴²⁴ Por otra, también será el caso de las solicitudes presentadas frente a los tribunales de un Estado Miembro en relación con una parte sometida a un procedimiento de insolvencia fuera de la Unión. Se ha dicho que la decisión sobre la eficacia extra-concursal de un laudo en este tipo de supuestos obliga al órgano judicial a que se posicione en el dilema de, o dar prioridad al laudo y “retroceder” hacia prácticas territorialista, o denegar la eficacia del mismo y remitir al acreedor al procedimiento concursal, haciendo que el arbitraje “haya costado a todos mucho tiempo y dinero a cambio de nada”.¹⁴²⁵ Como se explica en los siguientes apartados, la resolución de esta disyuntiva está muy condicionada por las peculiaridades normativas del Derecho arbitral internacional, y ello amenaza la tutela efectiva de los intereses concursales.

i. El arbitraje comercial como “great priority”

453. Como regla general, un concurso de acreedores extranjero no produce efectos automáticos en ninguno de los dos escenarios descritos en el párrafo anterior.¹⁴²⁶ Por el contrario, su eficacia está sujeta a que cada uno de los Estados en los que se intente hacer valer el mismo acuerde conceder el reconocimiento de pleno derecho a la decisión que lo inicia. Incluso cuando el concurso se haya abierto dentro del territorio de la Unión y se beneficie del favorable régimen previsto en el Reglamento, el Tribunal de Justicia ha declarado que esas reglas no

¹⁴²⁴ La frecuente existencia de bienes del concursado fuera de la Unión la subraya la Evaluación externa de los Profesores Hess, Oberhammer y Pfeiffer, pág. 3.1, 36.

¹⁴²⁵ J. L. Westbrook, “International Arbitration...”, *cit.*, 646 (traducción del autor).

¹⁴²⁶ La única excepción a esta regla se encuentra en la Convención sobre la Quiebra entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia (concertada en 1933 y enmendada en 1977 y 1982).

vinculan a terceros Estados que tengan que analizar su eficacia extraterritorial.¹⁴²⁷ Y ello a pesar de que el Tribunal también haya secundado el Considerando 12 del Reglamento, según el cual los concursos que caigan dentro de su ámbito de aplicación “tienen alcance universal y su objetivo es abarcar todos los bienes del deudor”.¹⁴²⁸ Estas notas ponen de manifiesto que la eficacia real que un procedimiento concursal produce en el extranjero no viene marcada por las aspiraciones más o menos universalistas del Estado de origen, sino que ésta es una cuestión que depende del Derecho de cada Estado receptor. Por tanto, la primera consideración relevante a la hora de analizar la eficacia extra-concursal que pueda tener un laudo arbitral en las situaciones aquí descritas será si el Estado requerido reconoce la insolvencia foránea y, en su caso, los efectos que se anudan a esa decisión.

La respuesta a estas cuestiones no tiene por qué haberse proporcionado con antelación a que un acreedor presente su solicitud de reconocimiento y/o ejecución del laudo arbitral. Por el contrario, es posible que hasta ese momento la situación concursal no se haya planteado en ese territorio. Ello puede deberse a que la administración todavía no haya tenido tiempo para solicitar el reconocimiento del concurso, a que conscientemente haya decidido no hacerlo o, incluso, a que desconozca de la existencia de ese patrimonio. Ésta última representa una de las mayores dificultades prácticas encontradas por las autoridades concursales en la gestión de las insolvencias transfronterizas, sobre todo cuando parte del patrimonio del deudor se localiza fuera de la Unión.¹⁴²⁹ En todos estos casos, los bienes situados en el Estado requerido constarán *a priori* como aptos para ser objeto de ejecución y será necesario que la eficacia de la insolvencia extranjera se resuelva de forma preliminar o, cuanto menos, incidental antes de poder dar respuesta a la pretensión del acreedor.¹⁴³⁰

454. Como ya se ha mencionado en varios puntos de esta obra, el Derecho concursal internacional no ha alcanzado el nivel de uniformidad y desarrollo que permite garantizar que un procedimiento concursal vaya a tener eficacia en todos los Estados en los que el deudor tenga

¹⁴²⁷ Asunto *Ralph Schmid*, *cit.*, p. 37. Vide también P. Omar, “The Extra-Territorial Reach of the European Insolvency Regulation” (2006), disponible en www.insol-europe.org-download-file-483.

¹⁴²⁸ *Ralph Schmid*, *cit.*, p. 25, en línea con la explicación de Informe Virgós/Schmit, p. 73.

¹⁴²⁹ Evaluación externa de los Profs. Hess/Oberhammer/Pfeiffer, 84. En general, J. M. Garrido, “No two...”, *cit.*, 467 y R. K. Rasmussen, “Where are all the transnational bankruptcies? The puzzling case for universalism” (2007) 32 *Brooklyn Journal of International Law* 983, 987.

¹⁴³⁰ El reconocimiento incidental no se permite en todos los Estados, como ocurre en España. Como expone E. Torralba Mendiola, “El reconocimiento de concursos extranjeros en España: algunas cuestiones sobre el procedimiento” (2014) 33 *Anuario de derecho concursal* 231, 234-236, el régimen español exige un procedimiento de homologación tramitado a título principal ante un Juzgado Mercantil (art. 955.2º LEC 1881), por lo que siempre diferirá del Tribunal que conozca de la homologación del laudo extranjero (Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia).

bienes y en los que acreedores insatisfechos puedan intentar hacer valer un laudo arbitral. Ello se debe a que, a pesar de las iniciativas de organizaciones como UNCITRAL, ni siquiera la mitad de los Estados del planeta cuenta con un sistema propio de Derecho concursal internacional y, cuando el legislador sí ha optado por regular esta cuestión, los regímenes inspirados en principios universalistas continúan coexistiendo con otros basados en fuertes concepciones territorialistas. Por ejemplo, mientras los ordenamientos alemán, belga, italiano y portugués abogan por un sistema relativamente sencillo de reconocimiento de concursos extranjeros, Estados como Dinamarca y Noruega carecen de régimen alguno de reconocimiento y tienen como política general denegar la eficacia extraterritorial de las insolvencias foráneas. Este régimen solo se exceptúa en el caso de los concursos abiertos en los otros Estados parte de la Convención Nórdica de Quiebra (Suecia, Finlandia e Islandia).¹⁴³¹

Entre estos dos extremos se sitúa en el grueso de los Estados, en los que la eficacia de un procedimiento concursal extranjero se somete a la concurrencia de varios requisitos sustantivos y a la tramitación de un procedimiento de homologación con entidad propia. Este es el caso de España, Francia, Reino Unido o Suiza, así como del régimen general previsto en los arts. 15-17 de la Ley Modelo UNICTRAL.¹⁴³² El régimen español, en concreto, se encuentra en los arts. 220-226 LC y en el régimen de homologación decimonónico previsto en los arts. 951-958 LEC 1881.¹⁴³³ Es un sistema lento y poco adaptado a las necesidades de la tramitación concursal internacional.¹⁴³⁴

455. Independientemente del modelo de insolvencia trasfronteriza que siga cada Estado, la decisión de un órgano judicial de dar “carta de naturaleza” a un procedimiento concursal extranjero lleva frecuentemente aparejada la autorización al síndico extranjero para que realice actos de disposición respecto del patrimonio situado en el territorio nacional. También supone en muchas ocasiones la aceptación de los efectos que la regulación concursal extranjera disponga en relación con esos bienes (ej. art. 223 LC). Sobre esta base, varios especialistas han sugerido que las decisiones de reconocimiento pueden equipararse a actos de cesión de soberanía, pues implican la pérdida de control sobre los bienes situados en territorio nacional y suponen el

¹⁴³¹ Vide el breve estudio comparativo en E. Torralba Mendiola, “El reconocimiento...”, *cit.*, 239-243. Similares análisis pueden encontrarse en S. Vorbürger, *International Arbitration...*, *cit.*, 17-34 y en la Evaluación externa de los Profs. Hess/Oberhammer/Pfeiffer, 82-92. Además, vide la jurisprudencia noruega que se menciona al final de este subapartado en relación con el concurso de la sociedad española Factorías Vulcano SA.

¹⁴³² *Id.*, 242-243.

¹⁴³³ Vide, con detalle, S. Barona Vilar y C. Esplugues Mota, “International Bankruptcy in Spain” en R. Stürner y M. Kawano, *Cross Border Insolvency, Intellectual Property Litigation, Arbitration and “Ordre Public”* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2011) 73, 84-85.

¹⁴³⁴ E. Torralba Mendiola, “El reconocimiento...”, *cit.*, 234.

sometimiento (eso sí, voluntario) de las autoridades concursales nacionales a un régimen jurídico foráneo.¹⁴³⁵ Visto así, el sistema de reconocimiento de concursos extranjeros no solo constituye una herramienta de protección de los sujetos extranjeros afectados por la insolvencia, sino que también puede concebirse como un mecanismo modulador para la defensa de los intereses nacionales.¹⁴³⁶ Esta concepción explica el recelo con el que muchos órganos judiciales todavía se aproximan al Derecho concursal internacional, sobre todo cuando la decisión que tengan que adoptar vaya a repercutir directamente sobre la distribución efectiva de los bienes del deudor.¹⁴³⁷

La existencia de acreedores locales o la afectación de políticas fundamentales para el Estado receptor acentúan este tipo de supuestos. Así, es posible que el tratamiento que derive de la aplicación de la *lex fori concursus* sea menos beneficioso que el Derecho local en relación con temas como la ejecutabilidad de los derechos reales de garantía, la garantía de cobro de deudas fiscales o la protección salarial de los trabajadores. Todas ellas son cuestiones con importante carga de política legislativa y que tradicionalmente han quedado recogidas bajo la expresión “*great priorities*”.¹⁴³⁸ Pues bien, la voluntad de garantizar la eficacia de esas políticas ha llevado a que en ocasiones algunos Estados hayan recurrido a la excepción de orden público prevista en la inmensa mayoría de regímenes de Derecho internacional privado y de insolvencia trasfronteriza para justificar la denegación del reconocimiento de un procedimiento concursal extranjero.¹⁴³⁹ Aunque controvertidos, estos supuestos ponen de manifiesto el mencionado recelo judicial y confirman la versatilidad de la cláusula de orden público para anteponer los intereses locales sobre los extranjeros.¹⁴⁴⁰ En este sentido, resulta interesante resaltar que un tercio de los Estados que han adoptado la Ley Modelo de

¹⁴³⁵ U. Haas, “The enforcement...”, *cit.*, 22-23; J. J. Chung, “The New...”, *cit.*, 93; J. A. E. Pottow, “Procedural...”, *cit.*, 983; F. Tung, “Is International...”, *cit.*, 52; y A. T. Guzman, “International...”, *cit.*, 2206.

¹⁴³⁶ Así lo afirma con respecto al sistema español de homologación E. Torralba Mendiola, “El reconocimiento...”, *cit.*, 237.

¹⁴³⁷ J. M. Garrido, “No two...”, *cit.*, 474 y 478; H. L. Buxbaum, “Rethinking...”, *cit.*, 63; y F. Tung, “Fear of Commitment in International Bankruptcy” (2001) 23 *Michigan Law Review* 31, 48.

¹⁴³⁸ J. L. Westbrook, “Breaking away...”, *cit.*, 602.

¹⁴³⁹ F. Tung, “Is International...”, *cit.*, 60 y H. L. Buxbaum, “Rethinking...”, *cit.*, 47 y 63.

¹⁴⁴⁰ J. J. Chung, “The New...”, *cit.*, 134 y L. Carballo Piñeiro, *Acciones de reintegración...*, *cit.*, 214, citando a B. Audit, “Le caractère fonctionnel de la règle de conflit: sur la ‘crise’ des conflits de lois” (1984) 186 *Recueils des Cours* 219, 342-351; D. Kokkini-Iatridou, “Les clauses d’exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions” en D. Kokkini-Iatridou (ed.) *Les clauses d’exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions - Ou le principe de proximité* (Dordrecht, 1994) 3, 22-24; F. Mosconi, “Exceptions to the operation of choice of law rules” (1989) 217 (V) *Recueils des Cours* 9, 188-195; y W. Wengler, “Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits” (1952) *Revue critique de droit international privé* 595, 600-602.

Insolvencia han eliminado voluntariamente la expresión “manifiestamente” de esa excepción (art. 6 LMI) con el fin de preservar mayor capacidad de maniobra.¹⁴⁴¹

Sin lugar a dudas, la imagen que un Estado ofrece con respecto al tratamiento de arbitrajes internacionales es una cuestión que tanto la doctrina como los poderes legislativo y judicial suelen considerar como parte de la estrategia nacional. Desde este punto de vista, no puede excluirse por completo que cuando el reconocimiento de una insolvencia extranjera se plantee en el contexto de la solicitud de exequátur de un laudo internacional (sobre todo cuando el demandante sea un acreedor local), el peso de la política nacional pro-arbitraje pueda “viciar” el proceso decisional del órgano judicial. En estos casos, el arbitraje constituirá, de forma expresa o silenciosa, otra “*great priority*” estatal.

456. Pues bien, cuando el procedimiento de insolvencia no sea reconocido en el Estado requerido como consecuencia de su concepción territorialista o tras la invocación de la excepción de orden público, la situación concursal no generará ningún efecto jurídico propio. Es decir, las autoridades judiciales que tengan que decidir acerca del reconocimiento y/o ejecución de un laudo no estarán vinculadas por ninguna restricción de naturaleza concursal y, por tanto, su análisis se deberá llevar a cabo exclusivamente a la luz de la Convención de Nueva York. Esta es una situación que también han reconocido otros autores¹⁴⁴² y que incluso encuentra acomodo en la propia Ley Concursal española. En efecto, el art. 218.2 LC prevé que cuando el procedimiento de insolvencia español no se reconozca en un Estado tercero en el que se hallaren bienes del deudor, el juez concursal podrá autorizar a los acreedores para que insten procedimientos individuales de ejecución en ese territorio. Es decir, más allá de que esos pagos se sometan después a la regla de imputación prevista en el artículo 229 LC, el legislador español parece aceptar que las barreras territorialistas permanecen operativas en el Derecho comparado y que en esos Estados la existencia de ejecuciones individuales en perjuicio de deudor continúa siendo una opción.
457. Un ejemplo paradigmático de este tipo de escenarios lo ofrece el concurso español de la sociedad Factorías Vulcano SA, declarado en enero de 2011.¹⁴⁴³ Entre las deudas pendientes de pago en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia se encontraban las

¹⁴⁴¹ S. C. Mohan, “Cross-border Insolvency...”, *cit.*, 212. Es el caso de Canadá, Islas Vírgenes Británicas, Japón, Polonia, Rumanía y Serbia. Además, ésta es generalmente una excepción más amplia que la prevista en el Reglamento de Insolvencia, como afirma I. Fletcher, “*L'enfer...*”, *cit.*, 504. La omisión de esta excepción también podría deberse a la ignorancia del legislador, como ocurrió con la adopción de la LMA en España.

¹⁴⁴² Así se pronuncian también S. Vorburger, *International Arbitration...*, *cit.*, 226 y V. Lazic, “Cross-Border Insolvency and Arbitration...”, *cit.*, 354, ambos con cita de jurisprudencia suiza, francesa y estadounidense.

¹⁴⁴³ Auto del JM Pontevedra (núm. 3), de 19 enero 2011.

derivadas de dos laudos dictados por un tribunal arbitral con sede en Oslo en favor de la sociedad noruega Arrow Seismic Invest II. La falta de cumplimiento voluntario por parte de Vulcano había llevado a que Arrow solicitara en enero de 2010 la ejecución de los mismos ante la Oficina de Ejecución Coactiva de Bergen (Noruega). Aunque Vulcano careciera de bienes en el territorio noruego, el objetivo de Arrow era obtener el embargo de los pagos que otras dos sociedades del propio grupo de Arrow (Armada Seismic Invest I y Armada Seismic Invest II) tenían que realizar a favor de Vulcano. La Oficina ordenó los embargos en septiembre de ese mismo año.

Declarada la insolvencia en España, Vulcano recurrió la decisión noruega ante el Tribunal de Distrito de Bergen, solicitando el reconocimiento de la situación concursal y el alzamiento de los embargos como consecuencia de la prohibición de medidas ejecutorias individuales prevista en los arts. 55 LC y 568 LEC. Esta apelación fue resuelta mediante decisión de 15 de julio de 2011, en la que, por primera vez en la historia jurisprudencial noruega, se accedía a reconocer de pleno derecho una insolvencia extranjera, se aceptaban los efectos que preveía la legislación de origen y se prohibía el despacho y la continuación de ejecuciones individuales en perjuicio de la masa de acreedores. Aunque con retraso, la correspondencia de esta decisión con el modelo universalista previsto por el Derecho concursal español fue confirmada por los tribunales españoles, frente a los que las partes habían reproducido la misma controversia.¹⁴⁴⁴ En esas resoluciones, no obstante, los jueces reconocían expresamente que la eficacia del régimen español y la necesaria aplicación de la *lex fori concursus* ex art. 200 LC quedaban sujetas a que la insolvencia de Vulcano fuera propiamente reconocida ante las autoridades noruegas y a que su régimen conflictual previera la misma remisión a la legislación concursal española.¹⁴⁴⁵ Sorprendentemente, ninguno de los Autos españoles incluía mención a la resolución favorable que ya había adoptado el Tribunal de Distrito de Bergen.

458. Pues bien, el riesgo que deriva del territorialismo real que apuntaban los citados Autos y que todavía prima entre todos los Estados que carecen de un instrumento común en materia de insolvencia trasfronteriza fue puesto de manifiesto por la Sentencia del Tribunal Supremo noruego de 22 de abril de 2013. Confirmando la doctrina asentada tradicionalmente en la jurisprudencia noruega, el Tribunal declaró que el Derecho concursal internacional de ese Estado no prevé el reconocimiento de procedimientos de insolvencia extranjeros y que, por tanto, los bienes que directa o indirectamente pueda tener un deudor en territorio noruego no

¹⁴⁴⁴ Autos del JM Pontevedra (núm. 3), de 12 abril 2011, y de la AP Pontevedra (Sala 1ª), de 25 abril 2012.

¹⁴⁴⁵ Auto de la AP Pontevedra (Sala 1ª), de 25 abril 2012, FJ. 5º.

quedan protegidos contra ejecuciones individuales por el mero hecho del estatus concursal del deudor en el extranjero.¹⁴⁴⁶ Más aún, la sentencia concluyó que la administración, en tanto que representante de la masa, carecía de legitimación para interponer ninguna acción que pretendiera detener o anular actos que pudieran ser perjudiciales para los acreedores concursales.¹⁴⁴⁷ *De facto*, el Tribunal Supremo confirmó que Noruega permanece “un paraíso para la llevanza a cabo de actos perjudiciales para el colectivo de acreedores en situaciones concursales extranjeras”.¹⁴⁴⁸

Resulta interesante, por último, mencionar que el Tribunal nórdico alcanzó este resultado a pesar de que el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 2012 no solo se había dedicado a declarar cuáles eran los efectos que prevé el régimen concursal español en relación con la posibilidad de instar acciones individuales y sobre los embargos trabados en el extranjero, sino que también contenía una suerte de solicitud de cooperación judicial civil para el tribunal noruego.¹⁴⁴⁹ En concreto, el órgano judicial español ofrecía trato recíproco (esto es, reconocimiento) a los eventuales procedimientos noruegos que pudieran existir en el futuro, aseguraba que no se permitiría la continuación de las acciones ejecutivas que pudieran estar en tramitación contra el hipotético deudor noruego en el momento de la apertura del concurso y, por último, garantizaba que Arrow recibiría trato nacional en el concurso español y que sus créditos arbitrales sería debidamente incluidos en la masa de acreedores. Pese a ello, el Tribunal nórdico decidió consolidar su tradición territorialista, confirmando así que las aspiraciones universalistas y la prohibición de ejecuciones individuales pueden tornarse fácilmente en “papel mojado”¹⁴⁵⁰ sin un régimen internacional que las garantice.

ii. El arbitraje como *pseudo*-derecho de garantía

459. Más allá de los casos que se acaban de describir, la relevancia clave que la Convención de Nueva York tiene para definir la eficacia extra-concursal de laudos extranjeros no se ve

¹⁴⁴⁶ Vide un breve comentario crítico en B. Grøn-lien y J. Vablum, *Cross border insolvency proceedings - Norway still in the cold?* (2013), disponible en <http://www.svv.no/index.php/cross-border-insolvency-proceedings-norway-still-in-the-cold>, ambos autores abogados de Simonsen Vogt Wiig, despacho que asesoró a Vulcano en este procedimiento.

¹⁴⁴⁷ *Id.*

¹⁴⁴⁸ Esta es la dura crítica de B. Grøn-lien y J. Vablum, *Cross border...*, *cit.*, que muestran preocupación por las implicaciones que la decisión pueda tener para la posición comercial internacional de Noruega.

¹⁴⁴⁹ Así lo afirma E. Torralba Mendiola, “Levantamiento...”, *cit.*, 389 y 374, quien comenta las resoluciones españolas y las sentencias noruegas de primera instancia y apelación, pero omite la de su Tribunal Supremo (!).

¹⁴⁵⁰ Esta es la expresión que emplea E. Torralba Mendiola, “Levantamiento...”, *cit.*, 374.

sustancialmente reducida por el mero hecho de que el procedimiento concursal sea propiamente reconocido por el Estado requerido. Aunque pueda resultar sorprendente, este es el efecto que deriva de la diferente jerarquía normativa de los instrumentos de Derecho concursal trasfronterizo y de Arbitraje comercial internacional. Así, no puede olvidarse que, salvo en los escasos supuestos en que exista un convenio internacional en la materia, el reconocimiento de insolvencias extranjeras se regula íntegramente por normativa de Derecho interno. Por el contrario, la eficacia de laudos extranjeros está recogida en un instrumento de origen convencional. De acuerdo con el régimen tradicional de Derecho internacional público que ya se ha invocado en otras partes de esta obra,¹⁴⁵¹ esa diferencia de rango se traduce en que cuando exista discrepancia de tratamiento entre ambas normas con respecto a un mismo supuesto de hecho, la solución de origen convencional prevalecerá sobre la prevista en Derecho interno. En este sentido se pronuncia el art. 27 CVDT (“El derecho interno y la observancia de los tratados”), según el cual

“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. [...]”

De hecho, la propia Ley Modelo de Insolvencia prevé en su art. 3 que

“En caso de conflicto entre la presente Ley y una obligación de este Estado nacida de un tratado u otra forma de acuerdo en el que este Estado sea parte con uno o más Estados, prevalecerán las disposiciones de ese tratado o acuerdo.”

460. De este modo, la decisión de reconocer el concurso extranjero no deberá afectar a la aplicación del régimen tasado y exhaustivo del art. V CNY, cuyo respeto constituye una obligación internacional para los órganos judiciales de todos los Estados parte. Llevada a la práctica, esta postura implica que la eficacia del régimen del Derecho concursal internacional destinado a determinar los efectos que la situación concursal reconocida produce sobre el arbitraje¹⁴⁵² quedará supeditada a que sus soluciones sean subsumibles en los causales del art. V CNY y a que la misma ley sea aplicable según las normas de conflicto contenidas en cada uno de ellos.¹⁴⁵³ Se ha de recordar que la única vía de escape contemplada por la Convención se encuentra en su art. VII, que permitirá el desplazamiento de su régimen en favor del concursal

¹⁴⁵¹ Vide Capítulos III.B.2.c, V.A.3, V.B.1.b y V.B.2.a.

¹⁴⁵² Ej., arts. 223 y 209 LC.

¹⁴⁵³ Cuando el resultado de aplicar el régimen de la Convención sea menos favorable al arbitraje que el concursal, éste último podrá aplicarse en virtud del art. VII CNY. Este es un supuesto mucho menos problemático que el que se expone en los siguientes párrafos.

cuando la aplicación de este último lleve a resultados más beneficiosos para el arbitraje que los alcanzables al amparo de la propia Convención.

Es probable que el impacto producido por la potencial disparidad de soluciones entre la disciplina arbitral y la concursal sea menor si el tribunal arbitral hubiera internalizado los mandatos concursales durante su proceso decisorio. Sin embargo, cuando el laudo se haya dictado de espaldas a las prohibiciones o limitaciones que pueda imponer la legislación concursal pero ese hecho no pueda incluirse en el art. V CNY, la prevalencia de la Convención y el carácter estricto de sus causales obligarán a que el laudo tenga que ser reconocido de todas formas. Y ello a pesar de que ese Estado haya reconocido la insolvencia extranjera y sus efectos y de que el órgano judicial en cuestión pretendiera *ab initio* adoptar una posición colaboradora con aquélla.¹⁴⁵⁴

La comparación de este resultado con la solución que se propuso en su momento en relación con las acciones de anulación, que aparentemente prevén una lista de causales sustancialmente equivalentes a los contenidos en el art. V CNY,¹⁴⁵⁵ permite apreciar la relevancia fundamental que el principio de jerarquía normativa tiene a la hora de resolver los problemas derivados de la coexistencia de regímenes conflictuales en la intersección entre el arbitraje y el concurso.

461. Esta interpretación es igualmente aplicable cuando el objetivo del acreedor vaya más allá del reconocimiento del laudo e incluya también su ejecución. Sin embargo, no cabe duda de que en esos casos el efecto material de una eventual resolución positiva por parte del Estado requerido no se limita a proclamar el valor de cosa juzgada del pronunciamiento arbitral, sino que se traduce en una orden judicial que reduce el patrimonio del deudor y que, por tanto, disminuye las expectativas de satisfacción del colectivo de acreedores. Es decir, una medida contraria a la *par conditio creditorum*.¹⁴⁵⁶ Es muy probable que una primera aproximación a este problema llevaría instintivamente al lector a pensar en el orden público (art. V.2.b) CNY) como causal idóneo para impedir este tipo de situaciones. Sin embargo, y por sorprendente que pueda parecer, no queda claro que una interpretación estricta del régimen previsto en la Convención de Nueva York permita extender con facilidad ese razonamiento a las ejecuciones fuera del foro concursal.

¹⁴⁵⁴ Aunque en relación con problemas concursales distintos al arbitral, J. M. Garrido, “No two...”, *cit.*, 488 afirma que “*Even in cases where the courts are willing to co-operate, it can be extremely complicated for the courts to ignore values that have been explicitly advanced by the legislature*”.

¹⁴⁵⁵ Vide Capítulo V.A.3.

¹⁴⁵⁶ Esta afirmación también es aplicable en el caso de los laudos cautelares cuando la naturaleza de la medida sea asegurar la ejecución futura de un eventual pronunciamiento condenatorio.

En efecto, no se ha de olvidar que el procedimiento de insolvencia que se intenta proteger mediante la excepción de orden público en este tipo de situaciones no es nacional sino extranjero. De hecho, aunque el reconocimiento del procedimiento vaya unido a una regla de extensión de los efectos ordenados por la legislación concursal de origen (como es el caso del art. 223.1 LC), las disposiciones extranjeras no devienen normas del Estado receptor.¹⁴⁵⁷ La insolvencia, aun reconocida, permanece extranjera y el Derecho concursal sustantivo del Estado requerido sigue mayoritariamente inoperativo, pues no hay concurso local. Así, si existe una regla de *par conditio creditorum* que se intenta salvaguardar, es una regla extranjera; y si hay una masa de acreedores que puede resultar perjudicada por la ejecución, es también una masa extranjera. Por ello, salvo que la aplicación del Derecho concursal trasfronterizo fuera considerada *per se* parte del orden público,¹⁴⁵⁸ el resultado de la invocación instintiva del orden público no sería la protección de intereses nacionales sino extranjeros. Como se verá, este matiz tiene un impacto fundamental sobre la idoneidad de ese causal para cubrir este tipo de situaciones.

462. Dentro del régimen pro-arbitral diseñado por la Convención de Nueva York, el orden público tiene naturaleza indudablemente excepcional y, como tal, su definición ha de ser restrictiva.¹⁴⁵⁹ Su contenido tradicional se limita a los valores y principios políticos, sociales o económicos que tengan carácter esencial para el Estado requerido.¹⁴⁶⁰ Sobre esta base, la subsunción de la materia concursal en el causal de orden público ha constituido una cuestión tradicionalmente dudosa en el Derecho comparado, incluso en relación con la regla de *par conditio creditorum*.¹⁴⁶¹ Así lo puso de manifiesto la jurisprudencia estadounidense en la sentencia *Fotochrome, Inc. v. Copal Co., Ltd.*:

“We note from the outset that there is no reference to bankruptcy in the New York Convention. Nor is there any reference to whether the ‘public policy’ of the forum state to require equal

¹⁴⁵⁷ En contra, I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso...*, cit., 152.

¹⁴⁵⁸ En relación con esta posibilidad vide el subapartado ii) inferior.

¹⁴⁵⁹ Vide G. Born, *International Commercial...*, cit., 3414-3416, con cita de abundantísima literatura.

¹⁴⁶⁰ Por todos, *Final Report of the Committee on International Arbitration of the International Law Association* emitido con ocasión de su conferencia en Nueva Delhi en 2002, recomendación 3(b), con comentario en P. Mayer y A. Sheppard, “Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement on International Arbitral Awards” (2003) 19 (2) *Arbitration International* 249. En España, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 31 diciembre 1979, definió el orden público material como “los principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad de un pueblo y en una época determinada” (confirmada por la Sentencia del TSJ Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), de 9 julio 2013).

¹⁴⁶¹ S. Vorburger, *International Arbitration...*, cit., 224; G. Born, *International Commercial...*, cit., 3676; y S. S. Nadeau-Séguin, “When Bankruptcy...”, cit., 97.

*treatment of creditors in the case of bankruptcy is the kind of public policy that allows non recognition of foreign arbitral awards.*¹⁴⁶²

Sobre esta base, la mejor doctrina en materia de insolvencia trasfronteriza no ha ignorado los riesgos que las “poderosas políticas” arbitrales pueden producir a la hora de frenar la eficacia de laudos extranjeros en situaciones concursales internacionales.¹⁴⁶³

463. La concepción estricta del orden público requiere distinguir entre los casos en los que el procedimiento concursal se tramita en el Estado requerido y los supuestos en los que la insolvencia se ha abierto en el extranjero. Sin perjuicio de que la definición de las reglas de *par conditio creditorum* y de *pari passu* deba realizarse siempre Estado por Estado,¹⁴⁶⁴ parece que las mismas deberían incluirse dentro del causal de orden público en relación con el primer grupo de supuestos.¹⁴⁶⁵ En efecto, estas reglas constituyen dos de los principios fundamentales de todo régimen concursal y cristalizan la lógica que inspira la tramitación colectiva.¹⁴⁶⁶ Así lo han reconocido de forma directa o indirecta los tribunales de Estados como Alemania,¹⁴⁶⁷ Canadá,¹⁴⁶⁸ Francia,¹⁴⁶⁹ Reino Unido¹⁴⁷⁰ o Suiza.¹⁴⁷¹ También es la doctrina defendida por

¹⁴⁶² *Fotochrome, Inc. v Copal Company, Ltd.*, US Court of Appeals, Second Circuit, 517 F. 2d 512, 29 mayo 1975, 516, párr. 13.

¹⁴⁶³ J. L. Westbrook, “International Arbitration...”, *cit.*, 639.

¹⁴⁶⁴ B. Hanotiau y O. Caprasse, “Public policy...”, *cit.*, 788; F. Perret, “Faillite...”, *cit.*, 44; y D. Cairns y B. M. Cremades, “El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores” (2002) 18 *Revista de la Corte Española de Arbitraje* 15, 57.

¹⁴⁶⁵ J. Chuah, “Resolving...”, *cit.*, 443 (que se refiere a estos principios como reglas cardinales del Derecho concursal); W. Kühn, “Arbitration...”, *cit.*, 206; L. Lévy, “Arbitration and...”, *cit.*, 105; A. J. Bělohávek, “Impact...”, *cit.*, 146; B. C. Mamutse, *The pari passu...*, *cit.*, 120 y 223; J. F. Poudret y S. Besson, *Comparative...*, *cit.* 306.

¹⁴⁶⁶ K. H. Nadelmann, “Creditor Equality in Inter-State Bankruptcies: A Requisite of Uniformity in the Regulation of Bankruptcy” (1950) 98 *University of Pennsylvania Law Review* 41, 51–53.

¹⁴⁶⁷ Sentencias del Tribunal Supremo alemán de 29 enero 2009 (BGH III ZB 88/07, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2009, 1747) y de 30 octubre 2008 (BGH III ZB 17/08, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)* 2008, 768), citadas en por el TJUE en *Semiconductor*, *cit. Id.* E. Schollmeyer, “The New European Convention on Insolvency” (1997) 13 *Emory Bankruptcy Developments Journal* 421.

¹⁴⁶⁸ Sentencia de la Court of Appeals for British Columbia, de 16 noviembre 1990, en *Quintette Coal Ltd. v Nippon Steel Corp.*, 1990 430 (BC CA).

¹⁴⁶⁹ Sentencias de la Cour de Cassation de 6 mayo 2009 (*Liquidateurs of Sté Jean Lion v Société Internationale Company for Commercial Exchange Income*); de 4 febrero 1992 (*Société SARET v SBBM*); y de 8 marzo 1988 (*Société Thinet v Labrely ès-qualites*). Vide también la Sentencia de la Cour d’Appel de Dijon de 21 septiembre 2010 (núm. 09/02080); del Tribunal de Grande Instance de Paris, de 2 febrero 1996 (*Société Intertradex France v Société Romanian Shipping Compant*); y de la Cour d’Appel de Paris, de 16 febrero 1989 (*Société Almira Films v Pierrel ès-qual*).

¹⁴⁷⁰ En realidad, solo se ha declarado que el principio de *pari passu* es una de las normas no disponibles del Derecho concursal y que ello puede formar parte del orden público interno. Vide *Belmont Park Investments Pty Ltd v. BNY Corporate Trustee Services Ltd* [2012] 1 AC 383 y *HM Revenue and Customs v. The Football League Ltd & Anor* [2012] EWHC 1372 (Ch).

¹⁴⁷¹ P. Landolt, “Swiss Supreme...”, *cit.*, 2.

laudos arbitrales como los dictados en los Asuntos CCI 7563 (1993)¹⁴⁷² y 7205 (1993).¹⁴⁷³ En la misma línea, el Tribunal de Justicia ha defendido más en general la importancia fundamental del principio de maximización de retorno para el conjunto de los acreedores en el contexto de insolvencias trasfronterizas.¹⁴⁷⁴

464. Por el contrario, no parece que la defensa de la igualdad de acreedores en un procedimiento concursal extranjero deba quedar cubierta por el art. V.2.b) CNY. De forma coherente con lo que se defendió en el subapartado anterior, la excepción de orden público está diseñada para proteger solo los intereses del Estado que lo aplica. Por tanto, la infracción de normas foráneas no constituye una violación subsumible en la Convención de Nueva York, incluso cuando pudieran tener carácter imperativo en aquel Estado.¹⁴⁷⁵ Si acaso, sería un supuesto de frustración de Derecho –presumiblemente público- extranjero. Esta interpretación ya se puso de manifiesto en la famosa resolución del asunto *Tensacciai v Terra Armata*. En él, el Tribunal Federal suizo ordenó la ejecución de un laudo contrario al Derecho de la competencia europeo sobre la base de que el único orden público relevante para el análisis era el helvético, que en ese caso no había sido vulnerado por el laudo.¹⁴⁷⁶ La misma lógica se aplica cuando la arbitrabilidad es la cuestión controvertida del laudo. En esos casos no se concibe que un tribunal estatal pueda denegar la ejecución de un laudo por el mero hecho de que su objeto no sea arbitrable según una ley distinta a la *lex fori*, por muy conectado que ese otro Estado pudiera estar con la disputa.¹⁴⁷⁷

Es por esta razón que el orden público de un Estado no debería incluir los principios concursales de otro Estado¹⁴⁷⁸ y que, por tanto, la ejecución de un laudo no debería ser denegada cuando el único motivo invocable en el marco del art. V CNY fuera que la decisión

¹⁴⁷² Laudo parcial (*Belgian bank v International pool of insurance companies*), disponible en (1994) 121 *Journal du Droit International* 1054, con “Annotation” de Y. Derains (sede en París y Derecho concursal francés).

¹⁴⁷³ Laudo parcial (*French company v Owner of Saudi company*), disponible en (1995) 122 *Journal du Droit International* 1031, con “Annotation” de J. J. Arnaldez.

¹⁴⁷⁴ *Gourdain*, párs. 3 y 5, y *Seagon*, pár. 16.

¹⁴⁷⁵ Así lo manifestó el Tribunal Supremo (Sala 1ª) en su Auto de 3 octubre 1983 en la disputa *Odin Shipping Co. (Pte) Ltd. v Aguas Industriales de Tarragona*, disponible en (1984) *Revista de la Corte Española de Arbitraje* 191. En general, P. Mayer, “La sentence contraire à l’ordre public au fond” (1994) *Revue de l’Arbitrage* 615, 646.

¹⁴⁷⁶ Sentencia del Tribunal Federal suizo, de 6 marzo 2006, en *Tensacciai v Terra Armata*, disponible en (2006) *Revue de l’Arbitrage* 736.

¹⁴⁷⁷ Así lo reconoce S. Brekoulakis, “Law applicable...”, *cit.*, 111-112, empleando el ejemplo del Derecho de patentes.

¹⁴⁷⁸ U. Haas, “The enforcement...”, *cit.*, 23; También lo defienden G. Naegeli, “Bankruptcy...”, *cit.*, 203; D. Baizeau, “Arbitration and Insolvency...”, *cit.*, 112; y, con algo menos de contundencia, G. Kaufmann-Kohler y L. Lévy, “Insolvency...”, *cit.*, 260.

vulneraría la igualdad de acreedores que requiere la legislación concursal del Estado tercero en el que se tramita el procedimiento de insolvencia.

Tampoco parece que este tipo de acciones puedan impedirse a través de la alegación del “abuso de derecho” como componente del orden público del *forum executionis*. Aunque efectivamente este principio forme parte del orden público,¹⁴⁷⁹ la conducta del acreedor ejecutante se reduce a hacer uso de la variabilidad en la definición de ese causal como consecuencia de la norma de conflicto expresamente prevista por el art. V.2.b) CNY; una norma inspirada en el principio de que cada Estado protege su propio orden público. Como se dijo en la introducción de este epígrafe, el aprovechamiento de la multiplicidad de foros de ejecución es el tipo de *forum shopping* del que eran plenamente conscientes los propios redactores de la Convención y que ha sido acogido favorablemente por la doctrina arbitral.

465. Esta posición también cuenta con refrendo jurisprudencial. Así lo demuestra la sentencia de la High Court irlandesa de 16 de mayo de 2004 entre Brostrom Tankers AB (Suecia) y Factorías Vulcano SA (España),¹⁴⁸⁰ es decir, un asunto concerniente a la sociedad española que ya protagonizó alguno de los casos mencionados en el apartado anterior. En esta ocasión la demandante sueca pretendía obtener la ejecución de un laudo dictado en 2001 contra Vulcano por un tribunal arbitral con sede en Noruega. Debido a sus problemas financieros, la sociedad española había sido sometida a un procedimiento de suspensión de pagos durante la tramitación del arbitraje. Pocas semanas antes de la finalización del mismo, dicho expediente desembocó en la aprobación de un convenio por el que cada acreedor aceptaba una quita del 90% de la deuda.¹⁴⁸¹ El laudo final condenó a Vulcano al pago de casi millón y medio de euros. Ante las bajas expectativas de cobro, Brostrom presentó acción de ejecución ante el tribunal dublinés. La elección de este foro se debía a que, según conocía la sociedad sueca, Vulcano se encontraba a la espera del pago proveniente de un deudor irlandés. Mediante la orden de ejecución, Brostrom pretendía embargar ese pago antes de su recepción definitiva por Vulcano, esto es, obtener la satisfacción plena de su crédito sin que la cuantía pagada pudiera ingresar en el patrimonio de la sociedad española en beneficio del resto de acreedores.

¹⁴⁷⁹ *Final Report of the Committee on International Arbitration of the International Law Association*, cit., pág. 28. Esto es así incluso en los Estados con tradición más pro-arbitral, como Suiza. Vide M. Aebi y H. Frey, “Impact...”, cit., 154 y G. Kaufmann-Kohler y L. Lévy, “Insolvency...”, cit., 260.

¹⁴⁸⁰ Sentencia de la High Court de Dublín, de 19 mayo 2004, en *Brostrom Tankers AB v Factorías Vulcano SA*, (2004) 2 IR 191. Disponible en (2005) XXX *Yearbook of Commercial Arbitration* 591, con breve comentario.

¹⁴⁸¹ Ley de 26 julio 1922, de suspensión de pagos (*BOE* núm. 257, de 14 septiembre 1922), que dejó de tener vigencia el 1 septiembre 2004 con ocasión de la entrada en vigor de la Ley Concursal.

Aunque la High Court no dudó en reconocer la existencia del expediente de suspensión de pagos y del convenio de quita alcanzado en el mismo, invocó el deber internacional de las autoridades irlandesas de aplicar el régimen tasado y restrictivo de la Convención de Nueva York a la hora de decidir sobre la ejecución de un laudo extranjero. De hecho, habló de las fuertes razones de orden público que animaban a adoptar una posición favorable a la eficacia transfronteriza de los laudos comerciales internacionales.¹⁴⁸² Frente a ellas, el juez entendió que el causal de orden público no debía recibir una interpretación tan amplia como para incorporar el perjuicio que la ejecución del laudo podía producir al resto de acreedores sometidos al convenio español. Y ello a pesar de reconocer que la decisión de ejecución comportaba una “ventaja comercial” para Brostrom que no hubiera podido recibir en el seno del procedimiento español.¹⁴⁸³ Según la High Court, para que la solicitud hubiera sido denegada, Vulcano tendría que haber demostrado que la pretensión de ejecución por parte de la sociedad sueca constituía una conducta ilegal o contraria a las nociones fundamentales de moralidad y justicia irlandesas o que la decisión favorable a la ejecución ofendería a un ciudadano medio, responsable y plenamente informado.¹⁴⁸⁴

Por su parte, en la Sentencia del Oberlandesgericht (Tribunal de Apelación) de Hamm, de 2 de noviembre de 1983,¹⁴⁸⁵ el tribunal alemán también acordó la ejecución de un laudo CCI dictado en París a favor de una parte alemana y en contra de una sociedad italiana que estaba sujeta a un procedimiento concursal en su Estado de origen. Según el tribunal, la disminución patrimonial producida por la ejecución no constituía una violación del orden público alemán. Si bien es cierto que, tal y como reconoció la Corte, el objetivo del procedimiento de insolvencia en cuestión no era la satisfacción de los acreedores sino el mantenimiento de sus empleados (pár. 8), no parece que este factor eliminara la frustración del principio de igualdad de acreedores que irremediablemente derivaba de la ejecución.

466. No es posible afirmar que casos como los descritos pudieran ocurrir con la misma probabilidad si el título enarbolado por el acreedor fuera una sentencia judicial. Por una parte, para que ello ocurriera el régimen para su reconocimiento y ejecución tendría que estar contenido en un instrumento de origen supra-estatal, como es el caso del régimen arbitral. Por la otra, también

¹⁴⁸² Pár. 11.

¹⁴⁸³ Aunque no lo declaró expresamente, el tribunal reconoció de esta forma que el despacho de ejecuciones individuales permanecía vetado tras la aprobación del convenio y que la quita del 90% también afectaba a la cuantía del laudo, a pesar de su emisión posterior al convenio.

¹⁴⁸⁴ Párs. 15-17, con cita a J. Fawcett y P. North, *Cheshire and North's Private International Law* (Oxford: OUP, 1999) 13^a ed.

¹⁴⁸⁵ Disponible en (1989) XIV *Yearbook Commercial Arbitration* 629.

sería necesario que los causales de denegación de ese instrumento no contemplaran la situación concursal *per se*, que fueran *numerus clausus* y que no tuvieran normas de conflicto predefinidas. Además de satisfacer todos estos requisitos, también sería necesario que el Estado requerido confiriera a la política en favor de la eficacia internacional de las sentencias judiciales extranjeras la misma importancia que generalmente se atribuye cuando la resolución invocada es un laudo arbitral. Excepto en el caso de sentencias cubiertas por los instrumentos de la Unión, éstas no son políticas que en la actualidad gozan del mismo nivel de acogimiento, diseminación y repercusión pública. Aunque no cuente con una plasmación positiva propia, la relevancia de este último factor sigue siendo fundamental para la resolución de los problemas aquí expuestos. De hecho, los dos casos citados invocaron expresamente la conveniencia de reducir al máximo los obstáculos en la ejecución de laudos cubiertos por la Convención de Nueva York y emplearon ese factor como criterio hermenéutico decisivo.

467. Es cierto que para remediar este tipo de situaciones algunos Derechos concursales modernos ofrecen mecanismos de restitución de la cantidad obtenida a través de la ejecución individual. El apartado anterior ya hizo referencia al art. 20.1 RI. Una disposición análoga se contiene en el art. 218.1 LC, que se aplica en los supuestos no cubiertos por el Reglamento de Insolvencia:

“1. El acreedor que, tras la apertura de un concurso principal en España, obtuviera un pago total o parcial de su crédito con cargo a bienes del deudor situados en el extranjero o por la realización o ejecución de los mismos deberá restituir a la masa lo que hubiera obtenido [...]”

Con ello se pretende deshacer el indudable perjuicio patrimonial sufrido por la masa concursal y por el colectivo de acreedores. Sin embargo, se ha de reconocer que esta clase de herramientas no tiene ningún carácter preventivo y que el daño que una ejecución puede producir sobre la posible salvación de una sociedad insolvente y sobre el fin último que se acabe dando al procedimiento concursal (liquidación o convenio) no será siempre enmendable mediante estos mecanismos *a posteriori*. Además, la eficacia real de los mismos en el plano internacional está sujeta a todos los problemas prácticos y de Derecho internacional privado que puedan ocurrir en cada caso concreto (ej., que el acreedor individualmente satisfecho nunca se haya personado en el procedimiento de insolvencia, que su domicilio se localice fuera del foro concursal, que carezca de bienes en ese territorio, etc.). En definitiva, el tipo de dificultades que frecuentemente se traduce en elevados costes procesales y que colisiona con la insuficiencia financiera que caracteriza a la situación concursal.

468. Deriva del análisis precedente que la inclusión de un convenio arbitral en un contrato y, sobre todo, la obtención de un laudo condenatorio, pueden comportar para su acreedor una mayor

probabilidad de cobro que la que tengan los otros acreedores no privilegiados. Dicho de otro modo, el acceso a la vía arbitral permite aumentar la liquidez de un crédito incluso en situaciones concursales. Este resultado confirma la idea de que la elección de un medio adecuado para la resolución de disputas internacionales tiene un impacto directo sobre la posibilidad de satisfacción del crédito que pueda derivar de él.

En cierta medida, esta conclusión acerca el arbitraje a los derechos de garantía. En efecto, una de las funciones principales de este tipo de derechos es la de incrementar la expectativa de cobro en situaciones de insuficiencia patrimonial por parte del deudor. La visión del arbitraje como *pseudo*-mecanismo de garantía justifica que algunos autores (abogados en ejercicio, como cabía esperar) hayan sugerido que el recurso a esta vía es siempre una opción inteligente cuando la contraparte está inmersa en un procedimiento concursal y tiene bienes en varios Estados.¹⁴⁸⁶ También explica que la High Court inglesa en *Elektrim* reconociera que una de las razones por las que un síndico concursal puede pretender desactivar un convenio arbitral es porque “equivale a una preferencia, ej. porque garantizaría al acreedor arbitral una recuperación (=satisfacción) más amplia que la disponible para los otros acreedores”.¹⁴⁸⁷

469. Es incluso posible que la opción por el arbitraje pueda mejorar la eficacia de algunos derechos de garantía en escenarios trasfronterizos. En efecto, la decisión de un juez de reconocer la prevalencia de ese tipo de derechos sobre el conjunto de acreedores constituye la manifestación de una política estatal en materia de ordenación del comercio y gestión de las situaciones concursales.¹⁴⁸⁸ Cada Estado define ese régimen de acuerdo con sus propios parámetros e ideologías. Históricamente, las fuertes discrepancias nacionales en este punto han marcado el fracaso de la mayoría de los esfuerzos realizados con el fin de lograr un régimen internacional en materia de derechos de garantía.¹⁴⁸⁹ Asimismo, la práctica concursal demuestra que la operatividad de esos derechos en situaciones trasfronterizas es fuente habitual de enfrentamiento entre distintas concepciones nacionales.¹⁴⁹⁰

Frente a estas tensiones, el reconocimiento y la ejecución de convenios y laudos arbitrales goza del régimen unificado que recoge la Convención de Nueva York y se beneficia de una acogida favorable por la inmensa mayoría de los Estados. Sin lugar a dudas, ello facilita su eficacia y elimina desencuentros inter-estatales. Así, la decisión de ejecutar un laudo a pesar

¹⁴⁸⁶ S. Walker y A. García, “Insolvency...”, *cit.*

¹⁴⁸⁷ *Syska & Elektrim v Vivendi Universal* [Comm], pág. 74 (traducción del autor).

¹⁴⁸⁸ I. Fletcher, “*L'enfer...*”, *cit.*, 491.

¹⁴⁸⁹ Tanto UNCITRAL como UNIDROIT son muestra de ello.

¹⁴⁹⁰ I. Fletcher, “*L'enfer...*”, *cit.*, 491 y J. M. Garrido, “No two...”, *cit.*, 484.

de la prohibición concursal extranjera será percibida generalmente como la aplicación legítima de un régimen que el Estado requerido probablemente comparta con el *forum concursus*, y no como una medida territorialista basada en el rechazo de otras reglas globales.

Por último, no puede ignorarse que la unilateralidad con la que frecuentemente se diseñan los derechos de garantía implica que su inclusión en una relación contractual comporta frecuentemente algún tipo de contrapartida para su beneficiario (precio, fecha de entrega, foro competente, ley aplicable, etc.). Por el contrario, los convenios arbitrales son cláusulas generalmente bilaterales, en tanto que pueden ser accionados por ambas partes del contrato. Aunque su inclusión pueda ser objeto de negociación, ello implica desde un punto de vista transaccional que la función de *pseudo*-garantía que eventualmente pueda producir no supondrá un aumento de su “coste de incorporación”. En definitiva, fuera del Reglamento de Insolvencia el arbitraje constituye un mecanismo contractualmente eficiente que contribuye a aminorar los riesgos asociados con la posible insolvencia de la contraparte.

iii. La posible sumisión del arbitraje a la lógica concursal

470. Los apartados anteriores demuestran que la situación concursal no constituye necesariamente un caso de no-ejecución arbitral en el plano internacional.¹⁴⁹¹ También confirman que relegar a la fase post-laudo la gestión de los problemas que el arbitraje pueda generar sobre el procedimiento de insolvencia no será siempre una opción satisfactoria.¹⁴⁹² En efecto, llegados a esa fase, el plus de efectividad que la Convención de Nueva York otorga a los mecanismos arbitrales internacionales puede traducirse en resultados claramente contrarios a los intereses del concurso: la evasión de las restricciones concursales por parte de un acreedor en perjuicio de las expectativas de cobro del resto de acreedores no privilegiados.¹⁴⁹³ Aunque la solvencia de este resultado desde un punto de vista estrictamente jurídico sea difícilmente criticable, no cabe duda de que su compatibilidad con el principio de justicia material (desde un punto de vista concursal) es mucho más controvertida. Sobre todo, porque es probable que el acreedor satisfecho se diferencie de la mayoría de los otros acreedores generales en cuanto a su capacidad económica para participar y aprovechar las

¹⁴⁹¹ Como sí la califica J. Paulsson, *The Idea...*, cit., 207.

¹⁴⁹² Como sí defiende P. Landolt, “Switzerland: Supreme Court should recalibrate its review following bankruptcy case decision” (2009) 4(5) *Global Arbitration Review. The European & Middle Eastern Arbitration Review* 30.

¹⁴⁹³ No obstante, vide *infra* la explicación sobre la diferencia entre la fase de exequátur y de ejecución efectiva que se prevé en algunos Estados, como es el caso de España.

ventajas que puede ofrecer el sistema arbitral internacional. Es cierto que *stricto sensu* todos son acreedores no privilegiados desde el punto de vista concursal, pero en realidad unos lo son más que los otros.

471. Este desequilibrio obliga a re-evaluar la posibilidad de emplear el aparentemente inquebrantable régimen arbitral para fortalecer la prevalencia de los principios fundamentales del Derecho concursal. La conveniencia de esta pesquisa viene también justificada por el hecho de que la propia Guía UNCITRAL para la incorporación de la Ley Modelo de Insolvencia declara que la suspensión de procedimientos arbitrales y la prohibición de acciones de ejecución de laudos, ambas derivadas del mero reconocimiento de un concurso extranjero *ex art. 20 LMI*, no son contrarias a los límites contenidos por la Convención de Nueva York.¹⁴⁹⁴ Es decir, la misma institución que creó las Leyes modelo de insolvencia y de arbitraje y que también promovió la aprobación de la Convención de Nueva York parece apuntar que el respeto a los imperativos concursales no implica un incumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados parte de la Convención. Los siguientes apartados exploran dos opciones alternativas para encajar normativamente esta declaración de principio.

1º. El concurso como causa de suspensión de la acción de ejecución

472. El carácter exhaustivo de los causales del art. V CNY constituye una pieza fundamental de la interpretación expuesta en los apartados precedentes. Sin embargo, no resulta correcto defender que ese listado agota todos los motivos que un órgano judicial puede invocar para denegar la eficacia y, sobre todo, para impedir la ejecución de un laudo extranjero. Cuando el punto controvertido de la solicitud tenga que ver con cualquier aspecto del arbitraje (convenio, procedimiento y resultado) es cierto que las únicas razones esgrimibles son las propias del art. V CNY. Pero también pueden existir argumentos que no tengan que ver estrictamente con el arbitraje o con las consecuencias de su eficacia, sino que se asienten sobre otros motivos, principalmente de naturaleza procesal. La invocación de este tipo de argumentos para impedir la ejecución de un laudo extranjero no está prohibida por la Convención de Nueva York.

De hecho, el art. III CNY establece que

“Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución *de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el*

¹⁴⁹⁴ Guía para la incorporación de la Ley Modelo UNCITRAL al Derecho interno, pág. 145.

territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes.[...]” (cursiva añadida)

En España, este precepto se traduce en que el art. 46.2 LA prevea que

“2. El exequátur de laudos extranjeros se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros.” (cursiva añadida)

473. La expresión del art. III CNY refleja la necesidad de complementar el articulado de la Convención con el régimen procesal de cada Estado parte.¹⁴⁹⁵ Este es el resultado de que no prosperaran las negociaciones orientadas a incluir en la Convención un régimen procesal propio para la tramitación del reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros. El único acuerdo que los redactores consiguieron alcanzar es que las normas nacionales aplicables a este tipo de laudos no podrán imponer condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los previstos para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales (art. III *in fine* CNY).

La relevancia de las normas rituales locales se manifiesta, entre otras formas, en la posible aplicación de su régimen de competencia internacional.¹⁴⁹⁶ Así, los tribunales de algunos Estados han sometido la disponibilidad de su foro a que se satisfagan ciertos requisitos mínimos de competencia sobre las partes (*jurisdiction in personam*) o sobre los bienes (*jurisdiction in rem*) o a que exista suficiente conexión entre la disputa y el Estado requerido.¹⁴⁹⁷ La mayoría de estas decisiones provienen de ordenamientos de tradición *common law*, pero también es posible encontrar casos puntuales en sistemas de *civil law*.¹⁴⁹⁸ Sin lugar a dudas, ésta es una práctica controvertida.¹⁴⁹⁹ Por una parte, parece contradecir la afirmación que se realizó en la introducción de este epígrafe, según la cual el régimen de la

¹⁴⁹⁵ G. Born, *International Commercial...*, cit., 3406-3407; M. Scherer, “Article III” en R. Wolff (ed.), *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Commentary* (Londres: CH Beck - Hart Publishing - Nomos, 2013) 195; A. Börner, “Article III” en H. Kronke, P. Nacimiento *et al.* (eds.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (La Haya: Kluwer Law International, 2010) 115, 118.; J. Lew, L. Mistelis y S. Kröll, *Comparative...*, cit., 702; y A. van den Berg, *The New York...*, cit., 234.

¹⁴⁹⁶ G. Born, *International Commercial...*, cit., 2981 (aunque el autor reconoce la falta de literatura al respecto) e International Commercial Disputes Committee of the Association of the Bar of the City of New York, “Lack of Jurisdiction and *Forum Non Conveniens* as Defenses to the Enforcement of Foreign Arbitral Awards” (2004) 15 *American Review of International Arbitration* 407, 411.

¹⁴⁹⁷ *Id.*, 2979-2983, con cita de jurisprudencia.

¹⁴⁹⁸ *Id.*

¹⁴⁹⁹ Así lo reconoce el propio G. Born, *id.*, 2980-2981.

Convención parece autorizar implícitamente la solicitud de reconocimiento y ejecución del laudo en cualquier Estado a elección del acreedor. Por otra, podría incluso entenderse que cuando las partes concluyen voluntariamente un convenio arbitral con sede en un Estado parte de la Convención, su acuerdo constituye también una sumisión tácita a la competencia de los tribunales de cualquier otro Estado parte en cuanto al reconocimiento y la ejecución del laudo que resulte del arbitraje.¹⁵⁰⁰ A pesar de estos argumentos, la realidad es que en la actualidad se siguen encontrando tribunales (incluso europeos) que invocan normas de origen interno con el fin de denegar la competencia de su Estado para decidir sobre la eficacia de un laudo extranjero.¹⁵⁰¹

474. No parece que la alegación de falta de competencia sea una opción acertada para desestimar una acción de ejecución cuando la parte demandada esté sometida a un procedimiento concursal en el extranjero. Sin embargo, estos ejemplos sí demuestran que los Estados signatarios de la Convención pueden frenar una solicitud de ejecución sin necesidad de entrar en el análisis de los causales del art. V CNY.

En los supuestos de insolvencia debidamente reconocida¹⁵⁰² parece que la mejor herramienta procesal para alcanzar este resultado sería la figura de la suspensión. Esto es, la admisión a trámite de la demanda de ejecución seguida de la decisión de que la indisponibilidad del patrimonio del deudor produce la imposibilidad legal de acordar el despacho de la ejecución solicitada.¹⁵⁰³ Dependiendo del ordenamiento, tal indisponibilidad derivará de la extensión de los efectos concursales previstos por la *lex fori concursus* (como establece el art. 223 LC)¹⁵⁰⁴ o del propio Derecho concursal internacional del Estado de recepción (como dispone el art. 20 LMI).

¹⁵⁰⁰ *Id.*, 2982, con cita a J. E. Berger y C. Sun, “Personal Jurisdiction and the New York Convention” (2012) 28 (2) *International Litigation* 1, 3 y L. Silberman, “Civil Procedure Meets International Arbitration: A Tribute to Hans Smit” (2012) 23 (3) *American Review of International Arbitration* 439.

¹⁵⁰¹ La sentencia de la High Court irlandesa en el asunto *Yukos Capital S.A.R.L v OAO Tomskneft VNK* [2014] IEHC 115 ofrece un claro ejemplo. El carácter controvertido de la cuestión lo demuestra el hecho de que la misma pretensión en Francia fuera resuelta de forma opuesta. Sentencia de la Cour d’Appel de Paris, de 13 enero 2013, en *Tomskneft VNK v Société Yukos Capital*. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del Southern District of New York, de 20 marzo 2014, en *Mont Blanc Trading Ltd. v Zahid Ali Khan and Z2 Group FZCO* (13 Civ. 700, AJN).

¹⁵⁰² Como ya se dijo en pasajes anteriores, si no hay reconocimiento (siquiera incidental) no hay situación concursal desde un punto de vista jurídico.

¹⁵⁰³ La “suspensión” de los procedimientos de reconocimiento y ejecución de laudos como consecuencia de un concurso extranjero debidamente reconocido en el Estado requerido también la menciona S. Vorburger, *International Arbitration...*, *cit.*, 226. Sin embargo, la afirmación del autor viene desprovista de la explicación que se pretende proporcionar en todo este epígrafe.

¹⁵⁰⁴ Obviamente, sometido a que esa *lex* prescriba la prohibición de ejecuciones.

475. Esta conclusión encuentra buen acomodo legal en el ordenamiento jurídico español. En efecto, como ya se mencionó, el art. 46.2 LEC establece que el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros se tramitará de acuerdo con la normativa aplicable a las resoluciones judiciales extranjeras. Tradicionalmente, ello se equipara a los arts. 951-958 LEC 1881 (procedimiento de homologación), pero en materia de ejecución *stricto sensu* esa remisión también implica la aplicación del régimen general de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El art. 523.2 LEC (“Fuerza ejecutiva en España. Ley aplicable al procedimiento”) prevé que

“2. En todo caso, la ejecución de sentencias y títulos ejecutivos extranjeros se llevará a cabo en España conforme a las disposiciones de la presente Ley, salvo que se dispusiere otra cosa en los Tratados internacionales vigentes en España.”

Dado que, como ya se ha dicho, la Convención de Nueva York no cuenta con normas concretas de procedimiento, el tenor del art. 523 LEC permite el recurso a las disposiciones ordinarias de ejecución previstas en la propia Ley de Enjuiciamiento. Entre ellas se encuentra el art. 568 LEC (“Suspensión en caso de situaciones concursales o preconcursales”), que reproduce en esencia el contenido del art. 55 LC. De acuerdo con el primer apartado del art. 568 LEC,

“1. No se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso [...]”

El tenor de la norma se ciñe a requerir que el ejecutado se encuentre “en situación de concurso”. Resulta irrelevante que el mismo se tramite en España o fuera de ella. Sin lugar a dudas, el deudor se hallará en esta situación cuando el procedimiento de insolvencia haya sido oportunamente reconocido por los tribunales nacionales. En estos casos, por tanto, será posible denegar (*melior*, suspender) la acción de ejecución sin necesidad de que el órgano judicial tenga que adentrarse en el análisis del art. V CNY. Esta solución resulta aplicable tanto a laudos finales como a aquellos pronunciamientos cautelares que tengan finalidad anticipatoria. Además, a diferencia de lo que ha defendido algún reputado autor, no parece que la efectividad de este tipo de medidas tenga que estar sujeta a que la parte beneficiada por la suspensión, esto es, el deudor ofrezca caución suficiente.¹⁵⁰⁵ Un requisito de esta naturaleza contravendría la prohibición concursal de medidas cautelares pre-ejecutivas contra el deudor¹⁵⁰⁶ y colisionaría con la insuficiencia patrimonial que consustancialmente caracteriza a los escenarios de insolvencia.

¹⁵⁰⁵ G. Born, *International Commercial...*, cit., 3724.

¹⁵⁰⁶ Vide Capítulo III.B.3.a.i.

476. Además, el segundo apartado del art. 568 LEC permite extender el mismo régimen a las ejecuciones que se encuentren en curso en el momento de aprobarse la homologación formal del concurso extranjero.¹⁵⁰⁷ La comprensión plena de esta regla requiere dos apuntes. Por una parte, su aplicación queda sujeta a que la ley concursal que regule la posibilidad de llevar a cabo ejecuciones individuales disponga que esa prohibición también se aplica a aquéllas que se encuentren en tramitación. En España, esa ley es la *lex fori concursus* por mandato del art. 223 LC.

Por la otra, el momento temporal para evaluar si una ejecución se encuentra en curso no es el de la concesión de la homologación por los tribunales del Estado receptor, sino que debería retrotraerse a la fecha de su apertura en el foro concursal. Aunque el Derecho español guarde silencio a este respecto, la regla de la retroacción de efectos tras la aprobación del reconocimiento es la lectura más beneficiosa para los intereses del concurso¹⁵⁰⁸ y casa con la solución que aplica el Reglamento de Insolvencia.¹⁵⁰⁹ Además, es una interpretación coherente con que el art. 226.2.1º LC autorice a las autoridades judiciales españolas para que paralicen cautelarmente las ejecuciones en trámite incluso antes de que la insolvencia extranjera haya sido propiamente homologada.

477. Si bien es cierto que la referencia del art. III CNY al régimen procesal del Estado requerido permite el recurso a las disposiciones que se acaba de mencionar, la eficacia de este tipo de normas se acentúa por la distinción que realiza el ordenamiento español entre la fase de homologación del laudo y la fase de ejecución material del mismo.¹⁵¹⁰ La primera resulta en el reconocimiento de la resolución arbitral y de su posible carácter ejecutivo (exequátur). Es aquí donde opera la Convención de Nueva York. La segunda, por su parte, no se encuentra vinculada por el carácter tasado de la Convención y permite la invocación de motivos de denegación distintos a los previstos en el art. V CNY. Así lo afirma el Auto del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2003 con respecto a la excepción de pago:

“El proceso de exequátur admite las alegaciones y excepciones relativas a su propio objeto, esto es, la concurrencia de los presupuestos a los que en cada caso, y en función del régimen de reconocimiento aplicable, se sujeta la declaración de ejecutoriedad; quedan fuera de su ámbito,

¹⁵⁰⁷ En concreto, el tenor del precepto establece que “2. El secretario judicial decretará la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle en cuanto conste en el procedimiento la declaración del concurso [...]”.

¹⁵⁰⁸ Así parece apuntarlo, aun con duda, A. Espiniella Menéndez, “La contratación internacional...”, *cit.*, 130. También lo hacen autores clásicos, como J. D. González Campos, “Aspectos internacionales...”, *cit.*, 394.

¹⁵⁰⁹ Art. 16 RI, como refrenda el Auto de la AP Madrid (Sección 28ª), de 21 febrero 2008.

¹⁵¹⁰ C. Esplugues Mota, “La aplicación...”, *cit.*, 299 y M. Gonzalo Quiroga, “Nota al ATS de 5 de mayo de 1998” (1998) *Revista de la Corte Española de Arbitraje* 224, 226.

por tanto, aquellas alegaciones y excepciones que afectan a la ejecución de la sentencia o resolución ya reconocida, y que constituyen un obstáculo para que sus pronunciamientos se lleven a efecto. Y sería precisamente en fase de ejecución de la resolución extranjera ya reconocida en donde se debería situar la excepción de pago, la cual presentaría virtualidad en el proceso de ejecución del laudo extranjero que se abriera después de obtener el exequátur y siempre que se alegara y acreditara oportunamente”.

Dado que el procedimiento de homologación no produce generalmente ninguna consecuencia patrimonial tangible fuera del procedimiento concursal y que su conclusión no es equiparable al despacho de una ejecución, puede defenderse que el espacio natural de operatividad de las disposiciones mencionadas no será la fase de reconocimiento y exequátur sino la fase de ejecución efectiva del laudo. Es decir, el tribunal español podrá homologar el laudo sabiendo que su ejecución posterior resultará jurídicamente inviable. De esta forma, se permitirá que el acreedor pueda todavía beneficiarse de los efectos de cosa juzgada del pronunciamiento arbitral sin que lleguen a perjudicarse los intereses materiales del concurso. Esto será especialmente útil cuando se pretenda emplear el laudo contra otros codeudores también afectados por el arbitraje¹⁵¹¹ o cuando se vaya a presentar frente a partes terceras que garanticen el cumplimiento de la acción como fiadores y aseguradores.

Cabe plantearse, no obstante, que cuando ninguno de estos supuestos sea previsible, el otorgamiento de exequátur será una decisión carente de utilidad práctica. En esos casos, parecería más recomendable que el órgano judicial en cuestión redujera su pronunciamiento al reconocimiento *stricto sensu* del laudo, sin incluir su carácter ejecutivo. Para poder justificar esta decisión será necesario que la invocación de las disposiciones procesales citadas se realice a través del recurso al régimen procesal del Estado requerido, tal y como permite el art. III CNY. Con ello se convertirá el pronunciamiento arbitral condenatorio en un título meramente declarativo, impidiendo así que pueda emplearse en ese territorio para mermar el patrimonio concursal.

478. Más allá del caso español, la remisión del art. III CNY al derecho procesal del *forum executionis* se ha demostrado especialmente útil en aquellos Estados que no prevén la escisión entre la decisión de exequátur y la orden de ejecución. Tradicionalmente, este es el caso de los Estados con sistema *common law*. Así, es posible encontrar en estos ordenamientos algunas sentencias que, en el marco del régimen de la Convención pero sin entrar en ninguno de los causales del art. V CNY, han denegado la eficacia ejecutoria de laudos que se intentaban

¹⁵¹¹ Vide el art. 568.3 LEC al respecto.

hacer valer frente al patrimonio de un deudor sometido a un procedimiento concursal en un Estado tercero. En todos ellos, el tribunal en cuestión justificó su decisión en la existencia de un moratorium imperativo impuesto como consecuencia del reconocimiento de la insolvencia extranjera. Esa prohibición no era parte del orden público del Estado requerido, sino un impedimento procesal que impedía accionar el poder coercitivo del Estado sobre el patrimonio del deudor.¹⁵¹²

Finalmente, es posible encontrar otros casos en los que la autoridad ejecutante ha recurrido a la excepción procesal de *lis pendens* para denegar la solicitud del acreedor arbitral cuando éste también haya insinuado su crédito en el procedimiento concursal extranjero. Según estas decisiones, la personación en ese procedimiento impide que pueda despacharse una ejecución individual simultánea respecto del mismo título. En concreto, este tipo de argumentación puede encontrarse en decisiones del Comité Disciplinario y de Ejecuciones de la *Fédération Internationale de Football Association* (FIFA), que es la autoridad de la FIFA competente para la tramitación de las acciones de ejecución contra clubes de fútbol que no hayan cumplido con los laudos dictados por el Tribunal de Arbitraje Deportivo de Lausana (TAS).¹⁵¹³ Aunque desde un punto de vista material este tipo de decisiones sea beneficioso para los intereses del club concursado, no parece que el recurso a la doctrina de *lis pendens* sea una opción jurídicamente adecuada. En efecto, como ya quedó dicho en la introducción de este epígrafe, la Convención de Nueva York no se opone a que existan varios procedimientos de ejecución abiertos al mismo tiempo con respecto de un mismo laudo. El único límite es que la cantidad satisfecha en favor de la parte acreedora no exceda de la cantidad reconocida por el tribunal. Es cierto que la incertidumbre respecto al montante exacto que, si acaso, recibirá el acreedor en el seno del concurso impedirá al Comité determinar de forma concreta la cantidad restante por la que ordenar la ejecución. Sin embargo, ésta no es la argumentación empleada en las

¹⁵¹² Los casos son principalmente estadounidenses. Vide la Sentencia de Juez de Distrito del Southern District of New York, de 28 junio 2012, en *In re Ashapura Minechem Ltd*, 480 B.R. 129 por el que se reconoce el procedimiento concursal al que está sometido el deudor en India y se impide la ejecución del laudo que había sido confirmado mediante Sentencia del Juez Concursal del Southern District of New York en *In re Ashapura Minechem Ltd*, nº 11 B. 14668, WL 5855475, de 22 noviembre 2011. Otras Sentencias incluyen la del Juez Concursal del Southern District of New York en *In re Bird*, 229 B.R. 90, 94 (1999), las de la Court of Appeal del Second Circuit en *Victrix S.S. Co. v Salen Dry Cargo A.B.*, 825 F.2d 709 (1987) y en *Cunard S.S. Co. v Salen Reefer Services A.B.*, 773 F.2d 458 (1985) explicadas en el subapartado siguiente.

¹⁵¹³ Decisiones CAS 2012/A/2750, de 15 octubre 2012, pár. 121, y CAS 2011/A/2343, de 1 marzo 2012, pár. 44 (relativo al Albacete Balompié Club de Fútbol). Sin embargo, el CAS sí que ha permitido la ejecución cuando el laudo se dictara una vez abierto el procedimiento de insolvencia, pues en ese caso el crédito no es concursal sino contra la masa (decisión CAS 2013/A/3049, de 5 julio 2013, párs. 123 y 126. Todas ellas citadas en U. Haas, “The enforcement...”, *cit.*, 22-24.

decisiones referidas, que simplemente invocan la pendencia del procedimiento de insolvencia como causa *per se* para impedir la ejecución.

2º. *El comity como parte orden público internacional*

479. Más allá del recurso a las normas procesales a través del art. III CNY, las especiales características de la problemática aquí estudiada permiten plantearse una alternativa adicional. Como se ha venido exponiendo, el carácter estricto de la Convención de Nueva York puede producir que en ocasiones un Estado carezca de la libertad (o del incentivo) suficiente para denegar la eficacia a un laudo extranjero contra los bienes de una parte sometida a un procedimiento concursal en otros Estados. Hasta ahora, el estudio de los perjuicios que esa decisión puede producir se ha centrado en la disminución de las expectativas de cobro por parte de los acreedores que han concurrido al procedimiento de insolvencia. Sin embargo, esta decisión produce otro perjuicio importante que no afecta ni a los acreedores extranjeros ni a los intereses del *forum concursus*. La prevalencia del régimen tasado de la Convención, aun confirmando la política arbitral de ese Estado, supone la frustración de su Derecho concursal transfronterizo. Tal y como se puso de manifiesto, este resultado puede ocurrir incluso cuando el procedimiento de insolvencia haya sido propiamente reconocido y cuando los órganos judiciales del Estado requerido muestran su voluntad de colaborar con las autoridades concursales extranjeras. Es decir, crea una disfunción que afecta también al funcionamiento del propio ordenamiento jurídico del Estado que acaba ejecutando el laudo arbitral.

En línea con el análisis que se realizó en el Capítulo IV con respecto al carácter imperativo de las normas de insolvencia trasfronteriza,¹⁵¹⁴ no parece del todo claro que la obstaculización en el funcionamiento de esas normas pueda calificarse *per se* como una violación del orden público a los efectos del art. V.2.b) CNY. Sin embargo, es posible alcanzar un resultado equivalente si el análisis se realiza a través de la política legislativa que yace detrás de ese régimen. En efecto, aunque se haya apuntado en apartados anteriores que una de las funciones del Derecho de insolvencias trasfronterizas es la protección de los intereses nacionales que puedan resultar afectados por el concurso, no puede ignorarse que otro objetivo importante de esa legislación es también el de establecer puentes de colaboración con otros Estados con el fin de coadyuvar en la gestión conjunta de situaciones financieramente patológicas que afectan al desarrollo de las actividades comerciales internacionales. Sin lugar a dudas, esta faceta del

¹⁵¹⁴ Vide Capítulo IV.D.2.

Derecho concursal trasfronterizo ha devenido mucho más evidente en las últimas décadas, conforme leyes nacionales, iniciativas de *soft law* y varios instrumentos internacionales como la Ley Modelo y el nuevo Reglamento de Insolvencia han ido incorporando progresivamente reglas y recomendaciones de cooperación, coordinación y colaboración inter-estatal en materia concursal.¹⁵¹⁵

480. De hecho, son muchas las fuentes que afirman que uno de los fundamentos del reconocimiento de un procedimiento de insolvencia extranjero es la voluntad de *comity* o cortesía internacional del Estado receptor.¹⁵¹⁶ Este no es un principio solo concursal y su activación tampoco es un ejercicio que se centre exclusivamente en los intereses del Estado extranjero. Por el contrario, es una regla que vertebra las relaciones internacionales que un Estado desea establecer con sus Estados vecinos (al menos con algunos).¹⁵¹⁷ Es decir, es un principio de política exterior y que, en el caso del Derecho concursal, se manifiesta tanto en la mera decisión del legislador de prever un régimen de reconocimiento de insolvencias extranjeras como en la decisión concreta que un órgano judicial adopta cuando otorga la homologación formal a una de esas insolvencias.¹⁵¹⁸

Desde esta perspectiva, la obligación que puede derivar de la Convención de Nueva York de dar eficacia plena a un laudo extranjero a pesar del reconocimiento del estatus concursal del deudor supone el quebrantamiento de la política de relaciones inter-estatales que

¹⁵¹⁵ Por todos, vide los *European Communication and Cooperation Guidelines for Cross-Border Insolvency*, (2007) INSOL Europe (disponibles en <http://www.insol-europe.org>), los *EU Cross-Border Insolvency Court-to-Court Cooperation Principles and Guidelines* (2014) patrocinados por el *International Insolvency Institute* y la Comisión Europea, o los *ALI-III Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases* promovidos por el *International Insolvency Institute* y el *American Law Institute* (2010).

¹⁵¹⁶ Desde jurisprudencia clásica estadounidense como *Canada S. Ry. v Gebhard*, 109 U.S. 527, 539 (1883) o *Disconto Gesellschaft v Umbreit*, 208 U.S. 570, 578 (1908) a casos mucho más recientes como las Sentencias de la Supreme Court of New South Wales (Australia) en *In re Chow Cho Poon (Private) Limited* (2011) NSWSC 300, pár. 78; de la Court of Appeal del Second Circuit estadounidense en *In re Treco*, 240 F.3d 148, 154 (2001) y en *Allstate Life Insurance v Linter Group, Ltd.*, 994 F.2d 996 (1993); y de la Bankruptcy Court del Southern District of New York en *Triton Container Int'l, Ltd. v Cinave, S.A.*, WL 634308 (1997) y en *In re Hourani*, 180 B.R. 58, 69 (1995). *Idem* en S. L. Bufford, "International Insolvency Law & International Arbitration - A Preliminary Perspective" (2014) 23 *Journal of Bankruptcy Law & Practice* 670, 671; I. Fletcher, "L'enfer,..." , *cit.*, 493; y H. L. Buxbaum, "Rethinking..." , *cit.*, 44-51. Esta opinión, no obstante, se debate en las Sentencias de la Court of Appeals del District of Texas en *Kumkang Valve Manufacturing Co. v Enterprise Products* (N. 01-13-00636-CV, 2014); de la Supreme Court inglesa en *Rubin v Eurofinance S.A.* [2012] UKSC 46; y del Privy Council en *Cambridge Gas Transport Corp v. Official Committee of Unsecured Creditors (of Navigator Holdings PLC and others) (Isle of Man)* [2006] UKPC 26.

¹⁵¹⁷ La jurisprudencia clásica estadounidense lo define como "neither a matter of absolute obligation on the one hand nor of mere courtesy and good will upon the other. But it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws" (*Hilton v Guyot*, 159 U.S. 113, 163-64, 1895).

¹⁵¹⁸ Así lo afirma en general J. L. Westbrook, "Breaking away..." , *cit.*, 619 respecto del Chapter 15 estadounidense, aun sin hacer referencia al arbitraje.

el Estado receptor ha diseñado de forma legítima y soberana. Por tanto, no solo se dañan los intereses del *forum concursus* sino también los del *forum executionis*, que se ve privado de todo intento de deferencia internacional. A diferencia de lo que se concluyó en el apartado anterior, esta situación sí es subsumible en el causal del orden público, pues son los intereses nacionales y no los foráneos los que se busca proteger. Y ello sin ignorar que la decisión también tenga un impacto directo y positivo sobre los acreedores concursales extranjeros.

481. Ésta es una interpretación que no ha sido explorada por la doctrina y que tampoco ha recibido especial atención por parte de los tribunales. En el caso español resulta legítimo dudar acerca del acomodo que pueda tener en el régimen interno de Derecho internacional privado, que tradicionalmente ha venido marcado por la regla de la reciprocidad.¹⁵¹⁹ Es cierto que alguna jurisprudencia española hace referencia a los principios de “justicia universal” y “solidaridad entre las naciones civilizadas”, como es el caso del Auto del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1983.¹⁵²⁰ Sin embargo, estas referencias se realizan siempre con el fin de favorecer la eficacia de laudos arbitrales y nunca para restringirla.

No obstante, sí parece que la lectura aquí propuesta pueda prestar mucha mayor utilidad en Estados que se hayan mostrado históricamente afines a la lógica del *comity* y que no distingan entre la decisión de exequátur y la orden de ejecución. Así lo confirman sentencias como la de la Court of Appeals del Second Circuit estadounidense en *Victrix Steamship Co. (Panamá) v Salen Dry Cargo A.B. (Suecia)*.¹⁵²¹ En esa ocasión, la sociedad panameña solicitó al tribunal americano la ejecución de un laudo dictado en Londres contra la sociedad sueca. Ni Salen ni su administración concursal habían participado en el arbitraje, alegando que todos los acreedores debían insinuar sus créditos, tanto firmes como contenciosos, en el procedimiento sueco. Aunque Victrix había accedido a personarse en el concurso, también había optado por proseguir con el arbitraje e incluso había conseguido trabar un embargo de bienes localizados en suelo americano.

Presentada con la solicitud de ejecución del laudo, la Court of Appeals no dudó en reconocer que el régimen dispuesto por la Convención de Nueva York era el único instrumento aplicable en su decisión y que ello desplazaba la posible invocación de razones previstas en la legislación interna. Sin embargo, igual determinación mostró al afirmar que la definición de la excepción de orden público prevista en la Convención no podía ignorar que “las cortes

¹⁵¹⁹ Vide los arts. 952 y 953 LEC 1881 en materia de homologación de sentencias extranjeras.

¹⁵²⁰ Auto del Tribunal Supremo de 3 octubre 1983, en la disputa *Odin Shipping Co. (Pte) Ltd. v. Aguas Industriales de Tarragona*, disponible en (1984) *Revista de la Corte Española de Arbitraje* 191

¹⁵²¹ *Victrix S.S. Co. v Salen Dry Cargo A.B.*, 825 F.2d 709, de 5 agosto 1987.

americanas hace tiempo que han reconocido la particular necesidad de extender su *comity* a los procedimientos concursales extranjeros”.¹⁵²² Por esta razón, la Court of Appeals declaró que, siempre que se garantizara que los bienes localizados en el territorio estadounidense se iban a llevar al procedimiento de insolvencia sueco, los jueces se “negaban a facilitar que *Victrix* evadiera el mandato concursal sueco”.¹⁵²³ Según la Court, esta interpretación no implicaba negar el *comity* a las autoridades de Reino Unido, en cuyo territorio se había dictado el laudo. Además, para justificar su fallo, los jueces declararon que cuando la ejecución de un laudo arbitral interacciona con un procedimiento concursal, la disputa deja de tener la naturaleza exclusivamente privada que generalmente la caracteriza, pasando a adquirir un carácter público. En ese caso, tal mutación afectaba directamente a las autoridades concursales suecas, cuya legitimación había sido reconocida por los propios tribunales estadounidenses.¹⁵²⁴ Sobre esta base, la sentencia levantó los embargos trabados.

482. Esta decisión supuso la confirmación de la doctrina que la propia Court of Appeals había sentado pocos años antes en el caso *Cunard Steamship Co., Ltd. v Salen Reefer Services A.B. (Suecia)*,¹⁵²⁵ en el que también se planteó la posible ejecución de un laudo londinense contra otra sociedad insolvente del grupo Salen. En línea con la argumentación empleada en *Victrix*, esta decisión desestimó la solicitud de Cunard y ordenó el levantamiento de los embargos existentes. Lo hizo sobre la base de que “el orden público de los Estados Unidos sería mejor protegido mediante el reconocimiento del procedimiento sueco, facilitando así la distribución ordenada y sistemática del patrimonio de Salen”.¹⁵²⁶ Con ello se evitaba que Cunard mantuviera mediante los embargos trabados un “fondo cautivo” que le permitiera asegurar la satisfacción del crédito arbitral con preferencia sobre el resto de acreedores.¹⁵²⁷ Ambas ideas fueron reproducidas literalmente en *Victrix*. Por último, la Court of Appeals citó las palabras del Juez Gurfein en *Israel-British Bank (London) Ltd. v Federal Deposit Ins. Corp.*, según las cuales “el camino hacia la equidad no es una carrera por ser el más rápido”.¹⁵²⁸

Aunque parece que un supuesto de hecho similar al de estos casos no se ha vuelto a plantear ante los tribunales estadounidenses, otros asuntos han recurrido a la figura del *comity* para paralizar arbitrajes estadounidenses tramitados contra partes concursadas extranjeras. Para

¹⁵²² Párrs. 8 y 13.

¹⁵²³ Pár. 16.

¹⁵²⁴ Párrs. 15-16.

¹⁵²⁵ *Cunard S.S. Co. v Salen Reefer Services A.B.*, 773 F.2d 458, de 19 septiembre 1985.

¹⁵²⁶ Pág. 459 (a diferencia de *Victrix*, el tribunal no empleó párrafos en la redacción).

¹⁵²⁷ *Id.*

¹⁵²⁸ *Israel-British Bank (London) Ltd. v Federal Deposit Ins. Corp.*, 536 F.2d 509, 513, de 25 mayo 1976 (Second Circuit).

ello se ha venido requiriendo que la legislación de insolvencia en origen prohíba el arbitraje o que la mera tramitación del mismo resulte contraria a los intereses de la masa.¹⁵²⁹

483. La valiosa doctrina marcada por estos casos requiere dos últimos apuntes. Por una parte, tanto *Victrix* como *Cunard* declaran que no habrían alcanzado ese fallo si el acreedor hubiera sido estadounidense.¹⁵³⁰ A pesar de la controversia que esta postura pueda levantar, esta afirmación no hace sino confirmar que la figura del *comity* ha estado tradicionalmente limitada por la imposibilidad de que su activación se traduzca en perjuicio para los ciudadanos del Estado que la invoca.¹⁵³¹

Por la otra, se ha de aclarar que el recurso a la figura del *comity* como componente de la excepción de orden público no puede equipararse al empleo de la figura del *forum non conveniens*. Esto es, la doctrina de origen *common law*¹⁵³² en la que la decisión sobre competencia toma en consideración el impacto que la tramitación de la acción tiene sobre los intereses materiales y derechos procesales de las partes. Aunque exista algún ejemplo puntual en el que se haya invocado esta doctrina para denegar la eficacia de un laudo extranjero en el marco de la Convención de Nueva York,¹⁵³³ esa es una posibilidad que implica la realización de una evaluación sustantiva (y no solo procesal) que excede de los causales del art. V CNY y que, por tanto, no debería tener cabida en el seno de los procedimientos de reconocimiento y ejecución.¹⁵³⁴

¹⁵²⁹ Sentencia de la Court of Appeal del Second Circuit en *Vesta Fire Insurance Corporation v New Car Reinsurance Corp.* 244 B.R. 209 (11 diciembre 2000) y de la de la Court of Appeal de Nueva York en *Corcoran v Ardra Insurance Co.*, 566 N.Y.S. 2d 575 (20 diciembre 1990).

¹⁵³⁰ *Victrix*, pár. 12, y *Cunard*, pág. 457

¹⁵³¹ Sentencias de la Supreme Court de Estado Unidos en *Disconto v Umbreit*, 208 U.S. 570, 579 (24 febrero 1908) y de la Court of Appeal del Third Circuit en *Philadelphia Gear Corporation v Philadelphia Gear De Mexico, S.A.*, 44 F.3d, 194 (29 diciembre 1994).

¹⁵³² No obstante, también presente en el Derecho internacional privado europeo. Vide, por ejemplo, el art. 6 del Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo y el art. 15 del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

¹⁵³³ Sentencia de la Court of Appeal del Second Circuit estadounidense, de 14 diciembre 2011, en *Figueiredo Ferraz E Engenharia de Projeto Ltda. v Republic of Peru* (289. F.3d, 2011 WL 6188497).

¹⁵³⁴ En el mismo sentido, G. Born, *International Commercial...*, cit., 2983 y B. Juratowitch, “*Fora non conveniens* for enforcement of arbitral awards against states” (2014) 63 (2) *International & Comparative Law Quarterly* 477. Con crítica específica al mencionado caso estadounidense, vide J. Risvold, “Turning a Blind Eye to Convenience: *Forum Non Conveniens* and the Second Circuit’s Ignorance of the New York Convention” (11 junio 2012, disponible en <http://risvoldlaw.com/>); S. Perry “US court bows to Peruvian public policy”, *Global Arbitration Review* (entrada de 10 enero 2012); y G. Bermann, “Bermann on Figueiredo Ferraz v. Republic of Peru” (21 diciembre 2011, disponible en www.conflictsoflaws.net).

C. Breve recapitulación

484. Este Capítulo trata una cuestión fundamental en la problemática analizada en esta obra. Si el régimen concursal permite en muchas ocasiones la existencia y continuación de procedimientos arbitrales a pesar de la insolvencia de una de las partes y si los tribunales arbitrales suelen decidir a favor de su propia competencia sin perjuicio de las limitaciones que pueda imponer la *lex fori concursus*, la validez y la eficacia que el pronunciamiento arbitral resultante deba tener frente a los órganos judiciales estatales constituye un asunto ineludible. Primero, porque la eventual invalidez o ineficacia del mismo convertirían a la tramitación arbitral en una fuente de dilapidación de tiempo y dinero que colisiona frontalmente con los rasgos de carestía y urgencia que caracterizan a la situación concursal. Segundo, porque la posible eficacia extra-concursal del laudo tornaría al arbitraje en una herramienta de evasión de normas imperativas a nivel global en perjuicio del conjunto de los acreedores que concurren ordenadamente en el procedimiento de insolvencia. Ninguna de estas situaciones resulta recomendable y, por tanto, su prevención requiere su estudio individualizado.
485. Las cuestiones de validez se han centrado específicamente en la acción de anulación, que constituye la herramienta procesal prevista por el Derecho arbitral para ventilar los vicios fundamentales que pueden cercenar la mera existencia del laudo en el universo jurídico. Dado el objeto de estudio en esta obra, el análisis de esas acciones se ha centrado en el ordenamiento español y europeo, y ha concluido que el régimen de competencia judicial internacional ha de permanecer sustancialmente inmutable a pesar de la situación concursal. Esto es, los tribunales de la sede arbitral no pierden su competencia frente a los del *forum concursus*. Es una acción de naturaleza civil y, por tanto, no afectada por la regla de *vis attractiva concursus* internacional. En materia de ley aplicable, sin embargo, la situación concursal ha de implicar algunas alteraciones. Ello se debe principalmente a la necesidad de internalizar en el análisis de la validez del laudo los imperativos concursales impuestos por la legislación extranjera. El examen de las complejidades producidas por la existencia de regímenes de calificación propios de la disciplina arbitral y concursal pone de manifiesto la necesidad de modificar el régimen conflictual de la acción de anulación para dar eficacia el Derecho concursal internacional de la sede del arbitraje. Con ello se confirma la utilidad práctica de la solución que se propuso en el Capítulo IV en cuanto a la conveniencia de que los tribunales arbitrales incluyeran el régimen de insolvencia trasfronteriza de la sede en su propio proceso decisorio. Finalmente, esta primera parte también evalúa la naturaleza jurídica de la acción por fraude prevista por la legislación concursal española. La singularidad de su regulación la convierte

en una acción autónoma con respecto a las acciones de anulación y de revisión de laudos. Además, su naturaleza concursal ha de resultar en que la competencia judicial internacional para su resolución se atribuya exclusivamente al foro en el que se tramita el concurso.

486. Las cuestiones de eficacia, por su parte, muestran la separación entre los casos en los que el laudo se intenta hacer valer en el seno del procedimiento concursal y los supuestos en los que se pretende su reconocimiento y ejecución fuera del procedimiento colectivo. Aunque la primera opción representa el fin natural de todo título dictado contra el deudor, el análisis contenido en la segunda parte de este Capítulo demuestra que su puesta en práctica en el marco de arbitrajes internacionales puede generar algunas dudas importantes de naturaleza procesal. Las más importantes se presentan cuando el laudo tiene origen extranjero con respecto al foro concursal. En esos casos, aunque se defiende el funcionamiento general de las normas de homologación aplicables de forma ordinaria para el reconocimiento y el exequátur de sentencias arbitrales, la necesidad de optar por un procedimiento ágil y económico en situaciones concursales permite defender que en ciertas circunstancias el laudo pueda invocarse directamente en el seno de la insolvencia. Esto es, sin necesidad de homologación previa y recurriendo, como mucho, a la figura del incidente concursal.

Por otra parte, los intentos de aprovechar la eficacia extra-concursal del laudo muestran unas complejidades de muy distinta naturaleza. Principalmente, ellas vienen causadas por la existencia de regímenes paralelos de calificación, lo que explica la división entre supuestos regidos por el Reglamento de Insolvencia y casos gobernados por el Derecho interno de insolvencias transfronterizas. Cuando el instrumento europeo sea de aplicación, la superioridad jerárquica de sus normas resultará en la desactivación de las normas de conflicto contenidas en la Convención de Nueva York con el fin de acomodar las soluciones previstas por el legislador de la Unión y garantizar su *effet utile*. En ocasiones, ello podrá llevar a resultados más perjudiciales para el arbitraje que los derivados de la aplicación del régimen de la Convención. Por último, cuando el procedimiento concursal caiga fuera del ámbito del Reglamento, el plus de eficacia que confiere la Convención a los laudos arbitrales permitirá en ocasiones obtener la ejecución del laudo fuera del foro concursal en claro perjuicio de los intereses del colectivo de acreedores. Aunque esto convierte al instituto arbitral en un mecanismo de resolución de disputas con funciones de *pseudo*-derecho de garantía, es la consecuencia aparentemente inevitable de la superioridad jerárquica del régimen de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros sobre el Derecho concursal transfronterizo de origen nacional. Con el fin de evitar este tipo de situaciones patológicas, el Capítulo

concluye con la defensa de dos opciones alternativas que permiten frenar las acciones de ejecución con efectos anti-concursales. La primera consiste en invocar la prohibición de ejecuciones contra la masa concursal extranjera como una excepción procesal del *forum executionis* al amparo del art. III CNY. España cuenta con normativa expresamente prevista para esta clase de escenarios. La segunda implica incluir consideraciones de *comity* o cortesía internacional en el causal de orden público del art. V.2.b) CNY. Aunque esta es una opción menos probable dada la tradición internacional española, la utilidad de la misma devendrá especialmente interesante en los Estados en los que el recurso a la primera alternativa no sea viable.

CAPÍTULO VI. Conclusion¹⁵³⁵

487. This thesis has studied the treatment that national courts and arbitral tribunals give to the encounter of insolvency and arbitration in cross-border scenarios. Those situations can open a wide range of questions, including the operability of arbitration agreements, the conduction of arbitration proceedings and the effectiveness of awards affecting the insolvent party. From an international perspective, the clarification of these issues requires a choice-of-law analysis that identifies the law(s) or rules of law(s) that should govern each of them.

As already emphasized in the introduction, the choice-of-law methodology applied in practice is not homogeneous throughout the various decisional stages and spheres of the problem. To the contrary, it changes depending on two factors; whether the analysis is conducted by arbitrators or by national courts and whether the intersection is approached from the point of view of arbitration law or insolvency law. This variety of methods also leads to disparity of results from a substantive point of view. Overall, such uncertainty is contrary to the necessities of an insolvency scenario: clear rules, predictable outcomes and effective dispute resolution.

488. On this basis, the main objective of the thesis is to identify a choice-of-law methodology that contributes to the unification of decisions throughout those stages and spheres. This exercise requires exploring the different solutions that previous case law and literature have suggested in the field of insolvency law and in the context of arbitration. This endeavor marks the structure of the study, which is divided into four Chapters. Chapters II and III deal with the insolvency perspective, whereas Chapters IV and V examine the solutions based on arbitration law.

¹⁵³⁵ Este Capítulo se redacta en lengua inglesa con el fin de cumplir con los requisitos exigidos para obtener la “Mención Internacional” en el título de doctor, tal y como dispone el art. 15.1.b) del Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado (*BOE* núm. 35, de 10 febrero 2011).

This Chapter is drafted in English in order to satisfy the conditions required to obtain the “International Mention” in the doctorate title, as provided in art. 15.1.b) of Royal Decree 99/2011, of 28 February, on the regulation of official doctoral education (*BOE* n. 35, of 10 February 2011).

In all of them, the issue of characterization is of paramount importance. Indeed, in order to reach a homogeneous choice-of-law regime, it is necessary to agree on the legal category that both disciplines should use in order to identify the law applicable to the effects of insolvency on arbitration. However, even when individually considered, neither insolvency law nor arbitration law evidence an agreement on this point. Such lack of consensus demonstrates the polyhedral nature of the problem and enhances the diversity of possible solutions. For this reason, the analysis contained in every Chapter also adopts a position regarding the most appropriate characterization that should be employed by each discipline. This exercise is a prerequisite for the proposal of a coordinated methodology that could be used uniformly by courts and arbitrators.

489. With this objective in mind, Chapter II focuses on the treatment that the European Insolvency Regulation grants to arbitration agreements and proceedings. These are the key conclusions of the Chapter:

A.-

There are two main positions regarding the interpretation that the rules of the Regulation should receive in the context of arbitration. The first one is encapsulated in the judgment of the English Court of Appeal in *Elektrim v Vivendi*. According to this position, the law applicable to the effects of insolvency on arbitration should be determined by arts. 4.2.f) and 15 IR. That is, if arbitration proceedings have not yet commenced at the time when the insolvency is declared, it will be for the *lex fori concursus* to govern all the consequences that the insolvency produces on the arbitration, including the validity and operability of the arbitration agreement. On the contrary, if the proceedings are already pending at that point in time, the law of the seat of the arbitration (*lex loci arbitri*) will regulate those effects.

This interpretation has been widely accepted in the literature, has inspired the reports that preceded the reform of the Insolvency Regulation in 2015 and could be applied to the new provisions of the recast (arts. 6.2.f) and 18 IR bis).

B.-

Despite the apparent success of the first position, it is doubtful that its construction of arts. 4.2.f) and 15 IR is the correct one. Indeed, the analysis of those provisions in the context of court litigation (as opposed to arbitration) demonstrates that their purpose is not to determine the possibility to conduct individual actions outside of the insolvency forum. These are issues of *vis attractiva concursus*, ie questions that relate to the scope of the jurisdiction of the insolvency court and to the operability of choice-of-court/arbitration agreements.

The definition of the limits of *vis attractiva concursus* has been the object of various cases before the Court of Justice of the European Union. According to this case law, when the claim is the consequence of the insolvency proceedings or is directly related therewith, it should be characterized as an action of insolvency nature. In application of the rules of the Regulation, the jurisdiction to decide these claims corresponds exclusively to the Member State where the collective proceedings have been opened. On the contrary, when the subject matter of the action is of civil or commercial nature, there is no mandatory *vis attractiva concursus* imposed by the Insolvency Regulation.

In most cases, civil and commercial claims will be covered by the Brussels I bis regime (and, in the past, by the Brussels Convention and Regulation 44/2001). In line with the interpretation of these instruments given by the Court of Justice, the operability of their jurisdictional rules and the validity of choice-of-court agreements is not affected by the fact that one of the parties is subject to insolvency proceedings. Consequently, when the requirements for jurisdiction set forth in these instruments are satisfied, the court of the Member State in question will have to accept jurisdiction regardless of the existence of a foreign insolvency proceeding. The choice-of-law rules contained in arts. 4.2.f) and 15 do not play any role in this analysis.

The frequency with which this regime is applied in the context of individual claims and the fact that the Insolvency Regulation does not impede its operation, has led some authors to argue that the Insolvency Regulation rejects a wide notion of *vis attractiva concursus*. That is, that the rule for European insolvencies should be the authorization to conduct civil and commercial actions outside of the insolvency forum. On this basis, the vast majority of scholars in Spain claim that the Regulation also has the effect of confirming the effectiveness of the arbitration agreements subscribed by the debtor. According to those authors, this interpretation should prevail over the rules of the Member States that provide for the invalidity or suspension of arbitration agreements, which could be deemed tacitly derogated with regard to international disputes.

This position is antithetical to the one suggested by the English Court of Appeal in *Elektrim*. It relies on the international jurisdiction regime that follows from the dialogue between the Insolvency Regulation and the Brussels I regime to imply a *favor validitatis* rule for arbitration. By doing so, it rebuts of the *Elektrim* doctrine and confirms that the choice-of-law rules in arts. 4.2.f) and 15 should not be used to govern the effectiveness of arbitration agreements after insolvency.

C.-

Despite this contribution, this second interpretation can also be subject to substantial criticism. The main reason for it is that the rejection of the wide notion of *vis attractiva concursus* cannot be justified by reference to the Insolvency Regulation. To the contrary, the analysis of the European case law demonstrates that such rejection is only contained in the Brussels I regime, and therefore is not applicable to arbitration. In this sense, it is illustrative that the key case on which that position is based (*Gourdain*) was decided in 1979, decades before the Insolvency Regulation was even approved. That judgment was sufficient to sustain that the jurisdiction for the resolution of civil and commercial claims involving an insolvent party should not be affected by the financial state of one of the parties.

Since then, the entry into force of the Regulation has only added the mandatory *vis attractiva concursus* with regard to claims which derive directly from the insolvency. However, it has not amended or expanded the rejection of *vis attractiva* concerning civil and commercial matters, which is still exclusively found in the Brussels I instruments. Indeed, the Insolvency Regulation does not even provide that the rules on international jurisdiction dealing with those individual claims must preserve the validity of jurisdiction clauses and reject a wide notion of *vis attractiva*.

The veracity of this reading can be evidenced by the fact that in those States where only the Brussels I instruments apply, but which are not covered by the Insolvency Regulation, the rejection of a wide *vis attractiva* continues to operate. This is the case of Denmark. Equally, in regimes that follow a philosophy equivalent to the Brussels model, such as the Lugano Convention, the inexistence of the Insolvency Regulation does not affect the operation of the narrow notion of *vis attractiva concursus*. Switzerland constitutes a clear example of this.

This explanation has a direct effect on the treatment of arbitration. Given that none of the Brussels instruments apply to arbitration, it is not possible to extend their regime without any

justification. Rather, it seems that in the absence of a specific norm for arbitration agreements in the Insolvency Regulation, their treatment should be determined by the general choice-of-law rules provided in that instrument. That is, it should be for the *lex fori concursus* to govern the effects that the opening of insolvency proceedings produce on the validity and effectiveness of arbitration agreements.

Two alternative interpretations of art. 4 IR sustain this position. On the one side, it can be argued that, absent any indication to the contrary, these agreements fall within the all-encompassing rule of art. 4.1 IR, which refers to the *lex fori concursus*. On the other side, arbitration clauses could be characterized as contracts for the purposes of the Regulation and, therefore, be caught by art. 4.2.e) IR, which also directs toward the application of the same *lex*.

The second option does not imply that the European Union would adopt a formal position as to the legal nature of arbitration agreements. It would only mean that, in light of the silence of the Regulation regarding the validity and operability of those agreements, their contractual facet could be used to identify the correct choice-of-law rule. This interpretation would be limited to the effects caused by the opening of insolvency and would not amount to a global alteration of the regime applicable to arbitration agreements. Equally, in line with the reading of art. 4.2.e) IR for ordinary contracts, it should cover all the agreements subscribed by the debtor, and not only those that have their seat in a Member State.

Finally, this position does not imply that arts. 4.2.f) and 15 IR are irrelevant for arbitration purposes. As in the case of litigation, they should operate as choice-of-law rules for the procedural effects that insolvency produces on individual proceedings. This matter refers to the amendments that must be introduced in the conduction of the arbitration in order to accommodate the process to the requirements of the financial status of one of the parties. They include issues such as the temporary suspension of the proceedings, the participation of the trustee, the need for the insolvency court to authorize certain procedural decisions of the debtor, etc. As a consequence, arts. 4.2.f) and 15 IR should enter into application only when the *lex fori concursus* does not prohibit arbitration.

490. After the analysis of the Insolvency Regulation, Chapter III examines the treatment conferred to international arbitration by the Spanish Insolvency Act (SIA). On the one side, it addresses the private international law rules that are contained in the Act and compares them with the

UNCITRAL Model Law. On the other, the Chapter assesses the substantive rules of the Act that are relevant to arbitration. The following ideas are the main findings of this part of the thesis:

A.-

The scope of application of the private international law part of the Insolvency Act is substantially more limited than the Regulation. In principle, it should be restricted to three scenarios. First, it will apply to the insolvency proceedings of the few institutions that are excluded from the Regulation pursuant to art. 1.2 IR. Second, it will govern the process of recognition of insolvencies opened outside the European Union. Finally, it will be relevant for the purposes of territorial proceedings that are conducted in Spain in relation to parties which do not have their COMI in a Member State.

Despite this limited role, the design of the Spanish rules responds directly to the model established by the Insolvency Regulation. This similarity makes it possible to extend the conclusions of the previous Chapter to the interpretation of the rules of the Act. Therefore, the effects that the opening of insolvency produces on the validity and effectiveness of arbitration agreements should always be governed by the *lex fori concursus*, regardless of whether that *lex* is Spanish or not. Equally, the procedural effects that need to be introduced in the conduction of arbitration proceedings will depend on the state of the arbitration at the time of the declaration of insolvency. When those proceedings are already in place, the *lex loci arbitri* will apply. Otherwise, the *lex fori concursus* will also determine the procedural adaptations.

In order to complete the part on private international law, this Chapter also examines the rules provided by the UNCITRAL Model Law on cross-border insolvencies. This is justified by the similarity that some scholars claim between the Model Law and the Spanish Act. It follows from the analysis that the solutions proposed by UNCITRAL are radically different to those of the Regulation and the Act. As opposed to a model based on the extension of the effects provided in the *lex fori concursus*, the Model Law focuses on the treatment that each adopting State grants to foreign insolvencies that are recognized within its territory.

With regard to arbitration, the Model Law foresees that the default solution will be the indefinite stay of pending arbitration proceedings seated in the recognizing State and the prohibition to commence new ones. That is, UNCITRAL suggests a Model that goes beyond private international law and enters into the area of substantive regulation. *De facto*, the

philosophy underlying the Model Law implies that it will be always for the *lex loci arbitri* (and not the *lex fori concursus*) to determine both the jurisdictional and the procedural effects produced by the foreign insolvency. In addition, it implies that such *lex loci arbitri* will not allow arbitration to continue or commence. Rather, it will impose at least a temporary suspension before the arbitral tribunal is authorized to resume the proceedings or accept jurisdiction.

B.-

The second part of the Chapter focuses on the rules of substantive law that are provided in the Insolvency Act. They will be applicable when the Insolvency Regulation or the choice-of-law rules of the Act direct toward Spanish law.

1.-

The main provisions of the Act with regard to international arbitration are arts. 11 and 52. In accordance with the interpretation given traditionally by the Spanish literature, art. 11 SIA refers to international arbitrations, whereas art. 52 SIA applies to domestic ones. In this vein, the rejection of the wide notion of *vis attractiva* contained in art. 11 SIA would imply that the international arbitration agreements subscribed by the debtor should remain valid and operative despite the opening of insolvency proceedings. That is, a position which is symmetrical to the opinion of Spanish scholars with regard to the European Regulation. In line with the criticism in Chapter II, this reading does not have sufficient legal basis and goes *praeter legem*.

The rejection of *vis attractiva* in art. 11 SIA should not be equated with a positive declaration in favor of the operability of arbitration clauses. It simply means that the *forum concursus* does not have exclusive jurisdiction over civil and commercial claims and that ordinary rules on international jurisdiction will continue to operate. However, that rule does not provide sufficient grounds to prove that arbitration remains necessarily available.

In this context, the purpose of art. 52 is to regulate the specific case of arbitration, and its regime should apply to both international and domestic arbitrations. After the 2011 reform, the general solution is that arbitration agreements remain valid and operative despite the insolvency of a party. It is irrelevant whether the agreement has been activated or not at the time of the opening of the collective proceedings. This regime, however, is subject to the

provisions contained in international treaties properly ratified by Spain, although they are currently silent on this matter.

2.-

The general efficacy of arbitration agreements can be subject to one exception. It concerns the possibility for the insolvency judge to suspend the effects of those arbitration agreements that have not yet been actioned by any party. This option, which is also provided in art. 52 SIA, can be exercised *ex officio* or at the request of one of the parties (including the administration). In any event, the availability of this mechanism requires the judge to prove that the existence of the agreement or the eventual commencement of an arbitration would “harm the interests of the insolvency”.

The interpretation of this expression should take into account two important considerations. First, it should not overlook that the mere conduction of individual actions outside the *forum concursus* is not necessarily prejudicial for the insolvency, as evidenced by the general permission of arbitration contained in art. 52. Second, it should note that the consequence of the suspension disputes will not be the accumulation of jurisdiction onto the *forum concursus*. To the contrary, the absence of an operative arbitration agreement should re-activate the ordinary rules on international jurisdiction, including the Brussels I bis Regulation. Given that this instrument rejects a wide notion of *vis attractiva concursus*, it will be very probable that courts other than the Spanish insolvency forum will gain competence to decide the dispute.

Besides these cases, arbitration agreements should remain effective after the opening of insolvency. Therefore, the possibility for the administration and the insolvency judge to set aside substantive contracts should not translate automatically into the avoidance of the connected arbitration agreement. In those scenarios, the primacy of the principle of separability should preserve the validity of the agreement.

3.-

The opening of insolvency proceedings can cast some doubts with regard to two other facets of the jurisdiction of the arbitral tribunal; interim measures and set-off. As to the first ones, international arbitrators should not lose their power to order interim measures against the insolvent party, even when their content seeks to prepare or anticipate the future enforcement of an award. Although this interpretation is contrary to the case law produced by the Court of Justice in the context of court-ordered interim measures, it responds to the need to separate between the adoption of the measures (which corresponds to arbitral tribunals) and the

enforcement of them (which is conducted by national courts). Only the second step should be prevented in scenarios of insolvency.

Similarly, this position supports the idea that those measures that were adopted before the commencement of the insolvency should remain operative during the conduction of the collective proceedings. Exceptionally, however, the Insolvency Act authorizes the judge to lift those measures if the interests of the insolvency so require.

With regard to the possibility for the arbitrators to set-off credits between the debtor and a creditor, it will be necessary to separate between those cases where both credits exist before the declaration of insolvency and the scenarios where at least one of them appears after that point in time. In the first cases, the tribunal will be allowed to compensate when the *lex fori concursus* or the *lex contractus* of the main credit authorize that decision. In the latter, the option to set-off will be restricted exclusively to the scenarios permitted by the *lex fori concursus*.

4.-

These possible restrictions to the effectiveness of the arbitration agreement and to the reach of the tribunal's jurisdiction should not prevent the possibility to conclude new agreements after the insolvency has been declared. The power to do so will depend on the capacity of the debtor. When the insolvency has produced the complete loss of capacity, the authority to conclude those agreements will belong in the administration or the insolvency court. On the contrary, when the loss of capacity is only partial, the debtor will remain capable of subscribing arbitration clauses, although the complete effectiveness of the agreement will be subject to the authorization of the administration.

5.-

Finally, the Chapter concludes with the procedural measures that the Insolvency Act provides in case of arbitration. On the one side, the arbitral tribunal has to recognize the *locus standi* of the administration to appear in the proceedings. The content of this intervention will depend on the residual capacity of the debtor after the declaration of insolvency. When the debtor is subject to a regime of suspension, the administration will take over her position and hold complete authority to represent the interests of the insolvent estate. However, if the debtor is only subject to the regime of intervention, the participation of the administration will be limited to decisions such as the settlement a claim or its withdrawal.

On the other side, the proceedings will have to be suspended for a minimum period of five days in order to allow the administration to familiarize herself with the arbitration and prepare her intervention. It is arguable that in these cases, the arbitral tribunal should define the duration of the suspension in light of the complexity of the case and the need to protect the right to due process of the parties involved.

491. Chapter IV examines the effectiveness that the regimes explained in Chapters II and III have in the arbitral sphere. The research demonstrates that arbitrators follow a decisional logic that is completely different to the method prescribed by insolvency law. Predominantly, they remain within the conceptual structure of arbitration law and base their choice-of-law decisions on categories that pertain to that structure. These are the main conclusions of the Chapter:

A.-

The three main categories employed in arbitral practice to characterize the impact of insolvency on arbitration are the capacity of the party, the arbitrability of the dispute and the validity and operability of the arbitration agreement. From this perspective, arbitrators will only respect the limitations to arbitrate provided by the *lex fori concursus* when the law applicable to these categories coincides with that *lex*.

The characterization of the prohibition to arbitrate as an issue of loss of capacity was supported by the Swiss branch of the dispute between *Elektrim* and *Vivendi*. This interpretation seems misconceived, as the insolvency rules that regulate arbitration do not affect the legal capacity of the insolvent party nor her the capacity to act. In general, that party remains capable of being the holder of rights and obligations and, when deprived of her ability to act in legal proceedings, the role of the administration is precisely to replace her in those proceedings.

Rather, the position adopted by Swiss *Elektrim* is better explained through the category of subjective arbitrability. This category refers to the limitations to arbitrate that some legal systems impose on certain parties. In that sense, it could be applied to characterize the situations where the insolvency law excludes arbitration from the options available to the debtor. Moreover, given that the law applicable to subjective arbitrability should be the personal law, the use of this category would also lead to the application of the *lex fori concursus* by international arbitrators.

Besides this option, arbitral practice also shows that tribunals resort to the topic of objective arbitrability to assess the impact of insolvency on their jurisdiction. Frequently, this position results in a positive finding in favor of arbitration, as the concept of arbitrability has widened considerably over the last decades. This is particularly true in the Spanish case, as the regime of the Arbitration Act on arbitrability contains a series of alternative connecting factors that seek to guarantee the effectiveness of the parties' intention to arbitrate. However, some issues remain that cannot be subject to arbitration. In the definition of those matters, the Chapter suggests that the case law of the Court of Justice with regard to pure and non-pure insolvency claims could provide valuable guidance. At least, matters classified as non-pure should always be deemed arbitrable.

Finally, the third category used by arbitral tribunals is the validity and effectiveness of the arbitration agreement. This seems to be the most popular option when it comes to the characterization of the insolvency problem in arbitration. However, due to the law applicable to those agreements, the use of this category results in the application of the *lex fori concursus* in very exceptional circumstances. Consequently, arbitration is frequently allowed to co-exist with insolvency proceedings. The predominance of this approach is reflected in the most recent case law by arbitral tribunals and some national courts.

B.-

Despite the growing agreement on the use of that category, a closer analysis demonstrates that it can be the origin of severe dysfunctions. In brief, it confers parties the freedom to contract out of insolvency law, it inherits the uncertainty around the law governing arbitration agreements and it might result on the application of a law that bears no connection with the insolvency proceedings. Therefore, it is an option that perpetuates the risk that national courts and arbitral tribunals apply different regimes to the question of whether the arbitration agreement remains operative after the opening of insolvency proceedings.

In order to avoid this result, the use of traditional categories by arbitral tribunals should be abandoned. Rather, arbitrators should ask themselves directly about the need to apply the provisions of the *lex fori concursus*. This is a particularly relevant question when the seat of the arbitration does not coincide with the *forum concursus*.

C.-

This alternative approach can be found in some arbitral case law. Traditionally, it takes the form of one of the following two debates. On the one side, some tribunals focus on the extraterritorial effect of the insolvency proceedings. That is, they assess whether those proceedings should affect arbitral proceedings seated outside the *forum concursus*. While this option gained ample acceptance some decades ago, it has been superseded by the development of the law of cross-border insolvencies. Indeed, it is common for modern legislations to state that the collective proceedings will have a universal scope. In addition, a substantial proportion of the current regimes on international insolvencies contain mechanisms to recognize their extraterritorial effect.

On the other side, part of the literature and some awards have framed the problem of insolvency and arbitration as a question of mandatory rules. From this perspective, the arbitral tribunal will only respect the provisions of the *lex fori concursus* if the alleging party provides evidence regarding two conditions: the mandatory nature of those norms and the duty of the arbitrators to comply with them regardless of their location. Although the first requirement is frequently satisfied, the second step of the test becomes much more problematic in practice. This is due to the absence in the law of arbitration of a clear rule that proclaims the obligation of arbitrators to apply mandatory rules that do not belong to the seat. *De facto*, this silence reduces the scope of their duty to those norms that could threaten the correct compliance with their mandate, *ie* rendering a valid and effective award.

This reductionist perspective discourages the application of the insolvency rules that seek to prohibit or limit arbitration. First, because the law applicable to the categories mentioned in the beginning of this Chapter, which are relevant to assess the validity and enforceability of awards, will very rarely coincide with the *lex fori concursus*. Second, because various decisions demonstrate that the breach of those insolvency rules does not amount to a violation of public policy. Rather, it is only when the award jeopardizes the principle of *par conditio creditorum* that awards might lose their validity or efficacy. However, this will be a very rare situation. The essence of that principle refers to the prohibition of individual enforcement actions outside the collective proceedings. Given that those orders can be made only by national authorities and not by arbitrators, an award that has not respected the prohibition to arbitrate contained in the *lex fori concursus* should not be invalid or ineffective *per se*. For instance, it should not be annulled by the courts of the seat (where there is no enforcement

involved) and should not be rejected if submitted to the insolvency proceedings (where the *par conditio* would not be jeopardized).

D.-

The dissatisfactory results of all the characterizations explained above confirm that arbitration law lacks an appropriate choice-of-law rule or set of rules to respond comprehensively to the event of insolvency. In order to avoid the uncertainty generated by the multiplicity of approaches, the Chapter suggests that arbitral tribunals should create a new category tailored specifically to determine the law applicable to the effects of insolvency on arbitration. This method should bring arbitral tribunals closer to the logic of the law on cross-border insolvencies.

To start with, arbitrators should be allowed to conduct their own analysis to assess whether the fact that one party is subject to insolvency proceedings outside of the seat is a relevant factor for the arbitration. That is, arbitrators should commence their analysis with an incidental analysis of the recognoscibility of the insolvency. For this purpose, it will not be necessary that the collective proceedings have been recognized by the courts of the seat.

Once the arbitral tribunal acknowledges the presence of the insolvency situation, it should determine its concrete implications for the arbitration. This assessment should be divided into two types of effects, in line with the distinction that was made in Chapters II and III. First, arbitrators should identify the law applicable to the jurisdictional effects generated by the insolvency, *ie* whether the arbitration agreement remains valid and operative and whether the jurisdiction of the tribunal survives despite the insolvent state. Second, and only in the case of a positive answer to the first questions, arbitral tribunals should determine the appropriate rules to adapt the proceedings to the necessities of the insolvency.

Given that neither of these effects has a specific choice-of-law rule in arbitration, the tribunal should resort to the rules for cross-border insolvencies contained in the seat. Apparently, these rules are not designed for their application by arbitral tribunals. However, the last Chapter of the thesis demonstrates that the courts of the seat are obliged to respect their mandates in the context of setting aside actions. For this reason, it seems that the better interpretation would be to include arbitral tribunals within the personal scope of those rules. That is, they should be construed as part of the *lex loci arbitri* and made applicable by all the arbitral tribunals

seated in their territory. Otherwise, arbitrators would seem to have a freedom of decision that, in fact, could result in the annulment of the award.

This construction implies that arbitral tribunals should apply the regime that was explained in Chapters II and III with regard to the Insolvency Regulation, the Spanish Insolvency Act and the Model Law. On this basis, their analysis should be guided by the distinction between jurisdictional effects and procedural effects.

Finally, the Chapter argues that when arbitrators conclude that the insolvency of one of the parties is not an obstacle for their jurisdiction, they should consider three main procedural aspects: the recognition of the *locus standi* of the trustee, the temporary suspension of the proceedings and the limitation of the enforceability of the award. These alterations would contribute to reach a satisfactory balance between the essential mandates of the insolvency and the parties' agreement to arbitrate.

492. Lastly, Chapter V examines the interaction between insolvency and arbitration at the post-award stage. Primarily, this stage includes setting aside actions and actions for the recognition and enforcement of the award. It is in these instances that the collision between the private international law methodologies of arbitration and insolvency becomes most evident, as national courts seem obliged to respect the (probably conflicting) choice-law-regimes provided in each discipline. The following ideas are the main conclusions of the Chapter:

A.-

When it comes to the resolution of setting aside actions, the fact that one of the parties is subject to insolvency proceedings requires a specific analysis of private international law. With regard to international jurisdiction, this assessment demands exploring whether those actions are of insolvency nature or not. The study of their elements demonstrates that they retain their ordinary civil and commercial nature and, therefore, the insolvency court cannot invoke exclusive jurisdiction over them. Normally, this should imply that the rules on jurisdiction applicable in the absence of insolvency continue to govern and that the courts of the seat remain competent to decide these actions. This will be the case in Spanish insolvencies pursuant to art. 11 SIA. For foreign insolvencies, the *lex fori concursus* should decide.

In relation with the applicable law, the choice-of-law rules that pertain to the law of international insolvencies only seek to cover the effects produced by the opening of collective proceedings. This should not include the actions for the annulment of arbitral awards, as they are ordinary mechanisms that exist equally outside of insolvency scenarios. For this reason, their general regime should remain unchanged. However, it was demonstrated in Chapter IV that some of the arbitration categories that are relevant for the annulment of an award (capacity of the parties, validity of the arbitration agreement, arbitrability, due process and public policy) might be affected by the financial status of one of the parties and can have insolvency-specific choice-of-law rules. The coexistence of conflictual regimes in the two disciplines with regard to the same issues might be the source of dysfunctions and uncertainty. In order to solve this potential collision, national courts should resort to the principles of normative hierarchy and public international law.

When the insolvency is governed by the European Regulation, its rules should prevail over the domestic rules on setting aside. This would be the consequence of the need to guarantee the *effet utile* of EU law. On the contrary, when the foreign insolvency is recognized through domestic law mechanisms, the compatibility of the two solutions should be achieved through constructive and systematic interpretation. In the Spanish case, this technique should result in the prevalence of the international regime of insolvency law over the arbitration rules.

In addition to these questions, the Spanish Insolvency Act contains a specific action for fraud with regard to arbitration awards. It can be distinguished from the setting aside action; it has a specific procedural regime and is regulated exclusively in the insolvency legislation. On this basis, it is an option that does not exist in other jurisdictions and demonstrates the reticence of the legislator to accept the normal operation of arbitration despite the solution provided in art. 52 SIA. In the case of international scenarios, the specific features of the action would make it a claim of insolvency nature. As a result, the *forum concursus* should be exclusively competent for its resolution and the *lex fori concursus* should be the applicable law.

B.-

The second part of the Chapter explores the effectiveness of arbitration awards against insolvent parties. This analysis requires a distinction between the scenarios in which the award-creditor seeks to file its claim with the collective proceedings and those in which the creditor intends to obtain an individual satisfaction of her credit outside the insolvency forum.

1.-

In the first situations, arbitral awards benefit from a privileged treatment by the Insolvency Act. However, the access to this regime by foreign awards requires that they have been properly recognized by a judicial order beforehand. Except in few circumstances, this step cannot take place incidentally inside the insolvency proceedings. Rather, a full homologation procedure will have to be conducted and the *forum concursus* will not be able to claim exclusive jurisdiction over it.

As to the law applicable to the decision on recognition, the same logic explained with regard to setting aside actions should apply. That is, while the overall regime should remain unchanged despite the insolvency, the choice-of-law rules necessary to give content to each of the grounds contained in the New York Convention should take into account the normative hierarchy between the arbitration rules and the insolvency regime.

In intra-EU scenarios (insolvency covered by the Regulation and award rendered in the EU), the determination of the applicable laws related to arbitration should be conducted in accordance with the European instrument, even if that would imply displacing the New York Convention. On the contrary, when the situation had an extra-EU element, the rules of the Convention should prevail over the law of cross-border insolvencies. The only escape from this result would be to justify that the rules that compose that law are part of the public policy exception. This argument, nevertheless, does not seem very viable, even when the insolvency is governed by the European Regulation.

2.-

Finally, the analysis becomes more complicated when the creditor intends to enforce the award outside the *forum concursus*. In principle, the prevalence of the Regulation in intra-EU situations would imply that those creditors should not be allowed to succeed in the territory of any Member State.

However, when the insolvency was not opened in a Member State or when the request for enforcement is filed outside of the Union, the integrity of the insolvent estate could be at risk. This threat is motivated by the favorable regime applicable to arbitration and by the limited grounds provided by the New York Convention to reject the enforcement of foreign awards. In this context, the Chapter examines some judgments that prioritized the duty to enforce an award over the policy to assist foreign insolvencies. The possibility to obtain a higher satisfaction of the credit if it is contained in an award turns arbitration into a *de facto* security

for international transactions. This is function of arbitration has not been explored in the past and could have contractual implications.

In any event, it is a result that leads to the jeopardy of the *par conditio creditorum*. In order to avoid this harm, the Chapter concludes with the suggestion of two arguments that would allow national courts to impede the enforcement against the assets of a foreign debtor. On the one side, some legal systems (of civil law tradition) distinguish between the decision on exequatur and the actual order of execution. This is the case of Spain. Given that the *numerus clausus* list of the New York Convention only applies for the purposes of the exequatur, national authorities could invoke the situation of insolvency in the second stage to avoid the enforcement of the award. This construction would be facilitated by the interpretation that some courts have given to the procedural aspects mentioned in art. III NYC.

On the other side, it would be possible to incorporate the notion of comity or interstate deference inside the exception of public policy. Indeed, the rules that each State provides to assist foreign insolvencies could be characterized as a regime of foreign policy. From this perspective, the public international law duty to enforce an award pursuant to the Convention, even if the executed party was subject to insolvency proceedings abroad, would amount to the frustration of those national policies. Based on this idea, some US courts have suggested the option to reject the enforcement of an award by construing comity into the public policy exception. Although comity as such is not recognized in every legal system, a similar interpretation could be adopted in civil law countries.

493. In conclusion, this thesis identifies the coexistence of parallel methodologies of private international law as one of the main reasons why the interaction between insolvency and arbitration remains an intriguing intersection at the international level. It is only after the analysis of this nuclear facet that it becomes possible to suggest a comprehensive solution that applies to arbitrators and national authorities.

It might be true that the proposed private international law regime is not as simple and straightforward as a global unification of rules at the substantive level. However, that option seems a rather improbable possibility in the current state of affairs. At least in the field of cross-border insolvencies, the appearance of international instruments has been traditionally limited to private international law, and it is at that level where States demonstrate a stronger

willingness to commit. Hopefully, this thesis contributes in the long path that international initiatives and projects need to walk before they crystallize in a defined set of rules.

There are numerous institutions that could undertake this task, even in the form of a soft law instrument -UNCITRAL, UNIDROIT, IBA, ICC, III, INSOL, etc.-. In any event, two objectives should be the guiding force: neutrality and predictability. In the suggested model, the achievement of the first aim is based on the absence of any material rule in favor or against the prevalence of one discipline over the other. That balancing act is left to the decision of national legislators. As for predictability, the model uses concrete and static connecting factors that benefit from an extensive wealth of already existing case law and literature.

In essence, the model seeks to facilitate the adventure of trading abroad. The decision to go cross-borders is *per se* a risky and commendable endeavor. Us lawyers should avoid that the law becomes an additional obstacle for it.

SUMMARY¹⁵³⁶

This thesis identifies the coexistence of parallel methodologies of private international law as one of the main reasons why the interaction between insolvency and arbitration remains an intriguing intersection at the international level. It is only after the analysis of this nuclear facet that it becomes possible to suggest a comprehensive solution that applies to arbitrators and national authorities.

Very succinctly, the model proposes that the choice-of-law rules of the insolvency regime of the seat should be included in the *lex loci arbitri*. As such, arbitrators should apply this logic to identify the law applicable to the jurisdictional and procedural effects generated by the commencement of insolvency proceedings. Together with the use of the principle of normative hierarchy, this interpretation would align arbitral and judicial methodologies and would contribute to the desired identity of outcome.

From a pragmatic point of view, this means that the jurisdictional effects in scenarios covered by the Insolvency Regulation or the Spanish Insolvency Act should be governed always by *lex fori concursus*. Meanwhile, the procedural effects would be subject to the *lex fori concursus* or to the *lex loci arbitri* depending the pendency of the arbitration at the time of the opening of the proceedings. On the other side, in situations regulated by domestic laws adopting the UNICTRAL Model Law, the *lex loci arbitri* would apply to the two types of effects.

¹⁵³⁶ Este resumen se redacta en lengua inglesa con el fin de cumplir con los requisitos exigidos para obtener la “Mención Internacional” en el título de doctor, tal y como dispone el art. 15.1.b) del Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado (BOE núm. 35, de 10 febrero 2011).

This Chapter is drafted in English in order to satisfy the conditions required to obtain the “International Mention” in the doctorate title, as provided in art. 15.1.b) of Royal Decree 99/2011, of 28 February, on the regulation of official doctoral education (BOE n. 35, of 10 February 2011).

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS y MANUALES

Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *La vis atractiva concursus del proceso concursal* (Cizur Menor: Thomson Civitas, 2007).

Aznar Giner, E., *La resolución del contrato en interés del concurso* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2009).

Ballestrazzi, S., *L'arbitrato nel fallimento alla luce delle recenti riforme* (Universita di Bologna, 2011) disponible en www.osservatorio-oci.org.

van den Berg, A., *The New York Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (La Haya: Kluwer Law International, 1981).

Bertacchini, E., *et al.*, *Manuale di Diritto Fallimentare* (Milán: Giuffrè, 2007).

Blackaby, N., Hunter, M., Partasides, C., y Redfern, A., *Redfern and Hunter on International Arbitration* (Oxford: OUP, 2009), 5ª ed.

Blasco Gascó, F. de P., *Declaración en concurso y contratos. Resolución sin incumplimiento e incumplimiento sin resolución* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2009).

Born, G. *International Commercial Arbitration* (The Hague: Kluwer Law International, 2014), 2ª ed.

Born, G., *International Arbitration: Law and Practice* (La Haya: Kluwer Law International, 2012), 1ª ed.

Bufford, S. L., DeCarl Adler, L., Brooks, S. B. y Krieger, M. S., *International Insolvency* (Nueva York: Federal Judicial Center, 2001).

Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *Derecho Internacional Privado* (Granada: Comares, 2014) 15ª ed.

- Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *Derecho concursal internacional* (Madrid: Colex, 2004).
- Campuzano Díaz, B., *Aspectos internacionales del Derecho Concursal* (Murcia: Laborum, 2004).
- Carballo Piñeiro, L., *Acciones de reintegración de la masa y Derecho concursal internacional* (Santiago de Compostela: De Conflictu Legum, 2005).
- Chalmers, D., Davies, G. y Monti, G., *European Union Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010) 2ª ed.
- Chan Ho, L. (ed.), *Cross-Border Insolvency: A Commentary on the UNCITRAL Model Law* (Londres: Global Business Publishing, 2012) 3ª ed.
- Ciszewski, J. y Erecinski, T., *Commentary to the Code of Civil Procedure* (Varsovia: Lexis Nexis, 2006).
- Collins, L. (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws* (Londres: Sweet & Maxwell, 2012) 15ª ed.
- Cordón Moreno, F., *Proceso Concursal* (Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi, 2013) 3ª ed.
- Cucarella Galiana, L. A., *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje)* (Bologna: Publicaciones del Real Colegio de España, 2004).
- Díaz Martínez, M., *El incidente concursal. Un instrumento autónomo de la tutela en el concurso de acreedores* (Valencia: Tirant lo Blach, 2012).
- van Drooghenbroeck, J. F., (coord.), *Droit judiciaire européen et international* (Bruxelles: La Charte, 2012).
- Esplugues Mota, C., Iglesias Buigues, J. L. y Palao Moreno, G., *Derecho Internacional Privado* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014) 8ª ed.
- Esplugues Mota, C., *La quiebra internacional. Estudio comparado de los nuevos desarrollos doctrinales y legislativos en la materia, con especial referencia a las perspectivas de reforma del modelo español* (Barcelona: Bosch, 1993).
- Fawcett, J. y North, P., *Cheshire and North's Private International Law* (Oxford: OUP, 1999) 13ª ed.

Fernández Rozas, J. C., *Tratado del arbitraje comercial en América Latina* (Madrid: Iustel, 2008).

Fernández Seijo, J. M., *Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos. Especial referencia a los contratos bancarios y de financiación* (Barcelona: Bosch, 2013).

Finch, V., *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles* (London: London School of Economics and Political Science, 2002).

Fletcher, I., *Insolvency in Private International Law. National and International Approaches* (Oxford: Oxford University Press, 2005), 2ª ed.

Fletcher, I., *Conflict of laws and European Community Law* (Amsterdam: Elsevier Science Ltd, 1982).

Gaillard, E. y Savage, J., *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* (La Haya: Kluwer Law International, 1999).

Gandía Sellens, M. A., *El arbitraje frente a los litigios internacionales en materia de propiedad intelectual: la arbitrabilidad y la adopción de medidas cautelares* (Cizur Menor: Aranzadi, 2014), monografía núm. 32 asociada a la *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*.

García Pombo, A., *Comunicación, reconocimiento y clasificación de créditos en el concurso* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2009).

Gunter, M., *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Insolvenz* (Zurich: Schluss, 2011).

Henry, J., *Outline of Plan of an International Bankrupt Code for the Commercial States of Europe* (Londres, 1825).

Heredia Cervantes, I., *Arbitraje y concurso internacional* (Cizur Menor: Civitas, 2008).

Herrera Cuevas, E., *Manual de la Reforma Concursal* (Madrid: Editorial Jurídica Europea de Derecho, 2004).

Israël, J., *European cross-border insolvency regulation: a study of regulation 1346/2000 on insolvency proceedings in the light of a paradigm of co-operation and a Comitatus Europaea* (Antwerp: Intersentia, 2005).

Jackson, T. H., *The Logic and Limits of Bankruptcy Law* by (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986).

Kaufmann-Kohler, G. y Stucki, B. (eds.), *International Commercial Arbitration in Switzerland: a handbook for practitioners* (La Haya: Kluwer Law International, 2004).

- Kuipers, J. J., *EU law and Private International Law* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2012).
- Lazic, V., *Insolvency proceedings and commercial arbitration* (La Haya: Kluwer Law International, 1998).
- Lew, J., Mistelis, L. y Kröll, S., *Comparative International Commercial Arbitration* (La Haya: Kluwer International, 2003).
- Llorente Sánchez-Arjona, M., *Tratamiento procesal de la insolvencia transfronteriza en la Unión Europea* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013).
- Lupone, A., *L'insolvenza transnazionale* (Padova: Cedam, 1995).
- Martín Moral, M. F., *El concurso de acreedores y el arbitraje* (Madrid: Wolters Kluwer, 2014), Monografía núm. 18.
- Merino Merchán, J. F. y Chillón Medina, J. M., *Tratado de Derecho Arbitral* (Cizur Menor: Aranzadi, 2006).
- Montero Aroca, J. A., *De la legitimación en el proceso civil* (Barcelona: Bosch, 2007).
- Moss, G., Fletcher, I. y Isaacs, S., *The EC Regulation on Insolvency Proceedings: A Commentary and Annotated Guide* (Oxford: Oxford University Press, 2009) 2ª ed.
- Nigro, A. y Sandulli, M., *La riforma della Legge Fallimentare* (Turín: Giappichelli, 2006).
- Olivencia Ruiz, M., *La terminología jurídica de la reforma concursal* (Madrid: Iustel, 2006) 203.
- Paulsson, J., *The Idea of Arbitration* (Oxford: Oxford University Press, 2013).
- Penadés Fons, M., *Elección tácita de ley aplicable en los contratos internacionales* (Cizur Menor: Aranzadi – Thomson Reuters, 2012).
- Pérez del Blanco, G., *Efectos procesales de la declaración del concurso: La vis atractiva concursal* (Madrid: Reus, 2007).
- Poudret, J. F. y Besson, S., *Comparative Law of International Arbitration* (Londres: Sweet & Maxwell, 2007)
- Pulgar Ezquerro, J., *La declaración del concurso de acreedores* (Las Rozas: La Ley, 2005).
- Ramírez, J. A., *Derecho Concursal Español. La quiebra - Tomo II: Efectos de la declaración de la quiebra. Operaciones del juicio de quiebra* (Barcelona: Bosch, 1998), edición puesta al día por J.M. Caminals Sánchez y F. Clavé.

- Rodríguez Pineau, E., *Integridad del patrimonio y protección del crédito: Las acciones pauliana y revocatoria en el tráfico internacional* (Navarra: Thomson-Reuters, 2010).
- Sánchez Lorenzo, S. y Fernández Rozas, J. C., *Derecho Internacional Privado* (Pamplona: Thomson-Civitas, 2004), 3ª ed.
- Salgado de Somoza, F., *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam* (Lugduni: sumptibus Laurentii Anisson, 1665).
- Tedeschi, G. U., *Manuale del nuovo Diritto Fallimentare* (Padua: CEDAM, 2006).
- Trochu, M., *Conflits de lois et conflits de juridictions en matière de faillite* (París: Sirey, 1967).
- Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F., *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional* (Cizur Menor: Thomson/Civitas, 2007) 2ª ed.
- Virgós Soriano M. y Garcimartín Alférez, F., *The European Insolvency Regulation: Law and Practice* (La Haya: Kluwer Law International, 2004).
- Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F., *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia* (Madrid: Civitas, 2003).
- Vorburger, S., *International Arbitration and Cross-Border Insolvency: Comparative Perspectives* (La Haya: Kluwer Law International, 2014).
- Wessels, B., *International Insolvency Law*, (Deventer: Kluwer, 2006) 2ª ed.
- Wessels, B., *Current Topics in International Insolvency Law* (Deventer: Kluwer, 2004).
- Wood, P. R., *Principles of International Insolvency* (London: Sweet & Maxwell, 2007) 2ª ed.

ARTÍCULOS Y CAPÍTULOS EN OBRAS COLECTIVAS

- Aebi, M. y Frey, H., “Impact of Bankruptcy on International Arbitration Proceedings. A Special Case Does not Make a General Rule” (2010) 28(1) *ASA Bulletin* 145.
- Abu, A., “Arbitration may continue despite foreign insolvency of respondent” (2009) disponible en <http://www.addleshawgoddard.com>.

Agüero Ortiz, A., “El mediador concursal como administrador extraconcursal” (2013) 20(2) *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*.

Albanese, F., “Activités du Conseil de l’Europe en Matière de Droit de la faillite” en *VVAA Le droit de la faillite internationale - Premier Séminaire de droit international et de droit européen* (Neuchatel, 11-12 octobre 1986) 145.

Ancel, P., “Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985” (1987) *Revue de l’Arbitrage* 127.

Ancel, P., “Arbitrage et procédures collectives” (1983) 3 *Revue de l’Arbitrage* 255.

de Alfonso Olive, J. M., “Un arbitraje más eficiente después de la Ley 11/2011: Comentarios prácticos iniciales” (2011) 3 *Revista Jurídica de Cataluña* 601.

Alonso-Cuevillas Sayrol, J., “Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)” (2012) 16(1) *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 43.

Alonso-Cuevillas Sayrol, J., “Artículo 52. Procedimientos arbitrales”, en Sagrera Tizón., A Salas Reixachs, J. M. y Ferrer Barriendos, A. (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal* (Barcelona: Bosch, 2004) 592.

Alonso-Cuevillas Sayrol, J., “Comentario al artículo 52” en Salas Reixachs, A., Mercadal Vidal, F. y Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (coords.), *Nueva Ley Concursal* (Barcelona: Bosch, 2004) 294.

Alonso-Cuevillas Sayrol, J., “Comentario al artículo 53” en Salas Reixachs, A., Mercadal Vidal, F. y Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (coords.), *Nueva Ley Concursal* (Barcelona: Bosch, 2004) 297.

de Ángel Yágüez, R. y Hernando Mendivil, J., “Artículo 52. Procedimientos arbitrales” en Prendes Carril, P., *Tratado Práctico Concursal* (Cizur Menor: Aranzadi, 2009) 320.

de Ángel Yágüez, R. y Hernando Mendivil, J. “Artículo 53. Sentencias y laudos firmes” en Prendes Carril, P., *Tratado Práctico Concursal* (Cizur Menor: Aranzadi, 2009) 336.

Antón Sancho, M., “Los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso de acreedores: la reciprocidad como presupuesto para la aplicación de los artículos 61 y 62 de la Ley concursal” (2014) 32(2) *Anuario de derecho concursal* 285.

Arenas García, R., “Recensión a I. Heredia Cervantes, ‘Arbitraje y concurso internacional’” (2009) 17 *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 1.

- Arfazadeh, H., “Arbitrability under the New York Convention: the *lex fori revisited*” (2001) 17(4) *Arbitration International* 73.
- ASA Editors, “Revue des Revues” (2015) 33 (1) *ASA Bulletin* 199.
- Asencio Mellado, J. M., “Artículo 53. Sentencias y laudos firmes” en Gallego Sánchez E. (coord.), *Ley Concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios* (Las Rozas: La Ley, 2002) 644.
- Asencio Mellado, J. M., “Artículo 86. Reconocimiento de créditos” en Gallego Sánchez E. (coord.), *Ley Concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios* (Las Rozas: La Ley, 2002) 1001.
- Audit, B., “Le caractère fonctionnel de la règle de conflit: sur la ‘crise’ des conflits de lois” (1984) 186 *Recueils des Cours* 219.
- Azeredo da Silveira, M. M. y Lévy, L., “Transgression of the Arbitrators’ Authority: Article V(1)(c) of the 1958 New York Convention” en Gaillard, E. y di Pietro, D. (ed.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Award. The New York Convention in Practice* (Londres: Cameron May, 2008) 639.
- Baizeau, D. “Arbitration and Insolvency- Issues of Applicable Law” en Müller, C. y Rigozzi, A. (eds.), *New Developments in International Commercial Arbitration* (Zurich & Basel: Schulthess, 2009) 97.
- Balkiss Sulaiman, U., “Polish court finds arbitration agreement valid despite Bankruptcy” *Global Arbitration Review* (entrada de 21 de diciembre de 2009).
- Balz, M., “The European Union Convention on Insolvency Proceedings” (1996) 70(4) *American bankruptcy law journal* 485.
- Bariatti, S., “Filling in the gaps of EC conflict of laws instruments: The case of jurisdiction over actions related to insolvency proceedings” en Venturini, G. y Bariatti, S. (eds.), *Liber Amicorum Fausto Pocar* (Milan: Giuffrè, 2009) Vol. 2, 23.
- Bariatti, S., “Recent Case-Law Concerning Jurisdiction and the Recognition of Judgments under the European Insolvency Regulation” (2009) *RabelsZ Bd* 73 (2009) 629.
- Barona Vilar, S., “Artículo 22. Potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia” en Barona Vilar, S. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Cizur Menor: Civitas, Thomson Reuters, 2011) 409.

- Barona Vilar, S., “Artículo 29. Demanda y contestación” en Barona Vilar, S. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Cizur Menor: Civitas, Thomson Reuters, 2011) 515.
- Barona Vilar, S. “Artículo 31. Falta de comparecencia de las partes” en Barona Vilar, S. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Cizur Menor: Civitas, Thomson Reuters, 2011) 560.
- Barona Vilar, S., “Artículo 38. Terminación de las actuaciones” en Barona Vilar, S. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Cizur Menor: Civitas, Thomson Reuters, 2011) 1283.
- Barona Vilar, S., “Artículo 40. Acción de anulación del laudo” en Barona Vilar, S. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Cizur Menor: Civitas, Thomson Reuters, 2011) 1619.
- Barona Vilar, S., “Artículo 43. Cosa juzgada y revisión de laudos firmes” en Barona Vilar, S. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Cizur Menor: Civitas, Thomson Reuters, 2011) 1818.
- Barona Vilar, S. y Esplugues Mota, C., “International Bankruptcy in Spain” en Stürner, R. y Kawano, M., *Cross Border Insolvency, Intellectual Property Litigation, Arbitration and “Ordre Public”* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2011) 73.
- Barona Vilar, S. y Esplugues Mota, C., “Artículo 8. Tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje” en Barona Vilar, S. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Cizur Menor: Civitas, Thomson Reuters, 2011) 307.
- Barracough, A. y Waincymer, J., “Mandatory rules of law in International Commercial Arbitration” (2005) 6 *Melbourne Journal of International Law* 205.
- Basedow, J., “Recherches sur la formation de l’ordre public européen dans la jurisprudence” en Ancel, B., *Le droit international privé: esprit et méthodes. Melanges en l’honneur de Paul Lagarde* (Paris: Dalloz, 2005) 291.
- Bate, M. y Stepek, M., “Swiss Federal Tribunal Renders Noteworthy Decision on Impact of Foreign Bankruptcy on International Arbitration” (2010) 6(3) *The European and Middle Eastern Arbitration Review* 77.
- Buxbaum, H. L., “Rethinking International Insolvency: The Neglected Role of Choice-of-Law Rules and Theory” (2000) 36 *Stanford Journal of International Law* 23.

- Bělohávek, A. J., “Impact of insolvency of a party on pending arbitration proceedings in Czech Republic, England and Switzerland and other countries” (2010) *Yearbook on International Arbitration* 145.
- Bellido Penadés, R., “Artículo 52: Procedimientos arbitrales” en Beltrán Sánchez, E. y Rojo Fernández-Río, A. (coord.) *Comentario de la Ley concursal* (Cizur Menor: Civitas, 2004) Vol. 1, 1013.
- Bellido Penadés, R., “Artículo 53: Sentencias y laudos firmes” en Beltrán Sánchez, E. y Rojo Fernández-Río, A. (coord.) *Comentario de la Ley concursal* (Cizur Menor: Civitas, 2004) Vol. 1, 1017.
- Benedetelli, M. V., “Cross-border insolvencies and international arbitration in the EU: a playing field for regulated *forum shopping*?” (2012) 4 *Les Cahiers de l’Arbitrage* 783.
- de Benito Llopis-Llombart, M., “Tres apuntes sobre la reforma de la Ley de Arbitraje” (2010) 7533 *Diario La Ley* 1.
- Bensaude, D. y Kirby, J., “A View From Paris — June 2010” (2010) 25 (6) *MEALEY’S International Arbitration Report* 1.
- van den Berg, A. J., “Re-examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?” en van den Berg, A. J. (ed.), *International Arbitration 2006: Back to Basics? ICCA Congress Series 2006* (Paris: Kluwer Law International, 2007) Vol. 13, 301.
- Bermann, G., “Bermann on Figueiredo Ferraz v. Republic of Peru” (21 diciembre 2011), disponible en www.conflictsoflaws.net.
- Bermann, G., “The ‘Gateway Problem’ in International Commercial Arbitration” (2012) 37 (1) *Yale Journal of International Law* 1.
- Bermann, G., “Mandatory rules of law in international arbitration” en Ferrari, F. y Kröll, S. (eds.), *Conflict of Laws in International Arbitration* (Munich: Sellier European Law Publishers, 2011) 325.
- Bermejo Gutiérrez, N., “Artículo 58. Prohibición de compensación” en Beltrán Sánchez, E. y Rojo Fernández-Río, A., (coords.) *Comentario de la Ley concursal* (Cizur Menor: Civitas, 2004), Vol. I, 1084.

- Bermejo Gutiérrez, N., “Artículo 86: Reconocimiento de créditos” en Beltrán Sánchez, E. y Rojo Fernández-Río, A., (coords.) *Comentario de la Ley concursal* (Cizur Menor: Civitas, 2004), Vol. I, 1542.
- Berger, J. E. y Sun, C., “Personal Jurisdiction and the New York Convention” (2012) 28 (2) *International Litigation* 1.
- Blanke, G., “The Application of EU Law to Arbitration in the UK: A Study on Practice and Procedure” (2014) 1 *European Business Law Review* 1.
- Blessing, M., “The Law applicable to the arbitration clause” en van den Berg, A. J. (ed.), *Improving the efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series 1998* (Paris: Kluwer Law International, 1999) Vol. 9, 168.
- Böckstiegel, K. H., “Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement” (2008) *IBA Journal of Dispute resolution*, Special Issue, The New York Convention – 50 Years, 123.
- Bogdan, M., “Article 13” en G. Moss, I. Fletcher y S. Isaacs (eds), *The EC Regulation on Insolvency Proceedings. A Commentary and Annotated Guide* (Oxford: OUP, 2009) 2ª ed., 297.
- Born, G., “Foreword” en Vorburger, S., *International Arbitration and Cross-Border Insolvency: Comparative Perspectives* (La Haya: Kluwer Law International, 2014) xix.
- Börner, A., “Article III” en Kronke, H., Nacimiento, P. et al. (eds.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (La Haya: Kluwer Law International, 2010) 115.
- Borrás Rodríguez, A., “Proyecto de Convenio sobre quiebra, convenios de quiebra y procedimientos análogos” en García de Enterría, E., González Campos, J. y Muñoz Machado, S. (eds.), *Tratado de Derecho comunitario europeo* (Madrid: Civitas, 1986) vol. III, 827.
- Bouckaert, C. y Dupeyré, R., “La participación de terceros en el arbitraje internacional” (2010) 9 *Revista del Club Español del Arbitraje* 83.
- Bouza Vidal, N. “La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral” (2000) LII (2) *Revista Española de Derecho Internacional* 371.

Brekoulakis, S., “On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern” en Mistelis, L. y Brekoulakis, S. (eds.), *Arbitrability: International & Comparative Perspectives* (La Haya: Kluwer Law International, 2009) 19.

Brekoulakis, S., “Law applicable to arbitrability: Revisiting the revisited *lex fori*” en Mistelis, L. y Brekoulakis, S. (eds.), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* (La Haya: Kluwer Law International 2009) 99.

Bromilow, D., “Indirect unjust enrichment - theoretical elegance or robust pragmatism” (2014) 5 *Corporate Rescue and Insolvency* 184.

Brown-Berset, D. y Lévy, L., “Faillite et Arbitrage” (1998) 4 *ASA Bulletin* 664.

Bufford, S. L., “International Insolvency Law & International Arbitration - A Preliminary Perspective” (2014) 23 *Journal of Bankruptcy Law & Practice* 670.

Buxbaum, H. L., “Rethinking International Insolvency: The Neglected Role of Choice-of-Law Rules and Theory” (2000) 36 *Stanford Journal of International Law* 23.

Cabezudo Rodríguez, N., “Artículo 36. Laudo por acuerdo de las partes” en Garberí Llobregat, J. (dir.), *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje* (Barcelona: Bosch, 2004) t. II, 855.

Cabrillac, R., “Effets des crises financières sur la force obligatoire des contrats” (2014) 2 *Revue internationale de droit comparé* 337.

Cairns, D. y Cremades, B. M., “El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores” (2002) 18 *Revista de la Corte Española de Arbitraje* 15.

Campuzano Díaz, B., “La posición del TJCE con respecto a los problemas interpretativos que plantea el reglamento 1346/2000 en materia de insolvencia” (2009) 11 *DeCITA. Derecho del comercio internacional: Insolvencia internacional* 80.

Carballo Piñeiro, L., “Acción pauliana e integración europea: una propuesta de ley aplicable” (2012) 64(1) *Revista Española de Derecho Internacional* 43.

Carballo Piñeiro, L., “*Vis attractiva concursus* in the European Union: its development by the European Court of Justice” (2010) 3 *InDret* 1.

Carballo Piñeiro, L., “Aspectos de Derecho Internacional Privado de Derecho Concursal” en Pérez-Cruz Martín, A. J., *Estudios de Derecho Concursal* (Santiago de Compostela: Torculo, 2005) 705.

Carrara, C., “How does Insolvency affect international arbitration proceedings? An Italian and comparative perspective” presentado en el *Academic Forum* de INSOL celebrado en Viena (13-14 octubre 2010).

Carrasco Perera, A., “Los nuevos mediadores concursales” (2013) 872 *Actualidad Jurídica Aranzadi*.

Carrasco Perera, A. y Torralba Mendiola, E., “Schemes of arrangement ingleses para sociedades españolas: una crítica” (2011) 14 *Revista de derecho concursal y paraconcursal* 349.

de Cesari, P., “Giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisión nel Regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza” (2003) 39(1) *Rivista de Diritto Internazionale Privato e Processuale* 55.

Chuah, J., “Resolving Unresolved Relationship Problems – the Case of Cross Border Insolvency and Pending Arbitrations” (2011) 8(4) *European Company and Financial Law* 423.

Chung, J. J., “The New Chapter 15 of The Bankruptcy Code: A Step Toward Erosion of National Sovereignty” (2006) 27(1) *Northwestern Journal of International Law and Business* 89.

Clement, Z., *Memorandum concerning the International Insolvency Institute’s Proposal to UNCITRAL concerning International Insolvency/Arbitration*, presentado ante el Congreso de UNCITRAL en Viena el 12 de julio de 2007 y disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Clement.pdf>

Cohnen, S., “Jurisprudencia concursal del Bundesgerichtshof alemán 2009-2011” (2013) 30 *Anuario de Derecho Concursal* 503.

Colorado Arroyo, A., “Validez y eficacia de una cláusula de sumisión a arbitraje en un contrato multilateral, cuando una de las partes es declarada en concurso de acreedores. Comentario al Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona de 15 de abril de 2009” (2010) *Anuario contencioso para Abogados 2010. Los casos más relevantes sobre litigación y arbitraje en 2009 de los grandes despachos* 927.

Cordero Moss, G., “Legal capacity, arbitration and private international law” en Boele-Woelki, K., Einhorn, T., Girsberger, D. y Symeonides, S. (eds.), *Convergence and Divergence*

in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr (Amsterdam: Eleven International Publishing, 2010) 619

Cordón Moreno, F., “Concurso y convenios arbitrales (a propósito de la pretendida reforma del art. 52.1 LC)” (2011) 23 *Anuario de Derecho Concursal* 163.

Cordón Moreno, F., “Artículo 52. Procedimientos arbitrales” en Cordón Moreno, F. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal* (Cizur Menor: Aranzadi, 2010), 2ª ed., Vol. I, 610.

Cordón Moreno, F., “Artículo 53. Sentencias y laudos firmes” en Cordón Moreno, F. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal* (Cizur Menor: Aranzadi, 2010) 2ª ed., Vol. I, 620.

Cordón Moreno, F., “Artículo 54. Ejercicio de acciones del concursado” en Cordón Moreno, F. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal* (Cizur Menor: Aranzadi, 2010) 2ª ed., Vol. I, 626.

Cordón Moreno, F., “Las relaciones entre el concurso y el arbitraje” (2008) 15 *Anuario de Derecho Concursal* 19.

Cordón Moreno, F., “Artículo 52. Procedimientos arbitrales” en Cordón Moreno, F. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal* (Cizur Menor: Aranzadi, 2004) Vol. I, 427.

Corsini, F., “Revocatoria fallimentare e giurisdizione nelle fonti comunitarie: la parola passa alla Corte di Giustizia” (2008) 44(2) *Rivista de Diritto Internazionale Privato e Processuale* 429.

Cortés Domínguez, V., “Procesos concursales: El concurso de acreedores y la quiebra” en Cortés Domínguez, V., Gimeno Sendra, V. y Moreno Catena, V., *Derecho Procesal Civil. Parte Especial* (Madrid: Colex, 2000) 3ª ed., 213.

Cremades, A. C., “La falta de recursos económicos para participar al arbitraje pactado” (2010) 8 *Revista del Club Español del Arbitraje* 151.

Cremades, B. M., “The Arbitral Award” en L. W. Newman y R. D. Hill, *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration* (Nueva York: Juris Publishing, 2014), 3ª ed., 900.

Dammann, R., “Article 15” en Pannen, K. (ed.), *European Insolvency Law* (Berlín: DeGruyter Recht, 2007) 298.

Derains, Y., “Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration”, (1987) 3 *ICCA Congress Series* 227.

- Derains, Y., “L’expérience de la Cour d’arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale en matière de propriété industrielle” (1977) *Revue de l’Arbitrage* 40.
- Dorda, C., “Arbitration and insolvency proceedings” (2009) 3 *Belgrade Law Review* 83
- Dordi, C., “La Convenzione dell’Unione Europea sulle procedure di insolvenza” (1997) 33(2) *Rivista de Diritto Internazionale Privato e Processuale* 333.
- Dupeyron, C. y Poloni, F., “Procédure de Liquidation d’une partie, arbitrage et droit d’accès à la justice: vers une réconciliation?” (2013) 31(4) *ASA Bulletin* 904.
- Dupeyron, C. y Poloni, F., “Procédure de liquidation d’une partie, arbitrage et droit d’accès à la justice: l’impossible équation?” (2012) 30(2) *ASA Bulletin* 467.
- Duro Ventura, C., “Artículo 53. Sentencias y laudos firmes” en Palomar Olmeda, A. (coord.), *Comentarios a la legislación concursal* (Madrid: Dykinson, 2003) 547.
- Dutson, S., “Breach of an arbitration or exclusive jurisdiction clause: The legal remedies if it continues” (2000) 16(1) *Arbitration international* 89.
- Dutta, A., “Jurisdiction for insolvency related proceedings caught between European legislation”, (2008) *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly* 88.
- Escaler Bascompte, R., “La injustificada reforma de la ley de arbitraje por los escasos cambios sustanciales que comporta” (2012) 1 *Justicia: revista de derecho procesal* 389.
- Espiniella Menéndez, A., “Competencia judicial internacional para acciones de responsabilidad por deudas sociales (comentario a la STJUE de 18 de julio de 2013, Asunto C-147/12, ÖFAB)” (2014) 31 *Anuario de derecho concursal* 453.
- Espiniella Menéndez, A., “La Propuesta de la Comisión Europea para la reforma del Reglamento europeo de insolvenza” (2013) 29 *Anuario de Derecho Concursal* 423.
- Espiniella Menéndez, A., “Cesión internacional de acciones por la administración concursal: Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de abril de 2012, asunto C-213/10, *F-Tex SIA c. Jadecloud Vilma*” (2012) 7891 *Diario La Ley* 1.
- Espiniella Menéndez, A., “La contratación internacional en caso de crisis empresarial” (2011) 22 *Anuario de Derecho Concursal* 105.
- Espiniella Menéndez, A., “El procedimiento auxiliar de insolvenza: una nueva configuración de Derecho concursal internacional” (2005) *Anuario de Derecho Internacional Privado*, 153.

Espiniella Menéndez, A., “Comentario al artículo 11” en Sánchez Calero, J. y Guilarte Gutiérrez, V., *Comentarios a la Legislación Concursal* (Valladolid: Lex Nova, 2004) Vol. I, 329.

Espiniella Menéndez, A., “Nota a la Sentencia del Juez de Primera Instancia núm. 2 de Ontinyent de 5 de marzo de 2001, y a la Sentencia de la AP Valencia [6ª] de 6 de febrero de 2002”, (2003) LV(1) *Revista Española de Derecho Internacional* 437.

Esplugues Mota, C., “España y el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros: ¿banco de prueba para una nueva frontera del arbitraje en Europa” en Esplugues Mota, C. y Palao Moreno, G. (eds.) y Penadés Fons, M. (coord.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber Amicorum José Luis Iglesias Buigues* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012) 269.

Esplugues Mota, C. y Verdura Server, R., “Artículo 9. Forma y contenido del convenio arbitral” en Barona Vilar, S. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Cizur Menor: Civitas, Thomson Reuters, 2011) 361.

Esplugues Mota, C., “Artículo 27. Inicio del arbitraje” en Barona Vilar, S. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Cizur Menor: Civitas, Thomson Reuters, 2011) 968.

Esplugues Mota, C., “Artículo 46. Carácter extranjero del laudo. Normas aplicables” en Barona Vilar, S. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Cizur Menor: Civitas, Thomson Reuters, 2011) 1957.

Esplugues Mota, C., “La aplicación del Convenio de Nueva York de 1958 por parte de los tribunales españoles” (2009) 2 *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión* 291.

Esplugues Mota, C., “Sobre algunos desarrollos recientes del arbitraje comercial internacional en Europa” en Barona Vilar, S. (dir.), *Arbitraje y justicia en el siglo XXI* (Cizur Menor: Pamplona, 2007) 177.

Esplugues Mota, C., “La reforma del régimen jurídico de la quiebra en España” en *Cursos de Derecho Internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz* (Vitoria: Tecnos, 1997) 237.

Esplugues Mota, C., “Procedimientos concursales” en Fernández Rozas, J.C. (ed.), *Derecho del comercio internacional* (Madrid: Eurolex, 1996) 449.

Ezcurra Rivero, H., “Privaticemos la insolvencia” (2002) 24 *Ius Et Veritas. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú* 198.

- Farina, M., “Comentario all’art. 83 bis” en Ghia, L. et al., *Trattato delle procedure concorsuali* (Turín: Utet, 2010) vol. 2, 629.
- Fabók, Z., “Hungary: Arbitration agreement is not binding on insolvent claimant” (2013) *International Arbitration Newsletter*, DLA Piper, disponible en <http://www.dlapiper.com/global/publications/Detail.aspx?pub=8776>.
- Farren, A. y Nadeau Seguin, S., “Enforcement of the LCIA Award in Elektrim v Vivendi” (16 diciembre 2009), disponible en <http://uk.practicallaw.com/9-501-0419?service=arbitration>.
- Fernández Rozas, J. C., “Determinación del lugar de arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral” (2007) 2 *Lima Arbitration* 25.
- Fernández Rozas, J. C., “Ámbito de aplicación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de arbitraje” (2006) 102 *Estudios de derecho judicial* 65.
- Fielding, M. D., “Elevating business above the constitution: Arbitration and bankruptcy proofs of claim” (2008) 16 *American Bankruptcy Institute Law Review* 563.
- Fletcher, I., “*L'enfer, c'est les autres*: Evolving Approaches to the Treatment of Security Rights in Cross-Border Insolvency” (2011) 46 *Texas International Law Journal* 489.
- Fletcher, I., “Effect on arbitration proceedings of the EU Regulation” (2009) 22(4) *Insolvency Intelligence* 60.
- Fletcher, I., “International insolvency: a case for study and treatment” (1993) 27 *International Lawyer* 429.
- Fletcher, I., “*Conflict of laws and European Community Law*” (Amsterdam: Elsevier Science Ltd, 1982) 187.
- Forner Delaygua, J. J., “La acción pauliana ante el TJCE” (1991) *Revista de Instituciones Europeas del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales* 635.
- Foster, D. y Walsh, S., “The Effects of Insolvency on Arbitration Proceedings” (2008) 3(6) *Global Arbitration Review, The European & Middle Eastern Arbitration Review* 32.
- Fouchard, P., “Arbitrage et faillite” (1998) 3 *Revue de l'Arbitrage* 471.
- Franken, S., “Three Principles of Transnational Corporate Bankruptcy Law: A Review” (2005) 11 *European Law Journal* 232.

- Frascaroli Santi, E., “L’art. 83-bis e i problemi irrisolti nei rapporti tra fallimento e giudizio arbitrale” en Auletta, F., Califano, G.P., Della Pietra, G. y Rascio, N. (coord.), *Sull’arbitrato – Studi offerti a Giovanni Verde* (Napoli: Jovene Editore, 2010) 367.
- Garasic, J., “Tratamiento de los bienes al abrirse un procedimiento de insolvencia” en Morán Bovio, D. (coord.), *Guía Legislativa de UNCITRAL sobre el régimen de la Insolvencia* (Madrid: La Ley, Monografía 5/2006) 53.
- García-Alamán de la Calle, B., “Procedimientos arbitrales en tramitación y declaración de concurso de acreedores” (2013) 18(1) *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 333.
- García Bartolomé, D., “Los efectos del concurso sobre el arbitraje tras la Ley 11/2011” en Damián Moreno, J. (dir.), *La reforma de la ley de arbitraje de 2011: comentarios a la Ley 11/2011, de 20 de mayo* (Las Rozas: La Ley, 2011) 211.
- García-Quílez Gómez, J. M., “Arbitraje y deudor concursal. Panorama anterior y posterior a la Ley concursal 22/2003”, en *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia* (Madrid: Marcial Pons, 2005), Vol. 3, 2766.
- García Villaverde, R., “El Derecho concursal comunitario”, (1985) 8 *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* 237.
- Garcimartín Alférez, F., “Los procedimientos pre-concursales en el Reglamento Europeo de Insolvencia: apuntes sobre el nuevo régimen” (2014) 22(2) *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 95.
- Garcimartín Alférez, F., “Acciones de reintegración: competencia judicial internacional y ley aplicable” en Beltrán Sánchez, E. M. (dir.) y Sanjuán y Muñoz, E. (dir.), *La reintegración de la masa: Congreso de Antequera. IV Congreso Español de derecho de la insolvencia. VII Congreso de derecho mercantil y concursal de Andalucía, 19 a 21 de abril de 2012* (Madrid: Thomson-Civitas, 2012), 631
- Garcimartín Alférez, F., “La eficacia en España de los *schemes of arrangements* ingleses” (2010) 13 *Revista de derecho concursal y paraconcursal* 383.
- Garcimartín Alférez, F., “El Reglamento de insolvencia: una aproximación general” en Borrás, A. (ed.), *Cooperación jurídica internacional en materia civil. El Convenio de Bruselas. Cuadernos de Derecho Judicial*, (Madrid: Cuadernos del Poder Judicial, 2001) 229.
- Garnica Martín, J. F., “La *vis attractiva* del juez del concurso tras la reforma introducida por la Ley 38/2011” (2012) 26 *Anuario de Derecho Concursal* 205.

Garrido, J. M., “No two snowflakes the same: The distributional question in international bankruptcies” (2011) 46 *Texas International Law Journal* 459.

Garrido, J. M., “Some Reflections on the EU Bankruptcy Convention and its implications for secured and preferential creditors” (1998) 7 *International Insolvency Review* 79.

Giorgini, G. C., “Arbitrage et droit européen des faillites” (2005) *Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs* 259.

Gómez Jene, M., “El nuevo art. 52.1 de la Ley Concursal” (2011) 7711 *Diario La Ley* 1.

Gómez Jene, M., “Concurso y arbitraje internacional” (2010) 2(2) *Cuadernos de Derecho Transnacional* 92.

Gómez Mendoza, M., “Efectos del concurso sobre los contratos: cuestiones generales” en *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia* (Madrid: Marcial Pons, 2005), Vol. 3, 2812.

Gómez Mendoza, M., “Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas” en Sánchez Calero, J. y Guilarte Gutiérrez, V., (dirs.), *Comentarios a la Legislación Concursal* (Valladolid: Lex Nova, 2004), t.2, 1154.

González Campos, J., “Aspectos internacionales de la situación concursal” en *La reforma del derecho de quiebra. Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español (Madrid, 16-19 diciembre 1980)* (Madrid: Forum, 1982) 329.

González Malabia, S., “Disposición final tercera de la Ley 11/2011” en Barona Vilar, S. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Cizur Menor: Civitas, Thomson Reuters, 2011) 2120.

González Montes, J. L., “Arbitraje y concurso de acreedores” en González Montes, J.L. (ed.), *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves* (Las Rozas: La Ley, 2008) 373.

Gonzalo Quiroga, M., “Nota al ATS de 5 de mayo de 1998” (1998) *Revista de la Corte Española de Arbitraje* 224.

Gropper, A. L., “The Arbitration of cross-border insolvencies” (2012) 86 *American Bankruptcy Law Journal* 201.

Guzmán Peces, M., “Globalización: Universalidad y fraccionamiento en los procedimientos de insolvencia. Un análisis desde el Derecho Internacional Privado” (2010) III *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá* 395.

- Guzman, A. T., "International Bankruptcy: In Defense of Universalism" (2000) 98 *Michigan Law Review* 2177.
- Hahn, A. C., "The effects of insolvency on international arbitration proceedings", 10 presentación en el BIICL Law de 9 noviembre 2011 y disponible en http://www.biicl.org/files/5808_hahn_09-11-11_biicl.pdf.
- Hanotiau, B., "L'arbitrabilité" (2002) 296 *Recueil des cours de l'Académie de droit international* 29.
- Hanotiau, B., "The law applicable to arbitrability" en van den Berg, A. (ed.), *ICCA Congress Series n. 9: Improving the efficiency of arbitration agreements and awards: 40 years of application of the New York Convention* (La Haya: Kluwer Arbitration International, 1999) 146.
- Hanotiau, B., "What Law Governs the Issue of Arbitrability?" (1996) 12(4) *Arbitration International* 391.
- Hanotiau, B., "The Law Applicable by the Arbitrator in the Event of the Bankruptcy of One of the Parties to the Proceedings" (1996) 1 *International Business Law Journal* 29.
- Hanotiau, B. y Caprasso, O., "Public policy in international commercial arbitration" en Gaillard, E. y Di Pietro, D. (eds.), *Enforcement of arbitration agreements and international arbitration awards: The New York Convention in practice* (Londres: Cameron May, 2008) 787.
- Hargrove, J. y Liborio, V., "Arbitration and Insolvency: English and Swiss Perspectives" (2009) 75(1) *Arbitration* 47.
- Haas, U., "The enforcement of football-related arbitral awards by the Court of Arbitration for Sport (CAS)" 2014 (1) *International Sports Law Review* 12.
- Hauschild, W. "Le projet de convention communautaire relative a la faillite, aux concordats et aux procédures analogues" *Le droit de la faillite internationale - Premier Séminaire de droit international et de droit européen* (Neuchatel, 11-12 octobre 1986) 139.
- Heather, T. S., "Arbitration as a Tool in Support of Insolvency Procedures" (2012) 6(1) *World Arbitration and Mediation Review* 161.
- Heredia Cervantes, I., "Tratamiento concursal del convenio arbitral: la modificación del artículo 52.1 de la Ley Concursal (1)" (2011) 7576 *Diario La Ley* 1.

- Heredia Cervantes, I., “Tratamiento concursal del convenio arbitral (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 86/2009, de 29 de abril de 2009)” (2010) III(3) *Revista de Arbitraje comercial y de inversiones* 841.
- Heredia Cervantes, I., “Nota a la Sentencia de la AP Madrid (Sección 20ª), de 9 abril 2008” (2009) 6 *Revista del Club Español del Arbitraje* 198.
- Hernández Martí, J. “Efectos de la declaración del concurso” en Hernández Martí, J. (coord.), *Concurso e insolvencia punible* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004) 248.
- Herrero de Egaña, F. y Octavio de Toledo, “Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas” en Fernández Ballesteros, M. A. (coord.), *Derecho concursal práctico* (Madrid: Iurgium, 2004) 325.
- Hochstrasser, D., “Choice of Law and Foreign Mandatory Rules in International Arbitration” (1994) 11 (1) *Journal of International Arbitration* 57.
- Hohler, S. M., *The effect of a party’s bankruptcy on international arbitration proceedings in Switzerland – the revised position of the Swiss Federal Supreme Court after Vivendi*, 18 febrero 2014, disponible en <http://blogs.law.nyu.edu/transnational/category/international-arbitration/>.
- Hollander, E. C. y Graham, R. A., “UNCITRAL Model Law, Article 20” en Pannen, K. (ed.), *European Insolvency Law* (Berlin: DeGruyter Recht, 2007) 774.
- Huerta Viesca, M. I. y Rodríguez Ruiz de Villa, D., “La responsabilidad concursal de los administradores (a propósito del voto particular a la STS 21.5.2012)” (2013) 28 *Anuario de derecho concursal* 207.
- Huertas Lloret, D., “Los procedimientos monitorios interpuestos contra el concursado con anterioridad a la declaración de concurso” (2011) 1(4) *Actualidad Civil* 367.
- Iglesias Buigues, J. L., “Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de quiebra en el Mercado Común Europeo” (1977) XXX *Revista Española de Derecho Internacional* 339.
- International Commercial Disputes Committee of the Association of the Bar of the City of New York, “Lack of Jurisdiction and *Forum Non Conveniens* as Defenses to the Enforcement of Foreign Arbitral Awards” (2004) 15 *American Review of International Arbitration* 407.

- Iñiguez Ortega, P., “Los efectos del concurso del empresario en el sistema arbitral” (2012) 27(2) *Anuario de Derecho Concursal* 179.
- Iriarte Ángel, J. L., “Reconocimiento de la decisión de apertura del procedimiento de insolvencia y medidas cautelares en el Reglamento europeo (STJUE 21.1.2010)” (2010) 21(3) *Anuario de Derecho Concursal* 303.
- Iriarte Ángel, J. L., “La tutela cautelar en los procedimientos de insolvencia de carácter transnacional” en Rojo Fernández-Río, A. y Beltrán Sánchez, E. (coord.), *Los acreedores concursales: II Congreso Español de Derecho de la insolvencia* (Cizur Menor: Civitas, 2010) 143.
- Iriarte Ángel, J. L. y Casado Abarquero, M., “Los efectos del concurso sobre un convenio arbitral - una perspectiva europea” en Soto Coaguilla, C. A. (dir.), *Tratado de Derecho Arbitral. Tomo I: El convenio arbitral* (Grupo Editorial Ibáñez: Bogotá, 2011) 848.
- Jackson, T. H. y Scott, R. E., “On the Nature of Bankruptcy: An Essay on Bankruptcy Sharing and the Creditors' Bargain” (1989) 75 *Virginia Law Review* 155.
- Jagusch, S., “Issues of substantive international public policy” (2008) 2 *Stockholm International Arbitration Review* 115.
- Janger, E., “Reciprocal Comity” (2011) 46 *Texas International Law Journal* 441.
- Janger, E., “Virtual Territoriality” (2010) 48 *Columbia Journal of Transnational Law* 401.
- Jasiak, M., “Arbitration law reform in Spain” (2010) 3 *Lewiatan Arbitration e-Review* 51.
- Jiménez Blanco, P., “Comentario al ATS de 5 de mayo de 1998” (1998) *Revista de la Corte Española de Arbitraje* 229.
- Jiménez Mancha, J. C., “Economic crisis and arbitration” en Arias, D. y Fernández-Ballesteros, M. Á. (eds.), *Liber Amicorum Bernardo Cremades* (Las Rozas: La Ley, 2010) 645.
- Johnson, J. W., “The European Union convention on insolvency proceedings: A critique of the convention's corporate rescue paradigm” (1996) 5(1) *International Insolvency Review* 80.
- Jolivet, E., “Quelques exemples de traitement du droit des procédures collectives dans l'arbitrage” (2008) IV *Les Cahiers de l'Arbitrage* 351.
- Jones, D., “Insolvency and arbitration: an arbitral tribunal's perspective” (2012) 78(2) *Arbitration* 123.

Juratowitch, B., “*Fora non conveniens* for enforcement of arbitral awards against states” (2014) 63 (2) *International & Comparative Law Quarterly* 477.

Karrer, P., “Is *Vivendi* Good Law in Switzerland? Distinguishing a Not-so-Distinguished Judgment - A Comment on *Elektrim v. Vivendi* (Switzerland)” en Wautelet, P., Kruger, T. y Coppens, G. (eds.), *Essays in Honour of Hans Van Houtte* (Oxford: Hart Publishing, 2012) 145.

Karrer, P., “Views on the decision by the Swiss Supreme Court: Note - 31 March 2009 - Swiss Supreme Court” (2010) 28(1) *ASA Bulletin* 111.

Kaufmann-Kohler, G., Lévy, L. y Sacco, S., “The Survival of the Arbitration Agreement and Arbitration Proceeding in Cases of Cross-Border Insolvency: An Analysis From the Swiss Perspective” (2010) 2 *Les Cahiers de l'Arbitrage* 371.

Kaufmann-Kohler, G. y Lévy, L., “Insolvency and international arbitration” en Peter, H., Jeandin, N. y Kilborn, J., *The challenges of insolvency law reform in the 21st century: facilitating investment and recovery to enhance economic growth* (Zürich: Schulthess, 2006) 257.

Kerckhove, E., “Les procédures d’insolvabilité européennes” en Défossez, M. y Sénéchal, J. (dirs.), *Enforcing contracts. Aspects procéduraux de l'exécution des contrats transfrontaliers en droit européen et international* (Bruselas: Larcier, 2008) 117.

Kelly, R. y van Zuylen, C., “South Africa” en Chan Ho, L. (ed.), *Cross-Border Insolvency: A Commentary on the UNCITRAL Model Law* (Londres: Global Business Publishing, 2012) 3^a ed., 401.

Kirgis, P. F., “Arbitration, Bankruptcy and public policy - a contractarian approach” (2009) 17 *American Bankruptcy Institute Law Review* 503.

Kirry, A., “Arbitrability: Current trends in Europe” (1996) 12(4) *Arbitration International* 373.

Kite, P., “British Virgin Islands” en Chan Ho, L. (ed.), *Cross-Border Insolvency: A Commentary on the UNCITRAL Model Law* (Londres: Global Business Publishing, 2012) 3^a ed., 55.

Kleinheisterkamp, J., “Lord Mustill and the Courts of Tennis – *Dallah v Pakistan* in England, France and Utopia” (2012) 75(4) *The Modern Law Review* 639.

Kleinheisterkamp, J., “The Impact of Internationally Mandatory Laws on the Enforceability of Arbitration Agreements” (2009) 3 (2) *World Arbitration & Mediation Review* 91.

Kokkini-Iatridou, D., “Les clauses d'exception en matiere de conflits de lois et de conflits de jurisdictions” en Kokkini-Iatridou, D. (ed.) *Les clauses d'exception en matiere de conflits de lois et de conflits de jurisdictions - Ou le principe de proximite* (Dordrecht, 1994) 3.

Kolmann, S., “Thoughts on the governing insolvency law” en INSOL Europe, *The future of the European Insolvency Regulation* (Amsterdam, 2011) 1.

Kovacs, R., “A Transnational Approach to the Arbitrability of Insolvency Proceedings in International Arbitration” (2012) *III Prize Gold Medal Winning Paper del International Insolvency Institute* 1.

Kröll, S., “Arbitration and Insolvency – Selected conflict of laws problems” en Ferrari, F. y Kröll, S. (eds.), *Conflict of Laws in International Arbitration* (Munich: Sellier European Law Publishers, 2011) 211.

Kröll, S., “Infringements of insolvency law as grounds to resist enforcement” (2009) 12 (3) *International Arbitration Law Review* 38.

Kröll, S. “Arbitration and Insolvency Proceedings” en Mistelis, L. y Lew, J.M. (eds.), *Pervasive problems in International Arbitration* (La Haya: Kluwer International, 2006) 357.

Kühn, W., “Arbitration and Insolvency: A Comment on *Elektrim v Vivendi (Switzerland)*” en Wautelet, P., Kruger, T. y Coppens, G. (eds.), *Essays in Honour of Hans Van Houtte* (Oxford: Hart Publishing, 2012) 133.

Kuhn, W., “Arbitration and insolvency” (2011) 5(2) *Dispute Resolution International* 203.

Kulski, R., “The legal nature of procedural agreements” en *Panstwo i Prawo* (Varsovia: Styczen, 2002) 58.

Landolt, P., “Swiss Supreme Court confirms lack of arbitral jurisdiction over party incapacitated by foreign bankruptcy law” 2010 1, disponible en <http://landoltandkoch.com>.

Landolt, P., “Switzerland: Supreme Court should recalibrate its review following bankruptcy case decision” (2009) 4(5) *Global Arbitration Review. The European & Middle Eastern Arbitration Review* 30.

Lazic, V., “Cross-Border Insolvency and Arbitration: Which Consequences of Insolvency Proceedings should be given Effect in Arbitration” en Kröll, S., Mistelis, L. A., Perales

- Viscasillas, P. y Rogers, V. (eds.), *Liber Amicorum Eric Bergsten. International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution* (Londres: Kluwer Law International, 2011) 337.
- Lehmann, M., “A plea for a transnational approach to arbitrability in arbitral practice” (2004) 42 *Columbia Journal of Transnational Law* 753.
- Lévy, L., “Arbitration and bankruptcy: Bankruptcy of arbitration?” (2011) 5(1) *Dispute Resolution International* 103.
- Lévy, L., “Insolvency in Arbitration (Swiss Law)” (2005) 1 *International Arbitration Law Review* 23.
- Lévy, L., “Insolvency in Arbitration: Swiss Law, Financial Capacity of the Parties” (2004) *German Institution of Arbitration* 96.
- Lew, J., “Achieving the dream: Autonomous arbitration?” en Lew, J. y Mistelis, L. (eds.), *Arbitration insight. Twenty years of the Annual Lecture of the School of International Arbitration* (La Haya: Kluwer Law International, 2007) 455.
- Lew, J., “The Law Applicable to the form and substance of the Arbitration Clause” en van den Berg, A. J. (ed.), *Improving the efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series 1998* (Paris: Kluwer Law International, 1999) Vol. 9, 114.
- Liebscher, C., “Insolvency and Arbitrability” en Mistelis, L. y Brekoulakis, S. (eds.), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* (La Haya: Kluwer Law International, 2009) 165.
- Lienhard, A., “Recadrage de l’articulation entre arbitrage et procédure collective” (2004) 24 *Recueil Dalloz cahier droit des affaires* 1732.
- Linna, T., “Actio Pauliana – ‘Actio Europensis’? Some Cross-Border Insolvency Issues” (2014) 10(1) *Journal of Private International Law* 69.
- López de Argumedo Piñeiro, A. y Menéndez de la Cuesta Llamas, K., “La intervención judicial en el arbitraje: análisis de jurisprudencia española reciente” (2010) 8 *Revista del Club Español de Arbitraje* 53.
- López Ortiz, A., “Spain: the new Spanish Insolvency Act and Arbitration” (2005) 8(2) *International Arbitration Law Review* 22.

- LoPucki, L., “The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy” (2000) 98 *Michigan Law Review* 2216.
- Maderbacher, G., “The European Insolvency Regulation: A Balance after Four Years” (Academy of European Law, 2007), disponible en http://www.era.int/web/en/resources/5_2341_3075_file_en.4464.pdf.
- Mairata Laviña, J., “Comentario al artículo 52” en Pulgar Ezquerro, J., Alonso Ledesma, C., Alonso Ureba, A. y Alcover Garau, G., (Dirs.) *Comentarios a la legislación concursal* (Madrid: Dykinson, 2004), T. I, 687.
- Mairata Laviña, J., “Comentario al artículo 53” en Pulgar Ezquerro, J., Alonso Ledesma, C., Alonso Ureba, A. y Alcover Garau, G., (dirs.) *Comentarios a la legislación concursal* (Madrid: Dykinson, 2004), T. I, 690.
- Mantilla Serrano, F., “International arbitration and insolvency proceedings” (1995) 11(1) *Arbitration International* 51.
- Mamutse, B. C., *The pari passu principle in insolvency law: an analysis of the Judicial construct and its suitability for modern needs* (Londres: Tesis presentada en la Universidad de Westminster (Reino Unido), julio 2009). Disponible en <http://westminsterresearch.wmin.ac.uk/id/eprint/8486>
- Marcos Francisco, D., “Las nuevas reformas proyectadas en materia de anulación y ejecución del laudo arbitral” (2011) 7546 *Diario La Ley* 1.
- Marín López, A., “La Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado y el método de las leyes modelo” (1969) 24 *Revista de Derecho Español y Americano* 33.
- Marín López, M., “Comentario al artículo 51 LC” en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a la ley concursal* (Madrid: Tecnos, 2004) t.1, 479.
- Marín López, M., “Comentario al artículo 52 LC” en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a la ley concursal* (Madrid: Tecnos, 2004) t.1, 505.
- Marín López, M., “Comentario al artículo 53 LC” en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a la ley concursal* (Madrid: Tecnos, 2004) t.1, 527
- Markert, L., “Arbitrating in the financial crisis: insolvency and public policy versus arbitration and party autonomy - which law governs?” (2009) 2(2) *Contemporary Asia Arbitration Journal* 217.

- Marquette, V. y Barbé, C., “Council Regulation (EC) No. 1346/2000. Insolvency Proceedings in Europe and Third Countries. Status and Prospects” en Nuyts, A. y Watté, N. (eds.), *International Civil Litigation in Europe and Relations with Third States* (Bruselas: Bruylant, 2005) 419.
- Martin, N., “The Role of History and Culture in Developing Bankruptcy and Insolvency Systems: The Perils of Legal Transplantation” (2005) 28(1) *Boston College International and Comparative Law Review* 1.
- Martín Brañas, C., “La acción de anulación frente a laudos arbitrales: especial referencia a su tramitación procedimental” (2006) 3 *Foro, Nueva Época*, 130.
- Martín Moral, M. F., “Impugnación de convenios y procedimientos arbitrales fraudulentos” (2013) 20(2) *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 291.
- Martín Pastor, J. M., “Declaración de concurso: presupuestos, competencia, procedimiento y efectos” (2003) 12 *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal* 1.
- Martínez Flores, A., “Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas” en Beltrán Sánchez, E. y Rojo Fernández-Río, A. (coord.), *Comentario de la Ley concursal* (Cizur Menor: Civitas, 2004) Vol. 1, 1117.
- Martínez-Gijón Machuca, P., “Efectos de la declaración de concurso sobre los convenios, los procedimientos y los laudos arbitrales” (2012) 27(1) *Anuario de Derecho Concursal* 49.
- Mayer, P., “La sentence contraire à l'ordre public au fond” (1994) *Revue de l'Arbitrage* 615.
- Mayer, P., “Mandatory rules of law in international arbitration” (1986) 2 *Arbitration International* 274.
- Mayer, P. y Sheppard, A., “Final ILC Report on Public Policy as a Bar to Enforcement on International Arbitral Awards” (2003) 19 (2) *Arbitration International* 249.
- McCormack, G., “European Conflicts and Insolvency – resolving uncertainties” (2013), disponible en <http://www.law.leeds.ac.uk/assets/files/research/cblp/conf-jun13/European-Conflicts-and-Insolvency-Law-resolving-uncertainties.pdf>
- McParland, M., “No place to hide?” (2014) 31 enero, *Lloyd's List Insurance Day* 11.
- von Mehren, R., “From *Vynior* case to *Mitsubishi*: The future of arbitration and public law” (1986) *Brooklyn Journal of International Law* 597.

- Meidanis, H., “Public policy and ordre public in the private international law of the EC/EU: Traditional positions of the Member States and recent trends” (2005) 30 *European Law Review* 95.
- Mercadal Vidal, F., “Comentario al artículo 86” en Salas Reixachs, A., Mercadal Vidal, F. y Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (coords.) *Nueva Ley Concursal* (Barcelona: Bosch, 2004) 430.
- Mevorach, I., “Jurisdiction in Insolvency: A study of European Court’s decisions” (2010) 6(2) *Journal of Private International Law* 327.
- Meyer, P., “La sentence contraire a l’ordre public au fond” (1994) *Revue de l’Arbitrage* 615.
- Millet, R., “Cross-border insolvency and arbitration: a collision of spheres” (2011) 5(1) *Dispute Resolution International* 113.
- Millet, R., “Cross-border insolvency: the judicial approach” (1997) 6 *International Insolvency Review* 99.
- Mohan, S. C., “Cross-border Insolvency Problems: Is the UNCITRAL Model Law the Answer” (2012) 21 *International Insolvency Review* 199.
- Molina Caballero, M. J., “Terminación de las actuaciones arbitrales” en González Montes, J.L. (ed.), *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves* (Las Rozas: La Ley, 2008) 132.
- Moller, M., “Mauritius” en Chan Ho, L. (ed.), *Cross-Border Insolvency: A Commentary on the UNCITRAL Model Law* (Londres: Global Business Publishing, 2012) 3ª ed., 289.
- Montero Aroca, J. A. y Esplugues Mota, C., “Artículo 2. Materias objeto de arbitraje” en Barona Vilar, S. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Cizur Menor: Civitas, Thomson Reuters, 2011) 123.
- Montero Aroca, J. A., “La cosa juzgada: conceptos generales” en CGPJ, *Efectos jurídicos del proceso (cosa juzgada, costas e intereses, impugnaciones y jura de cuentas)* (Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, 1995) 69.
- Montés Penadés, V. L., “Alteraciones en la administración, gestión y disposición del patrimonio del concursado por efecto de la declaración y de la tramitación del concurso” (2007) 11 *Anuario de Derecho Concursal* 7.
- Montés Penadés, V. L., “El régimen de los créditos subordinados en la Ley Concursal” (2004) 1 *Anuario de Derecho Concursal* 49.

- Montes Saralegui, L. y Velasco Papineschi, C., “Convenio arbitral y concurso de acreedores. Reflexiones sobre el art. 52.1 de la Ley Concursal a la luz de su próxima modificación” (2010) 7 *Revista del Club Español del Arbitraje* 93.
- Mosconi, F., “Exceptions to the operation of choice of law rules” (1989) 217 (V) *Recueils des Cours* 9.
- Moss, G., “ECJ takes worldwide jurisdiction” (2015) 28(1) *Insolvency International* 6.
- Moss, G., “More than COMI: update on EC Regulation case law: Part 1” (2013) 26(1) *Insolvency Intelligence* 14.
- Mourre, A., “Arbitraje y Derecho Concursal: Reflexiones sobre el papel del juez del concurso y del árbitro” (2006) *Revista Española de Arbitraje* 227.
- Mourre, A., “Arbitrage et le droit de la faillite: Réflexions sur l’office du juge et de l’arbitre” en Affaki, G. (ed.), *Faillite internationale et conflit de juridictions: Regards croisés transatlantiques / Cross-border insolvency and conflict of jurisdictions: A US-EU Experience* (Bruselas: Bruylant, 2007) 153.
- Muir Watt, H., “Evidence of an emergent European legal culture: Public policy requirements of procedural fairness under the Brussels and Lugano Conventions” (2001) 36 *Texas Journal of International Law* 539.
- Nadeau-Séguin, S., “When Bankruptcy and Arbitration meet: A look at Recent ICC Practice” (2011) 5(1) *Dispute Resolution International* 79.
- Nadelmann, K. H., “Creditor Equality in Inter-State Bankruptcies: A Requisite of Uniformity in the Regulation of Bankruptcy” (1950) 98 *University of Pennsylvania Law Review* 41.
- Nadelmann, K. H., “Bankruptcy Treaties” (1948) 93 *University of Pennsylvania Law Review* 58.
- Naegeli, G., “The Capacity of a Bankrupt Party to Be or Remain a Party to International Arbitral Proceedings: A Landmark Decision of the Swiss Federal Supreme Court” (2013) 31 (2) *ASA Bulletin* 372.
- Naegeli, G., “Bankruptcy and Arbitration – What should prevail?” (2010) *Austrian Yearbook on International Arbitration* 193.

- Naegeli, G., “The impact of bankruptcy on a pending arbitral proceeding – comments on a recent decision of the Swiss Federal Supreme Court” (2009) Summer *Arbitration Newsletter* 57.
- Nazzini, R., “Consistency and divergence in international arbitration: evolutionary reflections on res judicata and abuse of process under the New York Convention: the fourth annual CIARB Roebuck lecture” (2014) 80(3) *Arbitration* 273.
- Nater-Bass, G. y Mosimann, O., “Effects of Foreign Bankruptcy on International Arbitration” (2011) *Austrian Yearbook on International Arbitration* 163.
- Nieto Delgado, C., “Comunicación previa del art. 5.3 LC, nuevos institutos preconcursales y reglamento (CE) Nº 1346/2000” (2011) 15 *Revista de derecho concursal y paraconcursal* 199.
- Olivencia Ruiz, M., “El arbitraje en España. Impacto de la Ley 11/2011, de reforma de la Ley 60/2003” (2012) 4 *Revista Jurídica de Cataluña* 1005.
- Olivencia Ruiz, M., “El laudo: naturaleza, clases y contenido” (2009) II(3) *Revista de Arbitraje comercial y de inversiones* 655.
- Omar, P., “Book review of *Cross-Border Insolvency* by Richard Sheldon (ed.)” (2012) 23(12) *International Company and Commercial Law Review* 442.
- Omar, P., “The Insolvency exception in the Brussels Convention and the definition of ‘analogous proceedings’” (2011) 5 *International Company and Commercial Law Review* 172.
- Omar, P., “On the Origins and Challenges of Court-to-Court Communications in International Insolvency Law” (2008) *The International Insolvency Institute - Academic Forum Collection* 1.
- P. Omar, “The Extra-Territorial Reach of the European Insolvency Regulation” (2006), disponible en www.insol-europe.org-download-file-483.
- Omar, P., “Genesis of the European Initiative in Insolvency Law” (2003) 12(3) *International Insolvency Review* 147.
- Orejudo Prieto de los Mozos, P., “Inclusión en los concursos de los créditos reconocidos por sentencias extranjeras conforme a la nueva Ley Concursal” (2003) III *Anuario Español de Derecho Internacional Privado* 235.

- Ortega Rueda, J. D., “Normas de competencia del Reglamento europeo de insolvencia y demandados domiciliados en terceros Estados - Comentario a la STJUE de 16 de enero de 2014, asunto C-328/2012, «Schmid contra Hertel»” (2014) II, 15 Mayo, *La Ley Unión Europea*.
- Palao Moreno, G., “Nota a la Sentencia de la AP Barcelona (Sección 12ª) de 10 de octubre de 1994” (1996) II, vol. XLVIII *Revista Española de Derecho Internacional* 326.
- Pannen, K., “Article 3” en Pannen, K. (ed.), *European Insolvency Law* (Berlin: DeGruyter Recht, 2007)
- Pannen, K. y Riedemann, S., “Article 4” en Pannen, K. (ed.), *European Insolvency Law* (Berlin: DeGruyter Recht, 2007) 198.
- Pannen, K. y Riedemann, S., “Article 25” en Pannen, K. (ed.), *European Insolvency Law* (Berlin: DeGruyter Recht, 2007).
- Pardo Iranzo, V., “Artículo 44. Normas aplicables” en Barona Vilar, S. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Cizur Menor: Civitas, Thomson Reuters, 2011) 1865.
- Pastor Ridruejo, A., “La faillite en droit international privé” (1971) 133(II) *Recueil des Cours* 135.
- Paulsson, J., *Arbitration’s Fluid Universe* (presentación realizada en London School of Economics, el 24 de noviembre de 2009, disponible en <http://www.lse.ac.uk/PublicEvents/events/2009/20090826t1659z001.aspx>)
- Paulus, C. G., “The ECJ’s understanding of the universality principle” (2014) 27(5) *Insolvency International* 70.
- Paulus, C. G., “Una visión del Derecho europeo de la Insolvencia” (2009) 17 *Anuario de Derecho Concursal* 249.
- Penadés Fons, M., “Concurso y sucesiones internacionales” (2015) 35 *Anuario de Derecho Concursal* 127.
- Penadés Fons, M., “El arbitraje internacional en el Reglamento Europeo de Insolvencia: Crítica a la propuesta de reforma” (2014) 32 *Anuario de Derecho Concursal* 265.
- Perales Viscasillas, P., “Arbitraje y concurso” en *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia* (Madrid: Marcial Pons, 2005), Vol. 3, 3063.

- Perales Viscasillas, P. “Los efectos del concurso sobre los convenios arbitrales en la Ley Concursal 22/2003 (I)” (8 y 9 de junio de 2004) 6035 y 6036 *Diario La Ley* 1838.
- Perret, F., “Faillite et arbitrage international” (2006) 25(1) *ASA Bulletin* 36.
- Perry, S., “US court bows to Peruvian public policy”, *Global Arbitration Review* (entrada de 10 enero 2012).
- Phillips, H., “Case Comment: *Gibraltar Residential Properties Ltd v Gibralcon 2004 SA* [2010] EWHC 2595 (TCC)” (2012) 25(5) *Insolvency Intelligence* 73.
- Pineros Polo, E., “Facultades en España del síndico de un procedimiento principal de insolvencia abierto en un Estado Miembro de la Unión Europea” (2008) 8(1) *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 543.
- Pizarro Moreno, E., “Aspectos registrales de procedimiento arbitral conducentes al laudo: La anotación preventiva de la demanda como medida cautelar” (2011) LXIV *Anuario de Derecho Civil* 197.
- Poillot Peruzzetto, S., “Ordre public et loi de police dans l’ordre juridique communautaire” (2005) *Travaux de Comité Français de Droit International Privé 2002-2004* 65.
- Pottow, J. A. E., “The Myth (and Realities) of Forum Shopping in Transnational Insolvency” (2007) 32(3) *Brooklyn Journal of International Law* 785.
- Pottow, J. A. E., “Procedural Incrementalism: A Model for International Bankruptcy” (2005) 45(4) *Virginia Journal of International Law* 935.
- Pulgar Ezquerro, J., “Ley de emprendedores y segunda oportunidad” (2013) 51 *Revista El Notario del Siglo XXI*.
- Punzi, C., “Le procedure d’insolvenza transfrontaliere nell’Unione Europea” (2003) *Rivista di Diritto Processuale* 997.
- Radicati di Brozolo, L., “The impact of National Law and Courts on International Commercial Arbitration: Mythology, Physiology, Pathology, Remedies and Trends” (2011) *Les Cahiers de l’Arbitrage - The Paris International Arbitration Journal* 663.
- Radicati di Brozolo, L., “Arbitrage commercial international et lois de police. Considérations sur les conflits de jurisdictions dans le commerce international” (2006) 305 *Recueil des Cours* 269.

- Rasmussen, R. K., “Where are all the transnational bankruptcies? The puzzling case for universalism” (2007) 32 *Brooklyn Journal of International Law* 983.
- Rasmussen, R. K., “Resolving Transnational Insolvencies through private ordering” (2000) 98 *Michigan Law Review* 2252.
- Raw, A. S., “The arbitrator and mandatory rules of law” (2008) 18 *American Review of international Arbitration* 1.
- Reig Fabado, I., “Libre circulación de resoluciones concursales en la Unión Europea” en Esplugues Mota, C. y Palao Moreno, G. (eds.) y Penadés Fons, M. (coord.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber Amicorum José Luis Iglesias Buigues* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012) 235.
- Requejo Isidro, M., “Nota al Auto de la Audiencia Provincial de León (Sección 3ª) de 1 de abril de 2005” (2006) LVIII(1) *Revista Española de Derecho Internacional* 431.
- Requejo Isidro, M., “Arbitrabilidad de la controversia y arbitraje comercial internacional” (1995) 11 *Revista de la Corte Española de Arbitraje* 43.
- Ribelles Arellano, J. M., “Artículo 53. Sentencias y laudos firmes” en Fernández Ballesteros, M.A. (coord.), *Derecho concursal práctico* (Madrid: Iurgium, 2004) 290.
- Richter, T., “We (don’t) know who you are: ‘known creditors’ under Article 40 of the European Insolvency Regulation (*Sahin v QSN24h*)” (2013) 26(5) *Insolvency Intelligence* 78.
- Ripol Carulla, I., “La suspensión de la ejecución del laudo: Estudio del art. 45 LA” (2013) 1 *Justicia* 373.
- Risvold, J., “Turning a Blind Eye to Convenience: *Forum Non Conveniens* and the Second Circuit’s Ignorance of the New York Convention”, 11 junio 2012, disponible en <http://risvoldlaw.com/>.
- Robertson, M., “Cross-border insolvency and international commercial arbitration: characterisation and choice of law issues in light of *Elektrim S.A. v Vivendi S.A.* and analysis of the European insolvency regulation” (2009) 12(6) *International Arbitration Law Review* 125.
- Rodríguez Conde, C., “El Acuerdo extrajudicial de pagos y la mediación concursal aprobados por la Ley de emprendedores 2013” (2013) 4 *Revista Jurídica de Cataluña* 55.

Rodríguez Merino, A., “Artículo 53”, en Sánchez-Calero, J. y Guilarte, V. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal* (Valladolid: Lex Nova, 2004), t. I, 1020.

Rodríguez Pineau, E., “Cesión de la acción revocatoria en el concurso con elemento internacional: Sentencia C-213/10 *F-Tex*” (2013) 18 *Anuario de Derecho Concursal* 375.

Rogerson, P., “Article 1(2)(b)” en Magnus, U. y Mankowski, P. (eds.), *Brussels I Regulation* (Munich: Sellier, 2012) 2ª ed., 45.

Rojo, A., “El Derecho concursal” en Uría, R. y Menéndez, A., *Curso de Derecho Mercantil* (Madrid: Civitas, 2007) 2ª ed., vol. II, 900.

Rosell, J. y Prager, H., “International Arbitration and Bankruptcy: United States, France and the ICC” (2001) 18(4) *Journal of International Arbitration* 417.

Rosello, C., “Contratti internazionali e legge applicabile ai rapporti preesistenti in caso di fallimento” en Vitta, E. *Corso di Diritto internazionale privato e processuale* (Turín, 1987) 267.

Rosende Villar, C., “Artículo 176. Causas de conclusión de concurso” en Cerdón Moreno, F. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal* (Cizur Menor: Aranzadi, 2010, 2ª ed.) Vol. II, 972.

Ruiz de la Cuesta Fernández, S., “La competencia del juez del concurso sobre las medidas cautelares adoptadas al margen del proceso concursal” (2009) 19 *Revista General de Derecho Procesal* 1.

Sachs, K., “Insolvency Proceedings and International Arbitration” (2013) 1(1) *Collected courses of the International Academy for Arbitration Law* 1.

Sánchez Álvarez, M., “Medidas cautelares internacionales en el concurso: comentario a los AJM 5 y 8 de Madrid, de 18 de octubre de 2012” (2013) 18 *Revista de derecho concursal y paraconcursal* 223.

Sánchez Álvarez, M., “Aplicación de las normas de la Ley Concursal sobre insolvencias transfronterizas” (2011) 14 *Revista de derecho concursal y paraconcursal* 135.

Sanders, P., “The making of the Convention” en Naciones Unidas, *Enforcing Arbitral Awards Under the New York Convention: Experience and Prospects* (Nueva York: Naciones Unidas, 1999) (disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/NYCDay-e.pdf>).

- Sandoval López, R., “Ley Modelo de la CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza” (1997) 87(12) *Derecho de los Negocios* 1.
- Scherer, M., “Article III” en Wolff, R. (ed.), *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Commentary* (Londres: CH Beck - Hart Publishing - Nomos, 2013) 195.
- Scherer, M., “Effects of Foreign Judgments Relating to International Arbitral Awards: Is the ‘Judgment Route’ the Wrong Road?” (2013) 4(3) *Journal of International Dispute Settlement* 587.
- Scherer, M., “The Effects of Insolvency on International Arbitration” (29 mayo 2009), disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com>.
- Schollmeyer, E., “§ 240 ZPO und Auslandskonkurs” (1999) *IPRax* 26.
- Schollmeyer, E., “The New European Convention on Insolvency” (1997) 13 *Emory Bankruptcy Developments Journal* 421.
- Schlosser, P. F., “Arbitration and European Public Policy” en Centre belge d'arbitrage et de mediation (CEPANI), *L'arbitrage et le droit européen* (Bruselas: Bruylant, 1997) 83.
- Schramm, D., Geisinger, E. y Pinsolle, P., “Article II” en Port, N., Otto, D. *et al.* (eds.) *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (La Haya: Kluwer Law International, 2010) 37.
- Schwartz, R. M., “The US Bankruptcy courts’ failure to interpret the New York Convention as a treaty obligation” (1998) 14(2) *Arbitration International* 231.
- Senés, C. “El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?” (2014) 1(1) *Revista de Derecho Civil* 49.
- Sheppard, A., “Mandatory Rules in International Commercial Arbitration – An English Perspective” (2008) 18 *American Review of International Arbitration* 121.
- Silberman, L. “Civil Procedure Meets International Arbitration: A Tribute to Hans Smit” (2012) 23 (3) *American Review of International Arbitration* 439.
- Söderlund, C. “Applicability of an arbitration clause in bankruptcy proceedings” (2004) 1 *Stockholm Arbitration Report* 251.

- Soler Pascual, L. A. “Efectos de la declaración del concurso sobre el arbitraje en sus diversas facetas. Convenios arbitrales, procedimientos en curso y laudos” (enero 2008) 45 *Práctica de Tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil* 13.
- Sperandio, F. “The Jurisdiction of Indian Courts over Arbitrations Seated Outside India. An Outsider’s Perspective”, *Global Arbitration Review* (entrada de 21 julio 2014).
- Spoorenberg, F. y Fellrath Gazzini, I., “The Uneasy Relationship between Arbitration and Bankruptcy” (30 julio 2009) *ILO Newsletter*, disponible en <http://www.ilonewsletters.com>.
- Staff, M., “Common law assistance and cross-border insolvency: from modified universalism to supra-territoriality” (2015) 1 *Corporate Rescue and Insolvency* 3.
- Stampa, G., “La reforma de la Ley de arbitraje” (2012) V(1) *Arbitraje: Revista de Arbitraje comercial y de inversiones* 91.
- Stoker, M. A. y Samet, J. “When worlds collide: Intellectual property and arbitration rights in bankruptcy cases” (2004) 3 *Dispute Resolution Journal* 27.
- Stones, K., “Hotchpot (or the equality rule)” (2015) 1 *Corporate Rescue and Insolvency* 25.
- Struychen, A., “L’ordre public de la Communauté Européenne” en Azzi, T. *et al.* (eds.) *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Liber Amicorum Hélene Gaudement-Tallon* (Paris: Dalloz, 2008) 617.
- Sussman, E. y Gorskie, J. L., “Capturing the benefits of arbitration for cross-border insolvency disputes” en Rovine, A. W. (ed) *Contemporary issues in international arbitration and mediation: The Fordham Papers 2012* (Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2013) 158.
- Sutcliffe, J. y Rogers, J., “Effect of Party Insolvency on Arbitration Proceedings: Pause for Thought in Testing Times” (2010) 76(2) *Arbitration* 277.
- Takahashi, K., “Damages for breach of a choice-of-court agreement” (2008) 10 *Yearbook of Private International Law* 57.
- Tezuka, H., “Japan's Evolving Approach Towards the Resolution of Conflicts Arising from the Intersection of International Arbitration and Cross-Border Bankruptcy” (2011) 5(2) *Dispute Resolution International* 213.
- Thieme, J., “German attitudes toward the EC Bankruptcy Convention and the Revised Draft of 1984” en Vosknil et al. (eds.) *Corporate Bankruptcy and Similar Proceedings* (Apeldoorn: Maklu, 1989) 109.

- Thomson, D., “English court endorses ‘conditional’ award”, *Global Arbitration Review* (entrada de 17 julio 2014).
- Thomson, D., “Seoul court recognises award that can’t be executed - Formal vs Real enforcement”, *Global Arbitration Review* (entrada de 23 enero 2014).
- Tirado Martí, I., “Interés del concurso” en Beltrán Sánchez, E. y García Cruces, J.A. (dirs.), *Enciclopedia de Derecho Concursal* (Cizur Menor: Aranzadi, 2012).
- Torralba Mendiola, E., “El reconocimiento de concursos extranjeros en España: algunas cuestiones sobre el procedimiento” (2014) 33 *Anuario de derecho concursal* 231
- Torralba Mendiola, E., “Levantamiento de un embargo preventivo decretado en el extranjero sobre bienes de la concursada española: los problemas derivados de la ausencia de uniformidad de soluciones: (AAP Pontevedra 12 de abril de 2011)” (2013) 28 *Anuario de derecho concursal* 357.
- Torralba Mendiola, E., “Comentario al artículo 11” en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal* (Madrid: Tecnos, 2004), t. I, 142.
- Torralba Mendiola, E., “Comentario al artículo 209 LC” en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal* (Madrid: Tecnos, 2004) t. II, 2101.
- Trautman, D. T., Westbrook, J. L. y Gaillard, E., “Four Models for International Bankruptcy” (1994) 41 *American Journal of Comparative Law* 573.
- Trukhtanov, A., “International arbitration award challenged by competing creditor in the award debtor's insolvency” (2014) 80(4) *Arbitration* 459.
- Trunk, A., “The European Insolvency Convention: A Critical Appraisal” en Norton, W.L. (ed.), *Norton Annual Survey of Bankruptcy Law* (New York: West, 1999-2000) 827.
- Truttman, A., *Impact of Foreign Bankruptcy Proceedings on Pending Arbitrations in Switzerland: Need for a Change in Swiss Legislation*, 25 marzo 2014, disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com>.
- Tung, F., “Fear of Commitment in International Bankruptcy” (2001) 23 *Michigan Law Review* 31.
- Tung, F., “Is International Bankruptcy Possible?” (2001) 23 *Michigan Law Review* 31.

Grøn-lien, B. y Vablum, J. *Cross border insolvency proceedings - Norway still in the cold?* (2013), disponible en <http://www.svw.no/index.php/cross-border-insolvency-proceedings-norway-still-in-the-cold>.

Vallespín Pérez, D., “La prejudicialidad en el proceso concursal” (2013) 1 *Justicia* 127.

Valpuesta Gastaminza, E., “Artículo 61” en Cordón Moreno, F. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal* (Cizur Menor: Aranzadi, 2004, 1ª ed.) 479.

Valpuesta Gastaminza, E., “Artículo 86” en Cordón Moreno, F. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal* (Cizur Menor: Aranzadi, 2010, 2ª ed.) 985.

Velasco Peche, J. F., “Anotación preventiva de demanda sobre finca perteneciente a sociedad en concurso de acreedores. A propósito de la Resolución de la DGRN de 1 julio 2014” (2014) 62 *Cuadernos de Derecho y Comercio* 231.

Vellani, C., “L’art. 83-bis L. Fall. E l’art. 15 Regolamento CE N. 1346 del 2000” en Auletta, F., Califano, G.P., Della Pietra, G. y Rascio, N. (coord.), *Sull’arbitrato – Studi offerti a Giovanni Verde* (Napoli: Jovene Editore, 2010) 861.

Verdera Tuells, E., “Reflexiones preliminares sobre el arbitraje en la Ley Concursal” (2004) *Revista de la Corte Española de Arbitraje* 11.

Vidal, D., “Arbitration and Insolvency Proceedings: Comments on ICC Awards and Other Recent Decisions” (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 51.

Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F., “Artículo 11. Alcance internacional de la jurisdicción” en Beltrán Sánchez, E. y Rojo Fernández-Río, A. (coords.), *Comentario de la Ley concursal* (Cizur Menor: Civitas, 2004), Vol. I, 344.

Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F., “Artículo 199. De las relaciones entre ordenamientos” en Beltrán Sánchez, E. y Rojo Fernández-Río, A. (coords.), *Comentario de la Ley concursal* (Cizur Menor: Civitas, 2004), Vol. II, 2861.

Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F., “Artículo 200. Regla general” en Beltrán Sánchez, E. y Rojo Fernández-Río, A. (coords.), *Comentario de la Ley concursal* (Cizur Menor: Civitas, 2004), Vol. II, 2874.

Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F., “Artículo 205. Compensación” en Beltrán Sánchez, E. y Rojo Fernández-Río, A. (coords.), *Comentario de la Ley concursal* (Cizur Menor: Civitas, 2004), Vol. II, 2911.

- Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F., “Artículo 209. Juicios declarativos pendientes” en Beltrán Sánchez, E. y Rojo Fernández-Río, A. (coords.), *Comentario de la Ley concursal* (Cizur Menor: Civitas, 2004), Vol. II, 2930.
- Volken, P., “L’harmonisation du droit international privé de la faillite” (1991) 230(V) *Recueil des Cours* 342.
- Voser, N. y George, A., *Insolvency and arbitration: Swiss Supreme Court revisits its Vivendi vs. Elektrim decision*, 5 diciembre 2012, disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com>.
- Vosner, N., “Mandatory Rules of Law as a Limitation on the Law Applicable In International Commercial Arbitration” (1996) 7 *American Review of international Arbitration* 319.
- VVAA, “Faillites, concordats, et procédures analogues - Projet de convention et rapport” (1982) 2 *Supplément au Bulletin des Communautés européennes*.
- VVAA, “Note” (1980) *Revue critique de droit internatinal privé* 853.
- Wagner, P., “When two worlds collide – the dilemma between insolvency and arbitration” (2012) II *Yearbook on International Arbitration* 119.
- Wagner, P., “Insolvency and Arbitration: A Pleading for International Insolvency Law” 5(2) *Dispute Resolution International* (2011) 189.
- Wagner, P., “When International Insolvency Law Meets International Arbitration” 3(1) *Dispute Resolution International* (2009) 56.
- Walker, S. y García, A., “Insolvency in International Arbitration: A Growing Concern” (2009) *Bird & Bird*, disponible en <http://www.twobirds.com/en/news/articles/2013/insolvency-international-arbitration>.
- Weller, M., “Mutual Trust: In Search of the Future of European Private International Law” (2015) 11 (1) *Journal of Private International Law* 32.
- Wengler, W., “Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits” (1952) *Revue critique de droit internatinal privé* 595.
- Wessels, B., “Revision of the EU Insolvency Regulation: What type of facelift?”, conferencia de INSOL Europe, *The future of the European Insolvency Regulation* (Amsterdam, 2011) 92.
- Wessels, B., “Article 25 of the Insolvency Regulation: A Hornets’ Nest” (2008) 21(9) *Insolvency Intelligence* 135.

Wessels, B., “Twenty Suggestions for a makeover of the EU Insolvency Regulation” (2006) V(12) *International Caselaw Alert* (31 octubre) 68.

Westbrook, J. L. *et al.*, “Position Paper Supporting Greater Use of Arbitration in Connection with Insolvency Matters” (21 abril 2014), disponible en www.iiiglobal.com.

Westbrook, J. L., “International Arbitration and Multinational Insolvency” (2011) 29(3) *Penn State International Law Review* 635.

Westbrook, J. L., “Breaking away: Local priorities and local assets” (2011) 46 *Texas International Law Journal* 601.

Westbrook, J. L., “Universal Priorities” (1998) 33 *Texas International Law Journal* 27.

Wilhensen, L. H., “European perspectives on international commercial arbitration” (2014) 10 (1) *Journal of Private International Law* 113.

Willson, W., “Case comment: (1) *Jozef Syska et al. v (1) Vivendi Universal SA et al.* [2009] EWCA Civ 677” 6(6) *International Corporate Rescue* 24.

Yamauchi, K. D., “The UNCITRAL Model Cross-Border Insolvency Law: The Stay of Proceedings and Adequate Protection” (2004) 13 *International Insolvency Review* 87.

Youssef, K., “The death of inarbitrability” en Mistelis, L. y Brekoulakis, S. (eds.), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, (La Haya: Kluwer Law International 2009) 47.

Zabalo Escudero, E., “Artículo 11. Alcance internacional de la jurisdicción” en Cordon Moreno, F., *Comentarios a la Ley Concursal* (Cizur Menor: Aranzadi, 2004) 168.

Zawacki, K., “The influence of declaring bankruptcy of a Polish business on the arbitration clause” (2010) 31 *The Chambers Magazine* 1.

Ziegler, K., “The Relationship between EU law and International Law” (2015) *University of Leicester School of Law Research Paper No. 15-04* 1.

Zimmerman, P., “Article 185” en P. Zimmerman, *Bankruptcy and restructuring law – a commentary* (Varsovia: Wydawictwo C.H. Beck, 2007), 267.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (por número de asunto)

Asunto C-649/13 (*Comité d'entreprise de Nortel Networks SA y otros v Me Rogeau, liquidador de Nortel Networks SA, y Me Rogeau, liquidador de Nortel Networks SA v Alan Robert Bloom y otros*) [2015] Rec. I-0000.

Asunto C-557/13 (*Hermann Lutz v Elke Bäuerle, en calidad de administradora concursal de ECZ Autohandel GmbH*) [2015] Rec. I-0000.

Asunto C-536/13 (*Gazprom OAO v República de Lituania*) [2015] Rec. I-0000.

Asunto C-327/13 (*Burgo Group SpA v Illochroma SA et al.*) [2014] Rec. I-2158.

Asunto C-328/12 (*Ralph Schmid, acting as liquidator of Aletta Zimmermann v Lilly Hertel*) [2014] Rec. I-0000.

Asuntos como C-251/12 (*Christian van Buggenhout e Ilse van de Mierop (administradores concursales de Grontimmo SA) v Banque Internationale à Luxembourg*) [2013] Rec. I-0000.

Asunto C-147/12 (*ÖFAB, Östergötlands Fastigheter AB v Frank Koot y Evergreen Investments AB*) [2013] Rec. I-490.

Asunto C-85/12 (*Landsbanki Islands hf v Kepler Capital Markets SA*) [2012] Rec. I-697.

Asunto C-116/11 (*Bank Handlowy w Warszawie SA v Christianapol sp. z.o.o.*) [2012] Rec. I-739.

Asunto C-527/10 (*Erste Bank Hungary v Hungarian State*) [2012] Rec. I-417.

Asunto C-213/10 (*F-Tex SIA v Lietuvos-Anglijos UAB 'Jadecloud-Vilma'*) [2012] Rec. I-000.

Asunto C-112/10 (*Procureur-generaal bij het hof van beroep te Antwerpen v Zaza Retail BV*) [2011] Rec. I-743.

Asunto C-403/09 (*Jasna Detiček v Maurizio Sgueglia*) [2009] Rec. I-810.

Asunto C-396/09 (*Interedil*) [2011] Rec. I-9915.

Asunto C-533/08 (*TNT Express Nederland BV v AXA Versicherung AG*) [2010] Rec. I-4107.

Asunto C-301/08 (*Bogiatzi v Deutscher Luftpool et al*) [2009] Rec. I-10185.

Asunto C-292/08 (*German Graphics Graphische Maschinen GmbH v A. van der Schee, en calidad de administrador de Holland Binding BV*) [2009] Rec. I-8421.

Asunto C-167/08 (*Draka NK Cables y otros*) [2009] Rec. I-3477.

Asunto C-111/08 (*SCT Industri AB (In Liquidation) v Alpenblume AB*) [2009] Rec. I-5655.

Asunto C-40/08 (*Asturcom Telecomunicaciones SL v Cristina Rodriguez Nogueira*) [2009] ECR I- 9579.

Asunto C-444/07 (*MG Probud Gdynia sp. z o.o. v Hauptzollamt Saarbrücken*), [2010] Rec. I-417.

Asunto C-339/07 (*Seagon v Deko Marty Belgium NV*) [2009] Rec. I-767.

Asunto C-298/07 (*Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*), [2008] Rec. I-7841.

Asunto C-185/07 (*Allianz v West Tankers*) [2009] Rec. I-663.

Asunto C-210/06 (*Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*) [2008] Rec. I-9641.

Asunto C-180/06 (*R. Ilsinger v M. Dreschers, en calidad de administrador de Schlank & Schick GmbH*) [2009] Rec. I-3961.

Asunto C-168/05 (*Elisa Maria Mostaza Claro v Centro Movil Milenium SL*) [2006] Rec. I-10421.

Asunto C-341/04 (*Eurofood IFSC Ltd*) [2006] Rec. I-3813.

Asuntos C-295-298/04 (*Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA; Antonio Cannito v Fondiaria Sai SpA; y Nicolo Tricarico, Pasqualina Murgolo v Assitalia SpA*), [2006] ECR I-6619.

Asunto C-196/04 (*Cadbury Schweppes plc & ors v Commissioners of Inland Revenue*) [2006] Rec. I-7995.

Asunto C-1/04 (*Stanbitz v Schreiber*) [2006] Rec. I-701.

Asunto C-4/03 (*Gesellschaft für Antriebstechnik mbH & Co KG v Lamellen und Kupplungsbau Beteiligungs KG*) [2006] Rec. I-6509.

Asunto C-294/02 (*Comisión Europea v AMI Semiconductor Belgium BVBA*) [2005] Rec. I-2175.

Asunto C-281/02 (*Andrew Owusu v N. B. Jackson - 'Villa Holidays Bal-Inn Villas- y otros*) [2009] Rec. I-1383.

Asunto C-159/02 (*Turner v Grovit*) [2004] Rec. I-3565.

Asunto C-167/01 (*Kamer van Koophandel v Inspire Art Ltd*) [2003] Rec. I-10155.

Asunto C-208/00 (*Überseering BV v Nordic Construction GmbH*) [2002] Rec. I-9919.

Asunto C-381/98 (*Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Ltd*), [2000] ECR I-9305.

Asunto C-301/98 (*KVS International*) [2000] Rec. I-3583.

Asunto C-267/97 (*Éric Coursier v Fortis Bank SA and M. Bellami*) [1999] Rec. I-2562.

Asunto C-212/97 (*Centros Ltd v Erhvervs-og Selkabsstyrelsen*) [1999] Rec. I-1459.

Asunto C-126/97 (*Eco Swiss China Time v Benetton International NV*) [1999] Rec. I-3019.

Asunto C-391/95 (*Van Uden Maritime v Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line y otros*) [1998] Rec. I-543.

Asunto T-115/94 (*Opel Austria*) [1997] Rec. II-39.

Asunto C-242/91 P (*RTE y ITP v Comisión*) [1995] Rec. I-743.

C-261/90 (*Reichert v Kockler*) [1992] ECR I-2149.

Asunto C-115/88 (*Reichert v Dresdner Bank*) [1990] ECR I-27.

Asunto C-81/87 (*R -Daily Mail and General Trust plc- v HM Treasury*) [1988] Rec. 5483.

Asunto C-286/86 (*Deserbais*) [1988] Rec. I-4907.

Asunto C-288/82 (*Duijnstee v Goderbauer*) [1983] Rec. I-3663.

Asunto C-803/79 (*Roudolff*) [1980] Rec. I-2015.

Asunto C-56/79 (*Zelger v Salitrini*) [1980] Rec. I-89.

Asunto C-143/78 (*Jacques Cavel v Luise de Cavel*) [1979] Rec. 1055.

Asunto C-133/78 (*Henri Gourdain v Franz Nadler*), [1979] Rec. I-733.

Asunto 106/77 (*Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA (II)*), [1978] Rec. I-629.

Asunto 29/76 (*LTU Lufttransportunternehmen GmbH & Co KG v Eurocontrol*) [1976] Rec. I-1541.

Asunto 12/76 (*Tessili v Dunlop*) [1976] Rec. I-1473.

Asunto 14/68 (*Walt Wilhelm & ors v Bundeskartellamt*) [1969] Rec. I-1.

Asunto 6/64 (*Costa v ENEL*) [1964] Rec. I-585.

NACIONAL (por Estados y orden cronológico)

a. ALEMANIA

Sentencia del Oberlandesgericht Karlsruhe, de 14 enero 2012, Caso Sch 02/09.

Sentencia del Tribunal Supremo (BGH), de 19 mayo 2009, Caso IX ZR 39/06.

Sentencia del Tribunal Supremo (BGH), de 29 enero 2009, Caso III ZB 88/07 y BGHZ 179, 304, disponible en (2009) *Neue Juristische Wochenschrift* 1747.

Sentencia del Tribunal Supremo (BGH), de 30 octubre 2008, Caso BGH III ZB 17/08, disponible en (2008) *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (EuZW) 768.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia (Amtsgericht) de Núremberg, de 15 agosto 2006 (In re *Hans Brochier Holdings Ltd*), disponible en (2007) *ZIP* 81.

Sentencia de la Corte Regional de Frankfurt (OLG), de 26 enero 2006, disponible en (2006) *ZInsO* 715.

Sentencia del Kammergericht de Berlín, de 11 agosto 2004, Caso 23 Sch 11/03.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia (Amtsgericht) de Duisburg, de 14 octubre 2003, disponible en (2005) *Iprax* 151.

Sentencia del Tribunal Supremo (BGH), de 27 mayo 2003, Caso IX ZR 203/02, disponible en (2003) *Neue Juristische Wochenschrift* 2916.

Sentencia de la Corte de Apelación (Oberlandesgericht) de Hamm, de 2 noviembre 1983, disponible en (1989) *XIV Yearbook Commercial Arbitration* 629.

Sentencia del Landgericht de Bremen de 20 de enero de 1983, disponible en (1987) *XII Yearbook of Commercial Arbitration* 486.

b. AUSTRIA

Sentencia del Tribunal Supremo (OGH), 24 enero 2006, Caso 10 Ob 80/05w.

Sentencia del Tribunal Supremo (OGH), 17 marzo 2005, Caso 8 Ob 131/04d.

Sentencia del Tribunal Supremo (OGH), de 23 febrero 2005, Caso 9 Ob 135/04z.

c. BRASIL

Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 septiembre 2010 (*Ssangyong Corporation v Eldorado Indústrias Plásticas Ltda*).

Sentencia del Tribunal de Justiça de São Paulo, de 3 April 2014 (*First Brand do Brasil v Petroplus Sul*), Apelação no. 0014578-23.2004.8.26.0100.

d. ESPAÑA

Sentencia de la AP Madrid (Sección 28ª) de 18 octubre 2013.

Sentencia de la AP Pontevedra (Sección 1ª) de 27 septiembre 2013.

Sentencia del JM Madrid (núm. 6) de 23 septiembre 2013.

Sentencia del TSJ Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 9 julio 2013.

Sentencia del TSJ Murcia (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 13 marzo 2013.

Auto del JM Madrid (núm. 5) de 18 octubre 2012.

Auto de la AP Pontevedra (Sección 1ª) de 12 julio 2012.

Sentencia del TS (Sala Primera) de 21 mayo 2012.

Auto de la AP Pontevedra (Sección 1ª) de 25 abril 2012.

Auto del TSJ País Vasco (Sala de lo Civil y Penal) de 19 abril 2012.

Sentencia de la AP Islas Baleares (Sección 5ª) de 16 abril 2012.

Auto de la AP Madrid (Sección 9ª) de 15 abril 2012.

Auto de la AP Álava (Sección 1ª) de 14 marzo 2012.

- Sentencia del TSJ Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 13 marzo 2012.
- Auto del TSJ Comunidad Valenciana (Sala de lo Civil y Penal) de 10 febrero 2012.
- Sentencia del TSJ Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), de 1 febrero 2012.
- Auto de la AP Vizcaya (Sección 3ª) de 15 diciembre 2011.
- Auto de la AP Islas Baleares (Sección 3ª) de 3 diciembre 2011.
- Sentencia del TSJ Andalucía (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 25 noviembre 2011.
- Auto de la AP Madrid (Sección 28ª) de 30 septiembre 2011.
- Sentencia del JM Madrid (núm. 6) de 12 septiembre 2011.
- Auto de la AP Madrid (Sección 14ª) de 30 julio 2011.
- Sentencia de la AP Barcelona (Sección 13ª) de 23 junio 2011.
- Autos de la AP Madrid (Sección 14ª) de 22 junio 2011.
- Sentencias de la AP Madrid (Sección 14ª) de 15 junio 2011.
- Sentencia de la AP Asturias (Sección 7ª) de 14 junio 2011.
- Sentencia de la AP Madrid (Sección 20ª) de 7 junio 2011.
- Sentencia del TS (Sala de lo Civil) de 9 mayo 2011.
- Sentencia de la AP Sevilla (Sección 6ª) de 19 mayo 2011.
- Sentencia del TS (Sala de lo Civil) de 6 mayo 2011.
- Auto de la AP Pontevedra (Sección 1ª) de 12 abril 2011.
- Autos del JM Pontevedra (núm. 3) de 12 abril 2011.
- Sentencia del JM Las Palmas de Gran Canaria (núm. 1) de 24 marzo 2011.
- Auto de la AP Madrid (Sección 28ª) de 15 marzo 2011.
- Sentencia de la AP Cantabria (Sección 2ª) de 9 marzo 2011.
- Sentencia del TC (Pleno) 18/2011 de 3 de marzo 2011.
- Auto de la AP Las Palmas (Sección 4ª) de 2 febrero 2011.
- Auto del JM Pontevedra (núm. 3) de 19 enero 2011.
- Auto de la AP Madrid (Sección 25ª) de 3 enero 2011.

- Auto de la AP Guipúzcoa (Sección 2ª) de 30 diciembre 2010.
- Auto de la AP Madrid (Sección 13ª) de 23 diciembre 2010.
- Auto de la AP Madrid (Sección 3ª) de 17 diciembre 2010.
- Sentencia del TS (Sala de lo Civil) 19 noviembre 2010.
- Sentencia del TS (Sala de lo Civil) 15 noviembre 2010.
- Sentencia de la AP Madrid (Sección 10ª) de 12 noviembre 2010.
- Sentencia de la AP Islas Baleares (Sección 5ª) de 11 octubre 2010.
- Sentencia de la AP Madrid (Sección 8ª) de 20 septiembre 2010.
- Sentencia del TS (Sala de lo Civil) de 30 junio 2010.
- Auto de la AP Sevilla (Sección 6ª) de 30 junio 2010.
- Resolución de la DGRN de 11 junio 2010 (*BOE* núm. 192, de 9 agosto 2010).
- Sentencia de la AP Madrid (Sección 12ª) de 19 mayo 2010.
- Auto de la AP Las Palmas (Sección 4ª) de 7 mayo 2010.
- Auto de la AP Madrid (Sección 28ª) de 5 mayo 2010.
- Auto de la AP Madrid (Sección 12ª) de 5 mayo 2010.
- Sentencia de la AP A Coruña (Sección 4ª), de 22 abril 2010.
- Sentencia de la AP Madrid (Sección 8ª) de 15 abril 2010.
- Sentencia de la AP Castellón (Sección 3ª), de 15 febrero 2010.
- Sentencia de la AP Barcelona (Sección 15ª) de 9 febrero 2010.
- Auto de la AP Valencia (Sección 7ª) de 26 noviembre 2009.
- Sentencia de la AP Huesca (Sección 1ª) de 18 octubre 2009.
- Auto de la AP La Rioja (Sección 1ª) de 8 octubre 2009.
- Sentencia AP Madrid (Sección 5ª) de 24 julio 2009.
- Sentencia del TS (Sala 1ª) 22 junio 2009.
- Auto de la AP Cáceres (Sección 1ª) de 9 junio 2009.
- Sentencia de la AP Madrid (Sección 28ª) de 5 junio 2009.

- Auto de la AP Barcelona (Sección 17ª) de 28 mayo 2009.
- Auto de la AP Barcelona (Sección 15ª) de 29 abril 2009.
- Auto del JM Barcelona (núm. 3) de 15 abril 2009.
- Auto de la AP Barcelona (Sección 15ª) de 27 marzo 2009.
- Sentencia de la AP Asturias (Sección 1ª) de 20 febrero 2009.
- Auto de la AP Madrid (Sección 28ª) de 5 febrero 2009.
- Sentencia del TS (Sala de lo Civil) de 27 enero 2009.
- Sentencia de la AP Madrid (Sección 28ª) de 4 diciembre 2008.
- Auto de la AP Huesca de 29 octubre 2008.
- Auto de la AP Madrid (Sección 25ª) de 17 octubre 2008.
- Auto del JM Madrid (núm. 1) de 9 octubre 2008.
- Auto de la AP Baleares de 17 septiembre 2008.
- Sentencia de la AP Barcelona (Sección 15ª) de 30 junio 2008.
- Sentencia de la AP Barcelona (Sección 15ª) de 26 junio 2008.
- Sentencia de la AP Almería (Sección 3ª) de 25 abril 2008.
- Auto de la AP Madrid (Sección 28ª) de 26 marzo 2008.
- Auto de la AP Madrid (Sección 28ª) de 21 febrero 2008.
- Auto de la AP Madrid (Sección 28ª) de 22 noviembre 2007.
- Sentencia del TS (Sala de lo Civil) de 14 noviembre 2007.
- Sentencia de la AP Asturias (Sección 1ª) de 2 noviembre 2007.
- Auto de la AP Madrid (Sección 28ª) de 25 octubre 2007.
- Auto de la AP Madrid (Sección 5ª) de 28 septiembre 2007
- Sentencia del JM Palma de Mallorca (núm. 1) de 28 septiembre 2007.
- Auto del JPI Rubí (núm. 3) de 11 junio 2007.
- Sentencia del TS (Sala de lo Civil) de 3 mayo 2007.
- Sentencia del TS (Sala de lo Civil) de 27 marzo 2007.

Sentencia de la AP Alicante (Sección 8ª) de 8 marzo 2007.

Sentencia del JM Madrid (núm. 7) de 9 febrero 2007.

Sentencia de la AP Pontevedra (Sección 1ª) de 8 febrero 2007.

Auto de la AP Barcelona (Sección 15ª) de 16 enero 2007.

Sentencia de la AP Segovia (Sección 1ª) de 20 noviembre 2006.

Sentencia del TS (Sala de lo Civil) 939/2006 de 9 octubre 2006.

Auto de la AP Barcelona (Sección 15ª) 24 julio 2006.

Sentencia del JM Alicante (núm. 1) de 19 junio 2006.

Auto de la AP Álava (Sección 1ª) de 3 marzo 2006.

Sentencia del JM Bilbao (núm. 1) de 14 febrero 2006.

Sentencia de la AP Las Palmas (Sección 3ª) de 10 enero 2006.

Sentencia del JM Madrid (núm. 1) de 21 octubre 2005.

Auto del JM Málaga (núm. 1) de 2 septiembre 2005.

Auto del TS (Sala de lo Civil) de 31 mayo 2005.

Auto de la AP León (Sección 3ª) de 1 de abril de 2005.

Sentencia de la AP Barcelona (Sección 15ª) de 16 marzo 2005.

Auto del JM Córdoba (núm. 1) de 25 febrero 2005.

Auto del JM Madrid (núm. 4) de 17 febrero 2005.

Auto del JM Barcelona (núm. 3) de 25 noviembre 2004.

Sentencia de la AP Barcelona (Sección 14ª) de 11 marzo 2004.

Auto del TS (Sala de lo Civil) de 4 de marzo de 2003.

Sentencia de la AP Madrid (Sección 10ª) de 3 junio 2002.

Auto del TS (Sala de lo Civil) de 13 noviembre 2001.

Auto del TS (Sala de lo Civil) de 2 octubre 2001.

Sentencia del TS (Sala de lo Civil) de 23 abril 2001.

Sentencia del JPI (núm. 2) de Ontinyent de 5 marzo 2001.

Sentencia de la AP Las Palmas (Sección 3ª) de 28 julio 2000.

Sentencia de la AP Madrid (sección 11ª) de 26 junio 2000.

Sentencia de la AP Guipúzcoa, de 27 enero 2000.

Sentencia de la AP Alicante (Sección 4ª) de 22 septiembre 1999.

Auto del TS (Sala de lo Civil) de 5 mayo 1998.

Sentencia del TC (Pleno) 196/1997 de 13 noviembre 1997.

Sentencia del TC (Pleno) 176/1996 de 11 noviembre 1996.

Sentencia del TC (Pleno) 46/1996 de 19 de septiembre 1996.

Sentencia de la AP Barcelona (Sección 12ª) de 10 de octubre de 1994.

Sentencia del TS (Sala de lo Civil) de 28 abril 1994.

Sentencia del TC (Sala Primera) 288/1993 de 4 octubre 1993.

Auto del TC (Pleno) 259/1993 de 20 julio 1993.

Sentencia de la AP Álava (Sección 3ª) de 16 febrero 1993.

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

Sentencia del TS (Sala 1ª) de 4 junio 1991.

Sentencia del TS (Sala 1ª) 21 marzo 1991.

Sentencia del TS (Sala 1ª) 7 junio 1990.

Auto del TS (Sala 1ª) de 25 julio 1989.

Sentencia del TS (Sala 1ª) 15 diciembre 1987.

Auto del TS (Sala 1ª) de 3 octubre 1983.

Sentencia del TS (Sala 1ª) de 7 junio 1983.

Sentencia del TS (Sala 1ª) de 31 diciembre 1979.

Sentencia del TS (Sala 1ª) de 5 octubre 1979.

Sentencia del TS (Sala 1ª) de 29 noviembre 1977.

Sentencia del TS (Sala 1ª) de 5 febrero 1976.

e. ESTADOS UNIDOS DE AMERICA

Sentencia del Southern District de Nueva York, de 20 marzo 2014 (*Mont Blanc Trading Ltd. v Zahid Ali Khan and Z2 Group FZCO*), 13 Civ. 700, AJN.

Sentencia de la Court of Appeal de Texas (*Kumkang Valve Manufacturing Co. v Enterprise Products*), N. 01-13-00636-CV, 2014.

Sentencia del Southern District (Houston Division) de Texas, de 7 octubre 2013 (*Fitzpatrick International Ltd. v Republic of Equatorial Guinea*), H-12-1300.

Sentencia del Southern District de Nueva York, de 28 junio 2012 (*In re Ashapura Minechem Ltd.*), 480 B.R. 129.

Sentencia de la Court of Appeals del Second Circuit, de 14 diciembre 2011 (*Figueiredo Ferraz E Engenharia de Projeto Ltda. v Republic of Peru*), 289 F.3d, 2011 WL 6188497.

Sentencia del Southern District de Nueva York, de 22 noviembre 2011 (*In re Ashapura Minechem Ltd.*), núm. 11 B.R. 14668, WL 5855475.

Sentencia de la Court of Appeal del Second Circuit (*Allstate Life Insurance v Linter Group, Ltd.*), 994 F.2d 996 (1993).

Sentencia de la Court of Appeal del Second Circuit (*In re Treco*), 240 F.3d 148 (2001).

Sentencia de la Court of Appeal del Second Circuit (*Vesta Fire Insurance Corporation v New Car Reinsurance Corp.*), 244 B.R. 209 (2000).

Sentencia de la Court of Appeal del Second Circuit (*In re United States Lines, Inc.*), de 1 noviembre 1999, 197 F.3d 631 (1999).

Sentencia de la Bankruptcy Court del Southern District de Nueva York (*In re Board of Dirs. of Hopewell Int'l Ins. Ltd.*), 238 B.R. 25 (1999).

Sentencia de la Bankruptcy Court del Southern District de Nueva York (*In re Bird*), 229 B.R. 90, 94 (1999).

Sentencia de la Bankruptcy Court del Southern District de Nueva York (*Triton Container Int'l, Ltd. v Cinave, S.A.*), WL 634308 (1997).

Sentencia de la Bankruptcy Court del Southern District de Nueva York (*In re Hourani*) 180 B.R. 58 (1995).

Sentencia de la Court of Appeal del Third Circuit (*Philadelphia Gear Corporation v Philadelphia Gear De Mexico, S.A.*), 44 F.3d, 194 (1994).

Sentencia de la Supreme Court, de 13 noviembre 1990 (*Langenkamp v Culp*), 498 U.S. 42 (1990).

Sentencia de la Court of Appeal de Nueva York (*Corcoran v Ardra Insurance Co*) 566 N.Y.S. 2d 575 (1990).

Sentencia de la New York Appellate Division en *Corcoran v Ardra Insurance Co*, 566 N.Y.S. 2d 575 (20 diciembre 1990)

Sentencia del Southern District of New York, de 4 mayo 1989, 713 F. Supp. 77 (1989).

Sentencia de la Court of Appeal de Nueva York (*Carnegie-Mellon University v Cohill*) 108 S.Ct. 614, 621; 98 L.Ed.2d 720 (1988).

Sentencia de la Court of Appeal del Second Circuit (*Victrix S.S. Co. v Salen Dry Cargo A.B.*), 825 F.2d 709 (1987).

Sentencia de la Court of Appeal del Second Circuit (*Cunard S.S. Co. v Salen Reefer Services A.B.*), 773 F.2d 458 (1985).

Sentencia de la Supreme Court (*Mitsubishi Motors Corp. v Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*), de 2 julio 1985, 473 U.S. 614 (1985).

Sentencia de la Court of Appeal del Second Circuit, de 25 mayo 1976 (*Israel-British Bank (London) Ltd. v Federal Deposit Ins. Corp.*), 536 F.2d 509 (1976).

Sentencia de la Court of Appeal del Second Circuit, de 29 mayo 1975 (*Fotochrome, Inc. v Copal Company, Ltd.*), 517 F. 2d 512 (1975).

Sentencia de la Supreme Court (*Disconto Gesellschaft v Umbreit*) 208 U.S. 570 (1908).

Sentencia de la Supreme Court (*Hilton v Guyot*) 159 U.S. 113 (1895).

Sentencia de la Supreme Court (*Canada S. Ry. v Gebhard*) 109 U.S. 527 (1883).

f. FRANCIA

Sentencia de la Cour de cassation, de 28 marzo 2013, disponible en (2012) 30(2) *ASA Bulletin* 459.

Sentencia de la Cour d'Appel de Paris, de 13 enero 2013 (*Tomskneft VNK v Société Yukos Capital*).

Sentencia de la Cour d'appel de Paris, de 17 noviembre 2011, disponible en (2013) 31(4) *ASA Bulletin* 899.

Sentencia de la Cour d'Appel de Dijon, de 21 septiembre 2010, asunto n° RG 09/02080.

Sentencia de la Cour d'Appel de París, de 8 abril 2010 (*Air Namibia (PYT) Ltd. v Receiver of Challengair SA, Belgium*), asunto n° 08/21144, disponible en (2010) 25 (6) *MEALEY'S International Arbitration Report* 1.

Sentencia de la Cour de Cassation, de 6 mayo 2009 (*Liquidateurs de Sté Jean Lion v Sté International Company for Commercial Exchanges, Income*), asunto núm. 08-10.281, disponible en (2010) *XXXV Yearbook of Commercial Arbitration* 353.

Sentencia de la Cour d'appel de Paris, 1ª Ch. (section C), de 9 abril 2009 (*Receivers of Viva Chemical (Europe) NV v Allied Petrochemical Trading & Distribution LC (Isle of Man)*), asunto núm. 07/17769, disponible en (2010) 25 (6) *MEALEY'S International Arbitration Report* 4.

Sentencia de la Cour de Cassation, de 22 enero 2008, disponible en (2009) *Revue de l'Arbitrage* 145.

Sentencia de la Cour de Cassation, de 20 febrero 2007 (*Cornelissen*).

Sentencia de la Cour de cassation (Ch. Com.), de 2 junio 2004 (*Soc. Gaussin et autres v soc. Alstom Power Turbomachines*), disponible en (2004) 3 *Revue de l'Arbitrage* 593.

Sentencia de la Cour de Cassation, de 30 marzo 2004 (*R. contra Sté Frabalex*), disponible en (2004) 20 *Recueil Dalloz cahier droit des affaires* 1425.

Sentencia del Tribunal de Grande Instance de Paris, de 2 febrero 1996 (*Société Intertradex France v Société Romanian Shipping Compant*).

Sentencia de la Cour de Cassation, de 20 diciembre 1993 (*Comité populaire de la Municipalité de Khoms v Dalico Constructions*), disponible en (1994) 1 *Revue de l'arbitrage* 116.

Sentencia de la Cour d'Appel, de 21 septiembre 1993 (*Morin v Morin*), disponible en (1994) *Revue de l'Arbitrage* 348.

Sentencia de la Cour d'appel de Paris, de 12 de enero de 1993 (*République de Côte-d'Ivoire et autre v Société Norbert Beyrard*), disponible en (1994) 4 *Revue de l'Arbitrage* 685.

Sentencia de la Cour d'appel de Paris, de 27 febrero 1992, disponible en (1992) *Revue de l'arbitrage* 590.

Sentencia de la Cour de Cassation, de 4 febrero 1992 (*Société SARET v SBBM*), disponible en (1992) *Revue de l'Arbitrage* 663.

Sentencia de la Cour d'Appel de Paris, de 29 marzo 1991 (*Ganz v Société Nationale des Chemins de Fer Tunisiens –SNCF-*), disponible en (1991) *Revue de l'Arbitrage* 478.

Sentencia de la Cour d'Appel de París, de 16 febrero 1989 (*Société Almira Films v Pierrel ès-qual*), disponible en (1989) *Revue de l'Arbitrage* 711.

Sentencia de la Cour de Cassation, 8 marzo 1988 (*Société Thinet v Labrely ès-qualites*), disponible en (1989) *Revue de l'Arbitrage* 473.

Sentencia de la Cour d'Appel de Rennes, de 26 septiembre 1984 (*Auvinet S.A. v S.A. Sacomi et Poirier*), disponible en (1986) *Revue de l'Arbitrage* 442.

Sentencia de la Cour de Cassation (1e civ) de 18 mayo 1971 (*Impex v P.A.Z. Produzione Lavorazione*), disponible en (1972) 99 *Journal du Droit International* 62.

g. HUNGRÍA

Sentencia del Tribunal de Apelación húngaro *Szegedi Ítéltábla Gf. I.30 014/2012*, publicada en el Boletín húngaro BDT/7-8/130 y citada en Z. Fabók, “Hungary: Arbitration agreement is not binding on insolvent claimant” (2013) *International Arbitration Newsletter*, DLA Piper.

h. IRLANDA

Yukos Capital S.A.R.L v OAO Tomskneft VNK [2014] IEHC 115.

In re Flightlease [2005] IEHC 274.

Brostrom Tankers AB v Factorias Vulcano SA [2004] 2 IR 191.

i. ITALIA

Sentencia del Tribunal de Udine, de 23 agosto 2013, núm. 1085, disponible en <http://www.unijuris.it/node/2035>.

Sentencia del Corte de Casación, de 6 de junio de 2003, disponible en (2004) 2 *Les Cahiers de l'Arbitrage* 40.

Sentencia de la Corte de Casación, de 17 abril 2003, núm. 6165.

j. REINO UNIDO

Ecobank Transnational Incorporated v Tanoh [2015] EWHC 1874 (Comm).

Re Pan Ocean Co. Ltd; subnom Seawolf Tankers Inc and another v Pan Ocean Co Ltd and another [2015] EWHC 1500 (Ch).

Philpott v Lycee Francais Charles de Gaulle School [2015] EWHC 1065 (Ch).

Kombinat Aluminjuma Podgorica AD (In Bankruptcy), Re [2015] EWHC 750 (Ch).

Konkola Copper Mines v U&M Mining Zambia Ltd [2014] EWHC 2374 (Comm).

A/Wear UK Ltd (In Administration), Re [2013] EWCA Civ 1626 (CA).

Isis Investments Ltd v Oscatello Investments Ltd, Kaupthing Bank hf, Elfar Adalsteinsson (as a representative party), Eliza Ltd [2013] EWCA Civ 1493.

Westshield Limited v Whitehouse & Anor [2013] 3576 EWHC (TCC).

Erste Group Bank AG (London) v JSC (VMZ Red October) [2013] EWHC 2926 (Comm).

Pioneer Cladding Limited v John Graham Construction Limited [2013] EWHC 2954 (TCC).

Rubin v Eurofinance SA [2012] UKSC 46.

Sulamérica Cia Nacional De Seguros S.A. and others v Enesa Engenharia S.A [2012] EWCA Civ 638.

Belmont Park Investments Pty Ltd v. BNY Corporate Trustee Services Ltd [2012] 1 AC 383.

HM Revenue and Customs v. The Football League Ltd & Anor [2012] EWHC 1372 (Ch).

Lornamead Acquisitions Ltd v Kaupthing Bank HF [2011] EWHC 2611.

Re Rodenstock GmbH (The "Scheme Company") [2011] EWHC 1104 (Ch).

Cosco Bulk Carrier Company Ltd. v Armada Shipping SA [2011] EWHC 216 (Ch), [2011] 2 AER (Comm) 481.

Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan [2010] UKSC 46.

Gibraltar Residential Properties Ltd v Gibralcon [2010] EWHC 2595.

Accentuate Ltd v Asigra Inc [2009] EWHC 2655 (QB).

The Law Debenture Trust Corporation Plc v Elektrim SA & Anor (Rev 1) [2009] EWHC 1801 (Ch).

(1) Josef Syska acting as the Administrator of Elektrim S.A. (In Bankruptcy), and (2) Elektrim S.A. (In Bankruptcy) v (1) Vivendi Universal S.A., (2) Vivendi Telecom International S.A., (3) Elektrim Telekomunikacja Sp. Zo.O. and (4) Carcom Warszawa Sp. Zo.O., [2009] EWCA Civ 677, [2009] 2 All E.R. (Comm) 891

(1) Józef Syska acting as the Administrator of Elektrim S.A. (In Bankruptcy), and (2) Elektrim S.A. (In Bankruptcy) v (1) Vivendi Universal S.A., (2) Vivendi Telecom International S.A., (3) Elektrim Telekomunikacja Sp. Zo.O. and (4) Carcom Warszawa Sp. Zo.O., [2008] EWHC 2155 (Comm), [2008] 2 Lloyd's Rep. 636.

Cambridge Gas Transp. Corp. v Official Comm. of Unsecured Creditors of Navigator Holdings PLC, [2006] UKPC 26, [2007] 1 A.C. 508.

Cambridge Gas Transport Corp v. Official Committee of Unsecured Creditors (of Navigator Holdings PLC and others) (Isle of Man) [2006] UKPC 26.

Mazur Media Ltd & Anor v Mazur Media GmbH & Ors [2004] EWHC 1566.

Peterson Farms v C&M Farming [2004] 1 Lloyd's Rep. 603.

Unisys International Services Ltd v Eastern Counties Newspapers Ltd [1991] 1 Lloyds Rep 538 (CA).

Black-Clawson International Ltd v Papierwerke Wladhof-Aschaffenburg AG [1981] 2 Lloyd's Rep 446.

k. SUIZA

Sentencia del Tribunal Federal, de 16 octubre 2012, núm. ATF 4A.50/2012, disponible en (2013) 31 (2) *ASA Bulletin* 354.

Sentencia del Tribunal Federal, de 6 marzo 2006 (*Tensacciai v Terra Armata*), disponible en (2006) *Revue de l'Arbitrage* 736.

Sentencia del Tribunal Federal, de 8 diciembre 1999 (*Arthur Andersen Business Unit Member Firms v. Andersen Consulting Business Unit Member Firms*), núm. ATF 4P.154/1999, disponible en (2000) 3 *ASA Bulletin* 546.

Sentencia del Tribunal Federal, de 23 junio 1992 (*Fincantieri-Cantieri Navali Italiani SpA et Oto Melara S.p.A. v M*), núm. ATF 118 II 353.

ARBITRAL

a. CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL (Por número de expediente)

17249 (2011): Laudo parcial, inédito, citado en Gandía Sellens, M. A., *El arbitraje frente a los litigios internacionales en materia de propiedad intelectual: la arbitrabilidad y la adopción de medidas cautelares* (Cizur Menor: Aranzadi, 2014), monografía núm. 32 asociada a la *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 65.

16369 (2012): Laudo final, disponible en (2014) *XXXIX Yearbook Commercial Arbitration* 169.

16217 (2012): Laudo final, citado en la Sentencia del TSJ Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 9 julio 2013.

15972 (2009): Laudo parcial, inédito, citado en Gandía Sellens, M. A., *El arbitraje...*, cit., 59.

15826 (2011): Laudo final, inédito, citado en Gandía Sellens, M. A., *El arbitraje...*, cit., 106.

15298 (2009): Laudo parcial, inédito, citado en Gandía Sellens, M. A., *El arbitraje...*, cit., 111.

15027 (2011): Laudo final, inédito, citado en Gandía Sellens, M. A., *El arbitraje...*, cit., 90.

15013 (2009): Laudo parcial, inédito, citado en Gandía Sellens, M. A., *El arbitraje...*, cit., 64.

14667 (2011): Laudo final, inédito, citado en Gandía Sellens, M. A., *El arbitraje...*, cit., 106.

- 14576 (2009): Laudo final, inédito, citado en C. Dorda, “Arbitration and insolvency proceedings” (2009) 3 *Belgrade Law Review* 83, 86.
- 14431 (2008): Laudo parcial, inédito, citado en Gandía Sellens, M. A., *El arbitraje...*, cit., 107
- 14430 (2008): Laudo parcial, inédito, citado en Gandía Sellens, M. A., *El arbitraje...*, cit., 48.
- 13845 (2006): Laudo final, disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 108.
- 13764 (2006): Laudo parcial, disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 108.
- 13507 (2009): Laudo final, disponible en (2010) *XXXV Yearbook Commercial Arbitration* 158.
- 12993 (2005): Laudo final, disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 105.
- 12907 (2005): Laudo final, disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 98.
- 12805 (2004): Laudo final, disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 97.
- 12656 (2004): Laudo parcial, inédito, citado en Gandía Sellens, M. A., *El arbitraje...*, cit., 59.
- 12441 (2005): Laudo final, disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 90.
- 12421 (2005): Laudo final, disponibles en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 88.
- 12131 (2005): Laudo final, inédito, citado en Gandía Sellens, M. A., *El arbitraje...*, cit., 80.
- 11876 (2002): Laudo final, disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 85.
- 11714 (2004): Laudo final, disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 85.
- 11519 (2003): Laudo final, disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 83.

- 11502 (2002): Laudo parcial, inédito, citado en Gandía Sellens, M. A., *El arbitraje...*, cit., 45.
- 11294 (2002): Laudo final, inédito, citado en Gandía Sellens, M. A., *El arbitraje...*, cit., 106.
- 11123 (2002): Laudo final, disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 79.
- 11028 (2002): Laudo preliminar inédito, citado en Kaufmann-Kohler, G. y Lévy, L., “Insolvency and international arbitration” en Peter, H., Jeandin, N. y Kilborn, J., *The challenges of insolvency law reform in the 21st century: facilitating investment and recovery to enhance economic growth* (Zürich: Schulthess, 2006) 257, 270.
- 10900 (2001): Laudo final, disponible en E. Jolivet, “Quesques exemples de traitement du droit des procédures collectives dans l’arbitrage” (2008) IV *Les Cahiers de l’Arbitrage* 351.
- 10687 (2003): Laudo final, disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 77.
- 10515 (2002): Laudo parcial, disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 74.
- 10507 (2002): Laudo parcial, disponible en (2009) 20(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 71.
- 9163 (2001): Laudo final, disponible en (2003) 1 *Revue de l’Arbitrage* 227, 230 y en (2005) *Journal de Droit International* 1283.
- 9089 (1998): Laudo final, disponible en E. Jolivet, “Quesques...”, cit., 365.
- 8594 (1996): Laudo parcial, inédito, citado en Gandía Sellens, M. A., *El arbitraje...*, cit., 87.
- 8459 (1997): Laudo final, disponible en E. Jolivet, “Quesques...”, cit., 364.
- 8420 (2000): Laudo parcial, disponible en (2000) XX *Yearbook of Commercial Arbitration* 328.
- 8133 (1999): Laudo final, disponible en E. Jolivet, “Quesques...”, cit., 363.
- 7698 (2006): Laudo parcial, inédito, citado en Gandía Sellens, M. A., *El arbitraje...*, cit., 87.
- 7652 (1995): Laudo final, disponible en E. Jolivet, “Quesques...”, cit., 360.
- 7563 (1993): Laudo parcial (*Belgian bank v International pool of insurance companies*), disponible en (1994) 121 *Journal du Droit International* 1054.

- 7337 (1996): Laudo parcial, disponible en (1999) XXIVa *Yearbook of International Arbitration* 149.
- 7289 (1998): Laudo final, disponible en E. Jolivet, “Quesques...”, *cit.*, 357.
- 7205 (1993): Laudo parcial (*French company v Owner of Saudi company*), disponible en (1995) 122 *Journal du Droit International* 1031 y en Arnaldez, J. J., Derains, Y., y Hascher, D., *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995* (1997), vol. III, 622.
- 6884 (1992): Laudo final, disponible en E. Jolivet, “Quesques...”, *cit.*, 355.
- 6864 (1994): Laudo final, disponible en E. Jolivet, “Quesques...”, *cit.*, 354.
- 6840 (1991): Laudo final, inédito, citado por Mantilla Serrano, F., “International...”, *cit.*, 68.
- 6709 (1992): Laudo parcial, disponible en Arnaldez, J. J., Derains, Y., y Hascher, D., *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995* (1997), vol. III, 435.
- 6697 (1990): Laudo final (*Casa - Luxembourg v Cambior - Quebec*), disponible en (1992) *Revue de l'Arbitrage* 135.
- 6632 (1993): Laudo parcial, inédito, citado en Gaillard, E. y Savage, J., *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* (La Haya: Kluwer Law International, 1999), 355, pár. 587.
- 6549 (1993): Laudo final, disponible en E. Jolivet, “Quesques...”, *cit.*, 353.
- 6206 (1991): Laudo parcial, inédito, citado en Mantilla Serrano, F., “International arbitration and insolvency proceedings” (1995) 11(1) *Arbitration International* 51, 64.
- 6192 (1990): Laudo parcial, inédito, citado en Mantilla Serrano, F., “International...”, *cit.*, 65.
- 6162 (1992): Laudo parcial (*Consultant v Egyptian Local Authority*), disponible en (1992) XVII *Yearbook of Commercial Arbitration* 153.
- 6057 (1991): Laudo parcial (*Syrian company v French company*), disponible en Arnaldez, J. J., Derains, Y., y Hascher, D., *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995* (1997), vol. III, 487, y en (1993) 120 *Journal du Droit International* 1016.
- 5996 (1991): Laudo final, inédito, mencionado en Mantilla Serrano, F., “International...”, *cit.*, 57.

- 5954 (1991): Laudo final, inédito, citado Rosell, J. y Prager, H., “International Arbitration and Bankruptcy: United States, France and the ICC” (2001) 18(4) *Journal of International Arbitration* 417, 427.
- 5877 (1986): Laudo final, inédito, citado en Mantilla Serrano, F., “International...”, *cit.*, 67.
- 4629 (1989): Laudo parcial, disponible en (1993) XVIII *Yearbook Commercial Arbitration* 11.
- 4604 (1984): Laudo parcial (*Italian company v U.S. company*), disponible en (1985) X *Yearbook of Commercial Arbitration* 973 y en (1985) 112 *Journal du Droit International* 973.
- 4491 (1983): Laudo final, disponible en (1985) 112 *Journal de Droit International* 966.
- 4415 (1984): Laudo final, disponible en Jarvin, S. y Derains, Y., (eds.), *Collection of ICC Awards 1974-1985* (1990) 530 y en (1984) 111 *Journal de Droit International* 952.
- 2139 (1974): Laudo final, disponible en Jarvin, S. y Derains, Y., *Collection of ICC Awards 1974-1985* (1990), 240.
- 2103 (1972): Laudo final, disponible en (1974) 101 *Journal de Droit International* 929.
- 2073 (1972): Laudo final, disponible en Jarvin, S. y Derains, Y., *Collection of ICC Awards 1974-1985* (1990), 236.
- 2048 (1971): Laudo final, inédito, citado en Y. Derains, “L’expérience de la Cour d’arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale en matière de propriété industrielle” (1977) *Revue de l’Arbitrage* 40.
- 2019 (1964): Laudo final, disponible en (1975) 102 *Journal du Droit International* 929.
- 1350 (1968): Laudo final, disponible en (1975) 102 *Journal de Droit International* 931.
- 1110 (1963): Laudo final en X, *Buenos Aires v Company A*, disponible en (1994) 10 *Arbitration International* 282.

b. LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION

- Asunto 132582 (2014): Laudo parcial referido en *Kombinat Aluminjuma Podgorica AD (In Bankruptcy)*, *Re* [2015] EWHC 750 (Ch).

c. *ARBITRATION COURT DE LA ECONOMIC AND AGRICULTURAL CHAMBER OF THE CZECH REPUBLIC*

Laudo de 2007 dictado en el Asunto Rsp 135/2006.

d. *CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI)*

Laudo final, de 12 febrero 2014, nº ARB/10/20, *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Ltd v Tanzania Electric Supply Company Ltd (TANESCO)*.

Laudo final, de 12 noviembre 2010, *Frontier Petroleum Services Ltd. v República Checa*.

e. *COMITÉ DISCIPLINARIO Y DE EJECUCIONES DE LA FÉDÉRATION INTERNATIONALE DE FOOTBALL ASSOCIATION (FIFA)*

Decisión CAS 2013/A/3049 de 5 julio 2013.

Decisión CAS 2012/A/2750 de 15 octubre 2012.

Decisión CAS 2011/A/2343 de 1 marzo 2012.

INFORMES Y PUBLICACIONES OFICIALES (por orden cronológico)

Comisión Europea, *Insolvency: European Parliament backs Commission proposal to give viable businesses a “second chance”* (Estrasburgo, 5 febrero 2014), disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-88_en.htm.

Parlamento Europeo, *Informe del Parlamento Europeo de 5 febrero 2014 sobre sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia (COM(2012)0744 – C7-0413/2012 – 2012/0360(COD))*.

Presidencia de la Unión Europea, *Comunicación 15414/14 (JUSTCIV 285)*, disponible en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15414-2014-INIT/es/pdf>.

Bariatti, S. y van Galen, R. (para INSOL Europe), *Study on a new approach to business failure and insolvency – Comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices* (2014). Tender de la Comisión Europea núm. JUST/2012/JCIV/CT/0194/A4.

UNCITRAL, *Documento A/CN.9/WG.V/WP.117*, 6, publicado con ocasión del 44º período de sesiones, 16-20 diciembre 2013, Viena.

UNCITRAL, *Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration* (2012) 164, disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf>

Comisión Europea, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia*, COM (2012) 743 final, de 12 diciembre 2012.

INSOL Europe, Informe para la Reforma del Reglamento Europeo de Insolvencia (20 junio 2012), disponible en <http://www.insol-europe.org/technical-content/revision-of-the-european-insolvency-regulation-proposals-by-insol-europe/>.

Hess, B., Oberhammer, P. y Pfeiffer, T., *External Evaluation of Regulation No. 1346/2000/EC on insolvency proceedings* (JUST/2011/JCIV/PR/0049/A4).

Pocar, F., Informe explicativo del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, cuya segunda versión fue firmada en Lugano, el 30 de octubre de 2007, 2009/C 319/01, *DOUE* de 23 diciembre 2009.

UNCITRAL, *Guía para la incorporación de la Ley Modelo UNCITRAL al Derecho interno* (2006).

Hess, B., Pfeiffer, T. y Schlosser, P., *Informe relativo a la aplicación del Reglamento Bruselas I en los Estados Miembros* (Estudio JLS/C4/2005/03).

Virgós. M. y Schmit E., *Informe sobre la Convención relativa a los Procedimientos de Insolvencia de 1995*, Documento del Consejo UE 6500/96, DRS 8 (CFC), de 3 mayo 1996.

Jenard, P., *Informe sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (firmado en Bruselas el 27 de septiembre de 1968)*, *DOCE* C-59, de 5 marzo 1979.

Jenard, P., *Informe sobre el Protocolo de 1971 relativo a la interpretación del Convenio de Bruselas por el Tribunal de Justicia*, DOCE C-59, de 5 marzo 1979.

Schlosser, P., *Informe sobre el Convenio de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte a dicho Convenio*, DOCE C-59, de 5 marzo 1979.

Noel, J. y Lemontey, J., *Report on the First Draft Convention relating to bankruptcies, compositions and analogous procedures* (1970), 16.775/XIV/70-E.

PUBLICACIONES DE INICIATIVAS PRIVADAS (por orden cronológico)

Hogan Lovells, *Trends in Complex Cross-Border Disputes* (2014), disponible en <http://www.hoganlovells.com/globalcurrents/>.

International Insolvency Institute y la Comisión Europea, *EU Cross-Border Insolvency Court-to-Court Cooperation Principles and Guidelines* (2014).

ILA, *Final Report of the Committee on International Arbitration of the International Law Association* (Nueva Delhi, 2002).

Queen Mary University y White & Case, *International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration* (2010).

International Insolvency Institute y American Law Institute, *ALI-III Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases* (2010).

INSOL Europe, *European Communication and Cooperation Guidelines for Cross-Border Insolvency* (2007), disponibles en <http://www.insol-europe.org>.

