

CONCURSO Y ARBITRAJE INTERNACIONAL*

MIGUEL GÓMEZ JENE

*Profesor titular de Derecho Internacional Privado
UNED*

Recibido: 26.08.2010 / Aceptado: 09.09.2010

Resumen: El artículo 52 de la Ley Concursal (LC) asume un criterio temporal para regular la eficacia del convenio arbitral en supuestos de concurso. Así, si en el momento de la declaración del concurso el procedimiento arbitral está “en tramitación”, el arbitraje seguirá hasta la firmeza del laudo. Por el contrario, si el procedimiento arbitral no está “en tramitación”, el convenio arbitral en el que sea parte el deudor queda sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso. Esta regulación plantea dos interrogantes en la práctica. La primera y más importante gira en torno a su misma aplicación en los supuestos internacionales: ¿es de aplicación cuando el acreedor interesado tenga su residencia habitual en un Estado extranjero? La segunda, de relevancia para los supuestos internos, gira en torno a la concreción de lo que debe entenderse por procedimiento arbitral “en tramitación”. Ambas cuestiones son tratadas en este estudio.

Palabras clave: Arbitraje internacional, concurso, Convenio de Nueva York de 1958, Convenio de Ginebra de 1961, Ley de Arbitraje, Ley Concursal, convenio arbitral.

Abstract: Article 52 of The Spanish Insolvency Act takes a territorial approach to regulate the efficacy of the arbitral agreement in insolvency cases. Therefore, if the arbitral proceeding is “being processed” at the moment of the insolvency declaration, the arbitration will continue until the resolution of the arbitral award. However, if the arbitral proceeding is not yet “being processed”, the arbitral agreement in which the debtor is part is rendered ineffective through insolvency proceedings. This regulation raises two practical questions. The first and most important one deals with its own application in international cases: is it applicable when the creditor has her habitual residence in a foreign country? The second question, which is important for internal matters, deals with the meaning of arbitral proceedings “being processed”. Both questions are studied in the following essay.

Key words: International arbitration, Insolvency, New York Convention 1958, Genf Convention 1961, Arbitration Act, Insolvency Act, Arbitration agreement.

Sumario: I. Introducción. II. El ordenamiento aplicable: el ordenamiento *concursal*. 1. El ordenamiento aplicable a la *eficacia* del convenio arbitral *internacional* en supuestos de concurso. 2. El ordenamiento aplicable a la *internacionalidad* del supuesto. 3. El ordenamiento aplicable a la cuestión relativa al inicio de la *tramitación* del arbitraje. 4. Conclusiones parciales. III. Concreción de la norma aplicable a los supuestos *intracomunitarios*: El Reglamento europeo de insolvencia. 1. El Reglamento europeo de insolvencia. 2. Característica general del Reglamento europeo de insolvencia: “No *vis attractiva concursus*”. IV. Regulación del supuesto *intracomunitario* en aplicación del *Reglamento europeo de insolvencia*. 1. Planteamiento de la cuestión. 2. Calificación del convenio arbitral como un *mero contrato*. 3. Calificación del convenio arbitral como un *contrato procesal*. V. Concreción de la norma aplicable a los supuestos *extracomunitarios*: *aplicación del artículo 52 LC a la luz del artículo 11 LC*. VI. Extrapolación de la solución internacional a los supuestos internos: *el Anteproyecto de Ley de Arbitraje*. VII. Conclusiones.

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación SEJ2007-67381/JURI patrocinado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

I. Introducción

1. La relación *arbitraje / concurso* tal y como está regulada en el ordenamiento jurídico español plantea, al menos, dos cuestiones. La primera gira en torno a la solución que prevé para los supuestos internacionales; esto es, gira en torno a la solución prevista para determinar los *efectos que una declaración de concurso (dictada por un juez español) tiene sobre la vigencia de un convenio arbitral firmado entre el deudor concursal y un acreedor con residencia habitual en un Estado extranjero*.

Como quiera que el supuesto internacional comprende dos escenarios distintos (el *intracomunitario* y el *extracomunitario*) cabe preguntarse entonces si a la luz de las distintas normas aplicables (norma interna y reglamento comunitario) la solución relativa a la eficacia del convenio arbitral en supuestos internacionales es la misma en ambos escenarios.

La segunda cuestión se concreta en la misma aplicación de la Ley Concursal (LC) a aquellos supuestos en los que entre el deudor concursal y el acreedor media un convenio arbitral. Como es sabido, el artículo 52 LC establece que la eficacia del convenio en supuestos de concurso queda supeditada a un momento temporal jurídicamente indeterminado: el del inicio de la “tramitación” del procedimiento arbitral. De tal modo que si el procedimiento está “en tramitación” en el momento de la declaración del concurso, la eficacia del convenio no queda alterada y, en consecuencia, el arbitraje sigue su curso hasta la firmeza del laudo. Si por el contrario el procedimiento arbitral *no* está “en tramitación” en el momento de la declaración del concurso, el convenio arbitral pierde su eficacia.

La cuestión que de forma inmediata plantea este precepto pasa por concretar –primero– a la luz de qué norma debe entenderse que el procedimiento arbitral está en “tramitación” (Ley Concursal o Ley de Arbitraje); y determinar –después– el preciso momento temporal en el que tal procedimiento se entiende tramitado.

2. Para responder adecuadamente a estas cuestiones procederé del siguiente modo:

- (i) En primer lugar determinaré el ordenamiento aplicable a este tipo de supuestos, distinguiendo, en un primer momento, entre el ordenamiento concursal y el ordenamiento arbitral (Ep. II). Se trata, en concreto, de precisar el ordenamiento a cuya luz se determinará los *efectos* de la declaración de concurso sobre el convenio, la *internacionalidad* del supuesto y el *inicio de la tramitación* del procedimiento arbitral.
- (ii) Demostrada la aplicación del ordenamiento concursal a las tres cuestiones enunciadas –efectos de la declaración, internacionalidad e inicio de la tramitación–, concretaré primero y estudiaré después la norma aplicable tanto al supuesto *intracomunitario* como al supuesto *extracomunitario*: como se verá, el *Reglamento Europeo de Insolvencia* es de aplicación para los primeros supuestos y la LC para los segundos (Ep. III).
- (iii) En tercer lugar, me centraré en la solución que para estos casos adopta el *Reglamento Europeo de Insolvencia* –supuesto *intracomunitario*– (Ep. IV).
- (iv) En cuarto lugar, mostraré la solución que prevé la *Ley Concursal* española para los supuestos *extracomunitarios* (Ep. V).
- (v) En quinto lugar, me referiré brevemente a la reforma del artículo 52 LC que en fechas recientes ha presentado el legislador; reforma que, como también se verá, asume la interpretación aquí defendida (Ep. VI).
- (vi) Finalmente, se extraerán las pertinentes conclusiones.

II. El ordenamiento aplicable: El ordenamiento concursal

3. El primer interrogante que suscita las cuestiones anteriormente planteadas gira en torno a la concreción de la norma a cuya luz deben resolverse. Es decir, para responder a las tres cuestiones planteadas –*efectos del convenio* arbitral, *internacionalidad* del supuesto y *tramitación* del procedimiento– habrá de concretarse en primer lugar el sector del ordenamiento jurídico finalmente aplicable: el ordenamiento concursal (LC y los textos internacionales propios de este sector) o el ordenamiento arbitral (LA y los textos internacionales propios de este sector).

I. El ordenamiento aplicable a la *eficacia del convenio arbitral internacional en supuestos del concurso*

4. Paradójicamente, en la jurisprudencia menor se detecta una clara inclinación a favor de la aplicación del ordenamiento *arbitral* para resolver la cuestión relativa a la eficacia de un convenio arbitral internacional en supuestos de concurso. Así, en la todavía incipiente jurisprudencia de las Audiencias sobre este particular se constata una invocación –cuando no aplicación– de los Convenios internacionales en materia de arbitraje: en concreto, el *Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958* (CNY) y el *Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961* (CG)¹.

A mi juicio, sin embargo, el ordenamiento arbitral (con especial referencia al ordenamiento de fuente internacional) no es aplicable a estos supuestos. Así, respecto de la aplicación de los convenios citados, cabe recordar lo siguiente. El CNY es un instrumento internacional que regula –únicamente– tres cuestiones: el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral extranjero; el reconocimiento –en términos de validez formal– del convenio arbitral (art. II.1 y 2); y, un régimen de declinatoria (art. II.3 CNY). Por su parte, el CG, que se concibió para fomentar el arbitraje entre los dos bloques europeos entonces existentes, se centra, básicamente, en los aspectos organizativos del mismo: elección entre arbitraje institucional o arbitraje *ad hoc*; elección de árbitro; concreción del lugar de la sede del arbitraje; fijación de las normas que deben regir los árbitros².

Ninguno de estos dos instrumentos pretendió –ni remotamente– regular la cuestión relativa a los efectos que una declaración de concurso tiene sobre la eficacia de un convenio arbitral.

5. En la medida –recordémoslo– en que se trata de concretar los *efectos que una declaración de concurso tiene sobre un convenio arbitral* tiene todo su sentido que la regulación concursal –y no la arbitral– regule esta cuestión. Básicamente porque los principios de *unidad legal*, *unidad de disciplina* y *unidad de procedimiento* que informan las normas concursales así lo exigen³. De hecho, en el derecho comparado, son las normas concursales y no las arbitrales las que contienen disposiciones sobre este particular. Y en nuestro ordenamiento de fuente interna es la Ley Concursal (LC) y no la Ley de Arbitraje la que –con mayor o menor fortuna– regula esta cuestión (art. 52 LC)⁴.

En consecuencia, la cuestión relativa a los efectos de una declaración de concurso sobre un convenio arbitral *internacional* es una cuestión *de índole concursal* y no de *índole arbitral*. Para determinar el alcance de los efectos de esa declaración sobre la vigencia del convenio arbitral deberá estarse a la regulación concursal y no a la regulación arbitral. Cuestión distinta es que la gira en torno a la laguna legal que encierra la norma concursal para los supuestos *internacionales*. Pero en este caso –tal y como se verá–, antes que forzar una aplicación de los textos internacionales en materia de arbitraje, habrá de buscarse una solución del supuesto a partir de una interpretación sistemática y teleológica de la misma norma concursal.

2. El ordenamiento aplicable a la *internacionalidad del supuesto*

6. Por inverosímil que parezca, la cuestión relativa al ordenamiento aplicable a la internacionalidad del supuesto tiene particular importancia. Repárese, por ejemplo, en que es precisamente la *internacionalidad* del mismo la circunstancia que le otorga una solución específica: en principio, la eficacia de un convenio arbitral ante la declaración de concurso es distinta dependiendo del carácter *interno* o *internacional* de la controversia.

¹ En particular, AP de Barcelona (Sección 15ª), núm. 86/2009, de 29 abril 2009 (EDJ 2009/260256).

² Sobre ambos textos, con más detenimiento, M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral*, Madrid, Colex, 2000, pp. 34-90; *Ibid.*, *El arbitraje internacional...*, cit., nota 3, Madrid, Colex, 2007, pp. 39-43.

³ Sobre estos principios, véase, A. ROJO, “El Derecho concursal”, en R. URÍA / A. MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil II*, 2ª Ed., Madrid, Civitas, 2007, pp. 900-901.

⁴ Sobre la regulación del arbitraje en la Ley Concursal *vid.*, entre otros, E. VERDERA Y TUELLS, “Reflexiones preliminares sobre el arbitraje en la Ley Concursal”, en: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 3295-3354; P. PERALES VISCASILLAS, “Los efectos del concurso sobre los convenios arbitrales en la Ley Concursal 22/2203 (I y II)”, *Diario La Ley*, Núms. 6035 y 6036, 8 y 9 de junio de 2004.

Bien porque la norma *concurzal* no contiene ninguna previsión específica al respecto, bien por la aparente relevancia de la norma *arbitral* en este contexto, un amplio y autorizado sector doctrinal entiende que la *internacionalidad* del supuesto debe determinarse conforme a la norma *arbitral*⁵. En concreto, conforme al artículo 3 LA, a cuyo tenor, un arbitraje es *internacional*: (i) cuando en el momento de la celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes; (ii) cuando el lugar del arbitraje, el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el que la controversia tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios; y, (iii) cuando la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional.

Es precisamente esta última conexión –“intereses del comercio internacional”– la que, en su aplicación en supuestos estrechamente vinculados al ámbito concursal, puede llegar a producir notables distorsiones; distorsiones en tanto en cuanto internacionaliza supuestos concursales que el legislador concursal no quiso internacionalizar. De hecho, esta conexión sólo está recogida en la Ley de Arbitraje. El artículo 3 LA representa, en este sentido, la única plasmación positiva en el ordenamiento jurídico español de lo que la doctrina internacional privatista denomina “tesis del efecto internacional”. Una tesis para determinar la *internacionalidad* de un supuesto que, básicamente, se caracteriza por considerar *internacional* cualquier supuesto que presente *repercusión transfronteriza*⁶.

7. Sin ánimo de exhaustividad, baste ahora con señalar que extender la aplicación de esta conexión –de difícil determinación– al ámbito concursal resulta excesivo. Piénsese que la función de esta conexión en el ámbito arbitral es, precisamente, la de internacionalizar supuestos que a la luz de cualquier otra conexión clásica del Derecho internacional privado no alcanzarían tal calificación. De este modo, el legislador ha pretendido –con carácter excepcional– otorgar los beneficios de la internacionalidad (posible aplicación de *lex mercatoria*, plazos más flexibles...) al mayor número de arbitrajes posibles. Y habida cuenta del amplio alcance que la jurisprudencia comparada ha otorgado a esta expresión, lo anterior significa tanto como que determinados operadores económicos (por su carácter multinacional) siempre someterán sus controversias a arbitraje internacional⁷.

Siendo esto así, asumir la interpretación doctrinal mayoritaria –calificación de la *internacionalidad* del supuesto conforme al artículo 3 LA– significaría tanto como que la relación *arbitraje / concurso* en la que pudieran quedar inmersas determinadas empresas españolas siempre sería internacional. Con independencia, por ejemplo, de que el domicilio de las partes se localizase o no en Estados distintos. O dicho de otro modo, si aceptásemos la aplicación del artículo 3 LA para determinar la *internacionalidad* de un supuesto como el que estudiamos –eficacia del convenio arbitral ante una declaración de concurso–, resultaría que cualquier convenio arbitral firmado entre un deudor concursal español de cierto tamaño con domicilio en España –*ad. ex.* empresa constructora española con intereses comerciales en el extranjero– y un acreedor también español (también con domicilio en España) tendría una eficacia distinta a la que tendría ese mismo convenio si hubiera sido firmado por el mismo acreedor español con un deudor concursal de menor tamaño. Lo cual, en perspectiva concursal, no parece que tenga mucho sentido.

8. Además, en la medida en que es la norma concursal –y no la norma arbitral– la que regula la cuestión relativa a los efectos que una declaración de concurso produce sobre la eficacia de un convenio arbitral, parece evidente también que debe ser esta misma norma la que determine la *internacionalidad* del supuesto. De hecho, los mismos argumentos técnicos esgrimidos anteriormente en torno a la vigencia de los principios de *unidad legal*, *unidad de disciplina* y *unidad de procedimiento* (*supra* 5) mantienen toda su eficacia en este ámbito.

⁵ En este sentido, M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2007, Madrid, Civitas, p. 335; I. HEREDIA CERVANTES, *Arbitraje y concurso internacional*, Madrid, Civitas, 2008, p. 101.

⁶ Sobre las distintas tesis para determinar la *internacionalidad* de un supuesto, *vid.* A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 11ª Ed., Granada, Comares, 2010, pp. 18-23.

⁷ Sobre esta cuestión *in extenso* M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje internacional en la Ley de Arbitraje de 2003*, Madrid, Colex, 2007, pp. 51-54.

3. El ordenamiento aplicable a la cuestión relativa al inicio de la *tramitación* del arbitraje

9. Del mismo modo, y también contrariamente a lo que sostiene un mayoritario sector doctrinal⁸ y cierta jurisprudencia menor⁹, entiendo que, para determinar si un arbitraje *se encuentra o no tramitado* a los efectos de la vigencia de un convenio arbitral tras una declaración concursal, habrá de estarse al ordenamiento concursal (LC) y *no* al ordenamiento arbitral (LA).

En efecto, quizá porque la LC no regule expresamente esta materia o quizá porque la LA sí parece contener una disposición expresa al respecto –en puridad, tampoco la contiene–, un primer acercamiento a la cuestión invita a resolverla realizando una remisión al artículo 27 LA. Precepto a cuyo tenor: “*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*”.

Bien mirado, sin embargo, esta remisión no es coherente con el espíritu de la LC. De entrada, supone una quiebra de los principios de *unidad legal*, *unidad de disciplina* y *unidad de procedimiento* ya citados. Pero es que, además, el artículo 52 LC no alude a un procedimiento arbitral *iniciado* (que es lo que regula el artículo 27 LA); el artículo 52 LC alude expresa y conscientemente a un procedimiento arbitral *tramitado*. O lo que es lo mismo: para determinar la vigencia de un convenio arbitral ante una declaración de concurso, la LC no exige que el arbitraje esté *iniciado*; la LC sólo quiere saber si efectivamente se ha llevado a cabo el primer *trámite* necesario para que el arbitraje se inicie (*tramitado*); con independencia absoluta de los efectos procesales (posible prescripción...) que el inicio de ese arbitraje produzca conforme a la LA.

Una interpretación sistemática de los dos párrafos que conforman el artículo 52 LC confirma esta opinión: el artículo 52.1 LC regula los supuestos en los que el convenio arbitral está “inerte” o desactivado, mientras que el artículo 52.2 LC regula los supuestos en los que el convenio ha sido activado. Siendo esto así –que lo es– el primer párrafo del artículo 52 LC puesto en relación con el segundo párrafo del mismo precepto exige que el momento de la *tramitación* del arbitraje sea aquél en el que se lleve a cabo la primera diligencia necesaria para iniciar el arbitraje –por ejemplo, el registro de la entrada del arbitraje en la institución arbitral. Entre ambos supuestos no puede haber un “gap” temporal –de otro modo habría un vacío legal. Para la LC, el convenio arbitral o está activado o está desactivado; pues para la LC y su jurisprudencia –en particular su jurisprudencia sobre el artículo 51– todo lo que *no* está “no iniciado” está tramitado.

Así, la jurisprudencia de las Audiencias en interpretación del artículo 51.1 LC –precepto paralelo en cuanto a su contenido al artículo 52¹⁰– entiende que el procedimiento está tramitado cuando se ha llevado a cabo la primera diligencia posible para iniciarlo. De este modo, el procedimiento se considera tramitado cuando ha sido presentada la demanda¹¹, con independencia absoluta de que ésta haya sido o no admitida a trámite¹². Pero aún más, pues la mera solicitud de medidas cautelares con anterioridad a la misma presentación de la demanda principal es suficiente para considerar que el procedimiento está *tramitado*¹³. En sentido similar, se ha entendido también que, en el seno de un juicio monitorio, el procedimiento se encuentra en *tramitación* aun cuando la demanda declarativa que sigue a dicho juicio no haya sido presentada¹⁴.

⁸F. CORDÓN MORENO, “Artículo 52”, en: F. CORDÓN MORENO (Dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, 2ª Ed., Aranzadi, 2010, p. 616 (cfr. no obstante con el comentario de la primera edición, p. 429); E. J. ETXARANDIO HERRERA, *Manual de Derecho Concursal*, 2ª Ed., Madrid, La Ley, 2009 pp. 427-428; R. DE ÁNGEL YAGÜEZ / J. HERNANDO MENDÍVIL, “Artículo 52. Procedimientos arbitrales”, en: P. PRENDES CARRIL, *Tratado Práctico Concursal*, Aranzadi, 2009, p. 323; J. L. GONZÁLEZ MONTES, “Arbitraje y concurso de acreedores”, en: J. L. GONZÁLEZ MONTES (Ed.), *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*, Madrid, La Ley, 2008, p. 386; I. HEREDIA CERVANTES, *Arbitraje...*, cit., nota 5, p. 53; M. J. MARÍN LÓPEZ, “Artículo 52”, en: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 522; R. BELLIDO, “Artículo 52”, en: Á. ROJO / E. BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, Civitas, 2004, p. 1015.

⁹Auto núm. 106/2009, AP de La Rioja, Núm. recurso 129/2009, 8 octubre 2009, (CENDOJ 26089370012009200128).

¹⁰Y a cuyo tenor: “*Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia...*”

¹¹Auto AP de Madrid de 5 febrero 2009 (EDJ 2009/36573).

¹²Auto AP de Madrid de 26 marzo 2008 (EDJ 2008/61028).

¹³Auto AP de Cáceres de 9 junio de 2009 (EDJ 2009/121024).

¹⁴SAP de Madrid de 4 diciembre 2008 (EDJ 2008/310386).

10. Y por lo que hace al juego del artículo 27 LA en este contexto, debe observarse que su misma aplicación se compadece mal –muy mal– con lo que pretende regular el artículo 52 LC. Repárese en que la primera conexión que utiliza el artículo 27 LA para determinar el inicio de un arbitraje es la de la autonomía de la voluntad. Conexión que tiene todo su sentido cuando el inicio del mismo marque el *dies a quo*, pero que no puede aceptarse en el ámbito concursal. Y es que, no pueden ser las partes quienes determinen por sí mismas cuándo un arbitraje está o no en tramitación a los efectos de la Ley concursal.

La improcedencia del artículo 27 LA para regular estos supuestos se percibe con particular nitidez en aquellos casos en los que la declaración de concurso afecte a varios procedimientos arbitrales cuyo *inicio* se ponga en duda: ¿tendría entonces que estar el juez del concurso pendiente de la fecha de inicio de cada uno de los arbitrajes conforme a criterios distintos para aplicar correctamente el artículo 52 LC? Piénsese que en la medida en que el artículo 27 LA contempla varias conexiones para determinar el inicio del arbitraje –de entrada, todas aquellas que las partes sean capaces de imaginar, más todas aquellas que las distintas instituciones arbitrales prevean– su aplicación en el ámbito concursal crearía un marco excesivamente heterogéneo. Tan heterogéneo que sería de todo punto incompatible con los principios concursales básicos (otra vez, *unidad legal, unidad de disciplina y unidad de procedimiento*).

4. Conclusiones parciales

11. Como conclusión de lo hasta aquí dicho puede afirmarse que es el *ordenamiento jurídico concursal* –y no el ordenamiento jurídico arbitral– el ordenamiento aplicable a las cuestiones relativas a: (i) los efectos que una declaración de concurso despliega sobre un convenio arbitral; (ii) a la determinación de la *internacionalidad* del supuesto; y (iii) a la cuestión relativa al momento procesal en el que debe entenderse si un arbitraje está o no efectivamente “tramitado”.

Y como es sabido, el ordenamiento jurídico concursal español está compuesto por normas de fuente interna y normas de fuente comunitaria. La norma concursal de fuente interna es la *Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal* (con las reformas introducidas por el *RD-Ley 3/2009, de 27 de marzo de Medidas Urgentes en materia Tributaria, Financiera y Concursal ante la evolución de la situación económica*¹⁵ y por la *Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial*¹⁶).

La norma comunitaria es el Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia¹⁷ (en adelante, *Reglamento europeo de insolvencia*).

III. Concreción de la norma aplicable a los supuestos *intra*comunitarios: el *Reglamento europeo de insolvencia*

1. El *Reglamento europeo de insolvencia*

12. Siendo dos las normas concursales hipotéticamente aplicables, debe concretarse entonces si el *Reglamento europeo* es o no efectivamente aplicable a un supuesto en el que acreedor y deudor concursal tienen su residencia habitual en dos Estados distintos de la Unión. Repárese en que, en caso de ser aplicable, su jerarquía superior respecto de la norma interna supondría tanto como la inaplicación de la LC a este tipo de supuestos (a no ser, claro está, que se llegara a la aplicación de la LC por remisión del mismo Reglamento).

13. Pues bien, la respuesta a la cuestión planteada es, sin lugar a dudas, afirmativa. El *Reglamento europeo* sí es de aplicación a un supuesto en el que media un convenio arbitral entre en un concursado español con residencia habitual en España y un acreedor nacional de otro Estado miembro de la UE y residente en ese Estado.

¹⁵ BOE núm. 78, de 31.3.2009.

¹⁶ BOE núm. 266, de 4.11.2009.

¹⁷ DOUE L 160, de 30.6.2000; DOUE L 176, 5.7.2002; y, DOUE L 236, 23.9.2003.

Los argumentos a favor de esta interpretación son los siguientes: en primer lugar, y pese a la incomprensible aversión que en ciertos sectores suscita la inclusión del arbitraje en determinados reglamentos comunitarios (en concreto, en los que tienen su base jurídica en el hoy artículo 81 TFUE)¹⁸, resulta que excluir del ámbito de aplicación material del *Reglamento europeo de insolvencia* aquellos supuestos en los que medie un convenio arbitral entre el deudor concursal y el acreedor extranjero supondría tanto como dar al traste con la misma aplicación del mismo. En efecto, bastaría con que el deudor o acreedor exhibiera un convenio arbitral en fase concursal para evitar su misma aplicación¹⁹. Y en la medida en que el arbitraje es la forma habitual de resolver controversias comerciales en el tráfico internacional, la invocación del convenio arbitral en fase concursal sería –de hecho, es ya– el supuesto más normal.

En segundo lugar, desde una perspectiva de interpretación sistemática, el supuesto descrito cumple cumulativamente con dos requisitos de aplicación de las normas más importantes del Reglamento: “conexión comunitaria” y residencia habitual de un acreedor en otro Estado miembro de la UE.

Por lo que hace a la “conexión comunitaria”, baste con traer a colación lo que explica la doctrina de referencia en esta materia: “*El Reglamento sólo se aplica a los procedimientos de insolvencia que se abran en un Estado miembro sobre deudores comunitarios (i. e. deudores, cualquiera que sea su nacionalidad, cuyo centro de intereses principales esté en la Comunidad) y sólo regula los aspectos intracomunitarios de esos procedimientos (i. e. vis-a vis la ley de otros Estados miembros)*”²⁰.

Por otro lado, si bien es cierto que el Reglamento no contempla con alcance general un ámbito de aplicación personal, no lo es menos que determinadas disposiciones del texto sí exigen la residencia habitual del acreedor y deudor en distintos Estados miembros de la UE. Así, por ejemplo, el Capítulo IV del mismo contiene reglas relativas a la “Información a los acreedores y presentación de sus créditos”; reglas que son aplicables a supuestos en los que el acreedor tenga su residencia habitual, su domicilio o su sede en un Estado miembro distinto de aquél en el que se haya abierto el procedimiento. En concreto, el mismo artículo 39 del Reglamento (titulado *Derecho a presentar los créditos*) establece: “*Los acreedores 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 las autoridades fiscales y los organismos de la seguridad social de los Estados miembros, tendrán derecho a presentar sus créditos por escrito en el procedimiento de insolvencia*”.

Por fin, el criterio de aplicabilidad del *Reglamento europeo* a supuestos vinculados a un arbitraje internacional es ampliamente aceptado. Así lo contemplan tanto la jurisprudencia comparada²¹ como la doctrina de referencia: *El Reglamento no contiene normas expresas relativas a los efectos de la apertura del procedimiento de insolvencia sobre los procedimientos arbitrales pendientes en un Estado miembro. Los procedimientos arbitrales no quedan excluidos de los efectos generales que prevé la lex concursus (ex artículo 4) y el tenor del artículo 15 es lo suficientemente amplio como para incluirlos*²².

14. La única excepción a la aplicación del *Reglamento europeo* a estos supuestos –supuestos en los que media un convenio arbitral– se encuentra en aquellos casos en los que el concurso esté dentro del grupo de procedimientos de insolvencia excluidos del ámbito de aplicación material del mismo; esto es, *procedimientos de insolvencia relativos a las empresas de seguros y a las entidades de crédito; relativos a las empresas de inversión que presten servicios que impliquen la posesión de fondos o de valores negociables de terceros; y, relativos a los organismos de inversión colectiva* (art. 1.2).

¹⁸ Vid. el Informe sobre la aplicación y revisión del Reglamento (CE) núm. 44/2001 redactado por la *Comisión de Asuntos Jurídicos* del Parlamento Europeo. 29.6.2010. A7-0219/2010.

¹⁹ Circunstancia ésta que parece pasar desapercibida entre quienes proclaman una exclusión “total” del arbitraje del ámbito de aplicación material de cualquier reglamento comunitario.

²⁰ M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*, Madrid, Civitas, 2003, p. 29. También en este sentido, A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho concursal internacional*, Madrid, Colex, 2004, p. 97.

²¹ Sentencia *Syska v. Vivendi*, High Court of Justice (Queen’s Bench Division), 2.10.2008 (www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2008/2155.html).

²² M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario...*, cit., p. 141.

15. Siendo entonces de aplicación el *Reglamento europeo* a los supuestos de insolvencia *intracomunitarios* en los que medie un convenio arbitral entre deudor concursal y acreedor, procede describir muy brevemente la característica general y estructura de este instrumento.

2. Característica general del *Reglamento europeo de insolvencia*: “*No vis attractiva concursus*”

16. Por lo que ahora importa, la característica más importante del Reglamento comunitario se concreta en que parte de un modelo de *no vis attractiva*. Esta cuestión es pacíficamente aceptada²³; está expresamente recogida en el *Informe VIRGÓS / SCHMIT sobre el Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia* (numeral 77); y tiene una clarísima justificación.

17. En cuanto al *significado* del principio de *vis attractiva* o *no vis attractiva* en la relación arbitraje / concurso, cabe señalar lo siguiente: una regulación concursal que siga un modelo o principio de *vis attractiva* se caracteriza por otorgar al juez del concurso la competencia para conocer tanto de las cuestiones típicamente concursales (declaración de apertura, desarrollo y finalización del procedimiento concursal, desapoderamiento del deudor, designación del administrador, verificación y aceptación de la lista de acreedores, rango de los créditos...) como de las cuestiones que derivan de una relación entre el deudor concursal y sus acreedores o deudores “ajena” al mismo concurso (cuestiones 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...). Por el contrario, un modelo de *no vis attractiva* niega la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso para conocer de todas aquellas cuestiones que no sean estrictamente concursales.

En consecuencia, en perspectiva arbitral, un modelo de *no vis attractiva* supone tanto como que los supuestos que no sean estrictamente concursales pueden ser sometidos al juicio de árbitros (es decir, son arbitrables).

18. Por otro lado –y esto en cuanto a la *justificación* del modelo elegido–, el hecho de que el Reglamento comunitario haya adoptado un modelo de *no vis attractiva* no es casual. Responde a una minuciosa ponderación de los distintos intereses en juego. Como ha sido destacado, “*imponer la centralización de todas las controversias vinculadas de forma directa o indirecta al patrimonio del deudor concursal... en el ámbito internacional puede convertirse en absolutamente irrazonable*”²⁴. En efecto, no es lo mismo una mera modificación territorial de la competencia judicial en los supuestos internos, que una modificación integral de la competencia judicial *internacional*, pues esta última modificación supone tanto como un cambio radical de las expectativas procesales de las mismas partes.

19. En cualquier caso, a resultas de este modelo de *no vis attractiva*, únicamente quedan sometidas a la competencia del juez del concurso las siguientes cuestiones (art. 3 del Reglamento):

- (a) todas las cuestiones sobre la apertura, desarrollo y terminación del procedimiento de insolvencia, así como los litigios relativos al procedimiento mismo;
- (b) todas las demás acciones que se *deriven directamente del procedimiento de insolvencia y guarden inmediata relación con éste*; y,
- (c) las medidas cautelares que sirvan a dichas acciones.

20. Por fin, no debe olvidarse que del hecho de que el *Reglamento europeo de insolvencia* se base en un principio –o modelo– de “*no vis attractiva*” se derivan una serie de importantes consecuencias. Baste ahora con destacar la más importante: cualquier construcción doctrinal que vaya en contra de este principio debe descartarse²⁵.

²³ Entre otros, *vid.* M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario...*, *cit.*, p. 64; A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRAS-COSA GONZÁLEZ, *Derecho concursal...*, *cit.*, p. 97; I. HEREDIA CERVANTES, *Arbitraje...*, *cit.*, pp. 70-71; E. ZABALO ESCUDERO, “Artículo 11”, en: F. CORDÓN MORENO, *Comentarios a la Ley Concursal*, Aranzadi, 2004, pp. 168-171; E. TORRALBA MENDIOLA, “Artículo 11”, en: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 142-146.

²⁴ I. HEREDIA CERVANTES, *Arbitraje...*, *cit.*, p. 76.

²⁵ M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario...*, *cit.*, pp. 64-65.

IV. Regulación del supuesto *intracomunitario* en aplicación del *Reglamento europeo de insolvencia*

1. Planteamiento de la cuestión

21. Visto entonces que el *Reglamento europeo de insolvencia* es aplicable a un supuesto como el controvertido (efectos que despliega una declaración de concurso en un convenio arbitral *internacional* firmado entre el deudor concursal y un acreedor con residencia en otro país miembro de la UE) y visto también que el Reglamento parte de un principio de *no vis attractiva concursus*, corresponde ahora determinar la concreta norma del Reglamento que regula el tratamiento concursal que debe darse a los convenios arbitrales *internacionales*.

El problema en este punto radica, precisamente, en que el Reglamento –aun siendo la norma aplicable– no dedica una sola línea a regular esta cuestión²⁶. Ante esta situación, y en la medida en que el Reglamento es aplicable a estos supuestos (*supra* 13) la única opción posible pasa por deducir una solución del mismo texto a partir de una interpretación analógica, teleológica y/o sistemática de sus preceptos.

22. Para buscar en el Reglamento comunitario una solución a la cuestión planteada debe procederse, con carácter previo, a *calificar* el convenio arbitral: ¿es el convenio arbitral un contrato como cualquier otro? O por el contrario, ¿es el convenio arbitral un contrato procesal que como tal despliega efectos procesales?²⁷

La cuestión así planteada tiene su importancia, pues dependiendo de la respuesta que demos a esta cuestión –*rectius*, dependiendo de la calificación que hagamos del convenio arbitral– las normas aplicables del Reglamento serán unas u otras.

2. Calificación del convenio arbitral como un *mero contrato*

23. Asumir –sin más– la naturaleza contractual del convenio arbitral tiene una consecuencia clara: obliga a dispensar al convenio arbitral el mismo trato que el Reglamento dispensa al resto de contratos. Así, y salvo las excepciones previstas para los contratos relativos a bienes inmuebles y contratos de trabajo (arts. 8 y 10 del Reglamento, respectivamente), los *efectos* del concurso sobre los contratos en vigor en los que el deudor sea parte y que se hubieran celebrado con anterioridad a la declaración de apertura se registrarán –en principio, y sólo en principio– por la *lex fori concursus*. Así lo establece el artículo 4.2.e/ del Reglamento²⁸.

Es decir, en nuestro supuesto –y partiendo de la base de la correcta competencia judicial internacional del juez español para abrir el concurso (*ex art. 3 del Reglamento*)–, si calificamos el convenio arbitral como un *mero contrato*, para determinar los efectos que sobre éste produce la declaración de insolvencia habrá de estarse a lo que establezca la LC. Esto es, llegamos a la aplicación de la LC por remisión directa de una norma de conflicto del Reglamento.

24. Posteriormente desarrollaré las consecuencias que se derivarían de la aplicación de la LC al supuesto –supuesto *extracomunitario*– (*infra* Ep. V).

3. Calificación del convenio arbitral como un *contrato procesal*

25. Si por el contrario aceptamos –como es mayoritariamente aceptado²⁹– que el convenio arbitral es un contrato que despliega efectos eminentemente procesales, el razonamiento es otro.

La finalidad del convenio arbitral es la de concretar el cauce procesal que las partes libremente

²⁶ Como así lo advierte I. HEREDIA CERVANTES, *Arbitraje...*, *cit.*, p. 84.

²⁷ Parte ya de esta distinción, I. HEREDIA CERVANTES, *Arbitraje...*, *cit.*, p. 84.

²⁸ A cuyo tenor: *1. 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... 2... Dicha Ley determinará en particular: e) los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los contratos en vigor en los que el deudor sea parte.*

²⁹ M. A. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, “Artículo 11”, en J. GONZÁLEZ SORIA, *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Aranzadi, 2004, p. 116; D. ARIAS LOZANO, “Artículo 11”, en D. ARIAS LOZANO, *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Aranzadi, 2005, p. 102; M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje internacional...*, *cit.*, p. 82; I. HEREDIA CERVANTES, *Arbitraje...*, *cit.*, pp. 86-88; M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, *cit.*, pp. 311-312.

deciden otorgarse. Para que esto sea efectivamente así, el convenio arbitral despliega unos efectos muy definidos. Esos efectos son, por un lado, el *efecto derogatorio* –o *negativo*–, consistente en excluir la competencia de los jueces estatales; y, por otro, el efecto *prorrogatorio* –o *positivo*–, consistente en atribuir competencia exclusiva a los árbitros para conocer de la controversia³⁰.

Que el convenio arbitral es un contrato que por esos efectos procesales que produce requiere un tratamiento distinto al que reciben los demás contratos, es fácilmente entendible. De entrada, porque los efectos del convenio arbitral no son los mismos que se pretenden en el marco obligacional general: el convenio arbitral define un concreto marco procesal para las partes; un marco que, a mayor abundamiento, ellas mismas se han otorgado. Esta particularísima dimensión procesal del convenio arbitral está implícitamente contemplada en el artículo 22.1 de la LA³¹. De otro modo, el principio de *competencia-competencia* que este precepto consagra no se entendería³².

Explicación: En virtud del principio *competencia-competencia* serán los propios árbitros los primeros en entrar a decidir sobre la validez del convenio arbitral cuando ésta se ponga en duda. En la medida en que los árbitros tienen potestad para conocer de la validez del convenio arbitral, tienen, también, potestad para conocer de su propia competencia: el convenio arbitral es, en definitiva, la cláusula que otorga competencia a los árbitros. Además, para que esto pueda ser así, el artículo 22.1 LA proclama la “separabilidad” o autonomía del convenio arbitral respecto del contrato principal. Lo que quiere decir, a su vez, que la competencia del árbitro no depende del hecho de que únicamente se haya impugnado la validez del mismo convenio arbitral o del hecho de que se haya impugnado el contrato en su totalidad. En ambos supuestos, el árbitro decide sobre la validez del convenio arbitral.

De hecho, el respeto de esta vertiente procesal del convenio arbitral es una nota común en el Derecho comparado y se traduce en la inclusión de una norma *ad hoc* para regular su particular eficacia en el marco concursal: en nuestra LC, el artículo 52.

26. Pues bien, en la medida en que el *Reglamento europeo de insolvencia* respeta la realidad *extraconcursal* –esto es, en la medida en que sólo contempla la *competencia judicial internacional* del juez del concurso para conocer de aquellas acciones que guarden una inmediata relación con el mismo–, parece evidente que en su *ratio* está el respetar la vertiente procesal del *convenio arbitral internacional*.

Extrapolar este razonamiento a los supuestos en los que medie un convenio arbitral entre el deudor concursal y el acreedor supone tanto como aceptar que el juez del concurso está *obligado* a respetar la vigencia del convenio arbitral *internacional*. En efecto, no aceptar esta conclusión (esto es, no aceptar la vigencia del convenio arbitral) supondría tanto como favorecer la *vis attractiva concursus*. Y como ya destacamos anteriormente (*supra* 20), cualquier construcción que vaya contra el principio “no *vis attractiva concursus*” debe descartarse.

27. En conclusión: El *Reglamento europeo de insolvencia* mantiene la validez del convenio arbitral para supuestos extraconcursoales (no inmediatamente vinculados al concurso). Siendo esto así, el juez del concurso está obligado a respetar la vigencia del convenio arbitral. Y ello: (i) aun cuando considere que el arbitraje *no* estaba tramitado en el momento en el que se declaró el concurso³³; y, (ii) aunque la misma *lex fori concursus* establezca lo contrario.

28. A la misma conclusión llegamos aun cuando el juez del concurso como la sede del arbitraje se localicen en un mismo Estado. De entrada, porque el supuesto sigue siendo un supuesto *internacional* (residencia habitual de deudor y acreedor en distintos Estados) y, en consecuencia, no procede la equi-

³⁰ Sobre esta cuestión, con todo detalle, M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje internacional...*, cit., pp. 103-108.

³¹ A cuyo tenor: *1. 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. A este efecto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral.*

³² Ya en este sentido, I. HEREDIA CERVANTES, *Arbitraje...*, cit., p. 88.

³³ La relevancia de la cuestión relativa a “la tramitación” del arbitraje queda pues reducida a los supuestos internos. Sobre este particular, *vid. supra* Ep. II.3.

paración entre la vía arbitral y la competencia judicial meramente *territorial*. Pero además, aceptar otra interpretación supondría tanto como una modificación radical e injustificada del cauce elegido por las partes para solventar sus controversias.

V. Concreción de la norma aplicable a los supuestos *extracomunitarios*: el artículo 52 LC a la luz del artículo 11 LC

29. Si las características del supuesto impidieran la aplicación del *Reglamento europeo* –*ad. ex.* por no darse la conexión intracomunitaria necesaria–, la solución a la cuestión relativa a los efectos que una declaración de concurso tiene sobre la vigencia de un convenio arbitral firmado entre el deudor concursal y un acreedor con residencia habitual en el *extranjero* habría de buscarse en la Ley Concursal.

30. En este contexto, una primera incursión en la Ley Concursal podría llevar a la errónea conclusión de que el convenio arbitral –al contrario de lo que ocurriría en aplicación del Reglamento– perdería su vigencia. Y es que, en la medida en que la LC española parte de un principio contrario al del Reglamento comunitario (parte de un principio de *vis attractiva concursus*) podría pensarse que la solución al supuesto controvertido pasaría por aplicar el artículo 52 LC con todas sus consecuencias: como ya vimos (*supra* 9), la vigencia del convenio arbitral dependería de que el arbitraje estuviera o no tramitado.

Sin embargo –y este dato es ahora fundamental–, no puede obviarse que la misma LC se esfuerza en destacar que ese principio (*vis attractiva concursus*) sólo informa a los supuestos estrictamente *internos*. Para los supuestos *internacionales* –en armonía con el Reglamento europeo– rige el principio contrario: rige el principio de *no vis attractiva concursus*. Así lo establece con particular nitidez el artículo 11 LC, a cuyo tenor: “*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.*”

31. En consecuencia, ante un supuesto *internacional* –a los efectos del artículo 11 LC, que no del artículo 3 LA³⁴– que *no* guarde una relación inmediata con el concurso (supuesto *extraconcursal*), el principio *vis attractiva* que informa a la LC para los supuestos internos, se torna en un principio de *no vis attractiva*. O dicho de otro modo, el artículo 52 LC debe interpretarse en el sentido de que se respetará la sumisión a arbitraje que establece el convenio arbitral incluso cuando éste se inicie con *posterioridad* a la declaración del concurso.

VI. Extrapelación de la solución internacional a los supuestos internos: el *Anteproyecto de Ley de Arbitraje*.

32. La interpretación defendida de forma unánime por la doctrina *internacional privatista* ha encontrado eco en el legislador. Así, el *Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado* (en adelante, *Anteproyecto LA*)³⁵ se caracteriza, por lo que ahora importa, por asumir íntegramente las demandas doctrinales sobre este particular. Hasta tal punto que la solución aquí defendida para los supuestos internacionales es explícitamente aceptada por el legislador. En concreto, el Apartado III de la Exposición de Motivos del *Anteproyecto LA* señala:

Por otro lado, ligada a la reforma de la Ley de Arbitraje se encuentra la reforma del artículo 52.1 de la Ley Concursal. La nueva redacción se adapta a las soluciones comunitarias en la materia y elimina la incoherencia existente hasta la fecha entre los dos apartados del artículo

³⁴ El artículo 11 LC no concreta cuándo una relación jurídica debe considerarse *internacional*. Sin embargo, lo que sí parece claro es que –a diferencia de la LA– en su *ratio* no está asumir la *tesis del efecto internacional* (*supra* 6). Habrá que considerar *internacional*, por tanto, todo supuesto que presente un “elemento extranjero” (*tesis del elemento extranjero*). Sobre esta cuestión, *vid.* A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, *cit.*, pp. 18-23.

³⁵ El *Anteproyecto LA* puede consultarse en la pág. web del Ministerio de Justicia: www.mjjusticia.es

52. Se pretende con ella mantener la vigencia del convenio arbitral siempre que se proyecte sobre meras acciones civiles que, pese a que pudieran llegar a tener trascendencia patrimonial sobre el deudor concursal, podrían haberse planteado con independencia de la declaración del concurso. Es el caso, entre otras, de las acciones relativas a la existencia, validez o cuantía de un crédito, las destinadas al cobro de deudas a favor del deudor; las acciones reivindicatorias de propiedad sobre bienes de un tercero posesión del deudor concursal, los litigios relativos a planes de reorganización concluidos entre el deudor y sus acreedores antes de la declaración de apertura.

Así las cosas, el Apartado Dos de la *Disposición final quinta* (titulada, *Modificación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*) dispone:

Dos. El apartado 1 del artículo 52 pasa a tener la siguiente redacción:

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

33. En consecuencia, de mantenerse en el trámite parlamentario la propuesta del legislador, tras la entrada en vigor del hoy *Anteproyecto LA*, toda la polémica anteriormente descrita quedará vacía de contenido: en cualquier caso –ya sea un supuesto interno, ya sea un supuesto internacional– la eficacia del convenio arbitral no se verá afectada por una declaración de concurso.

VII. Conclusiones

34. 1ª) La cuestión relativa a los efectos de una declaración de concurso sobre un convenio *arbitral internacional* es una cuestión de *índole concursal* y no de *índole arbitral*. Para determinar la internacionalidad del supuesto y el alcance de los efectos de esa declaración sobre la vigencia del convenio arbitral deberá estarse a la regulación concursal y no a la regulación arbitral. De hecho, no hay ninguna norma ni en el Derecho arbitral convencional (Convenio de Nueva York de 1958 y Convenio de Ginebra de 1961) ni el Derecho arbitral de fuente interna (LA) que regule esta cuestión.

2ª) En los supuestos *intracomunitarios* es de aplicación el *Reglamento europeo de insolvencia*. Este Reglamento se rige por el principio de “*no vis attractiva concursus*”. En su virtud, escapan a la competencia del juez del concurso las cuestiones *extranconcursoales*. Su competencia queda limitada, por tanto, a las cuestiones directa e inmediatamente afectadas a la realidad concursal.

3ª) El *Reglamento europeo de insolvencia* no regula expresamente la cuestión relativa a la eficacia de un convenio arbitral ante una declaración de concurso. Sin embargo, partiendo de la base de que el convenio arbitral es un contrato procesal –como así se deduce del principio de *competencia-competencia* que informa a la ley arbitral– y en la medida en que el *Reglamento* respeta la realidad *extraconcursal* –esto es, en la medida en que sólo contempla la *competencia judicial internacional* del juez del concurso para conocer de aquellas acciones que guarden una inmediata relación con el mismo–, es obvio que en su *ratio* está el respetar la vertiente procesal del *convenio arbitral internacional*. Máxime cuando la sumisión a arbitraje está prevista para un supuesto que ni deriva directamente, ni tiene relación inmediata con el procedimiento de insolvencia.

Siendo esto así, el juez del concurso está obligado a respetar la vigencia del convenio arbitral. Y ello: (i) aun cuando considere que el arbitraje no estaba tramitado en el momento en el que se declaró el concurso; y, (ii) aunque la misma *lex fori concursus* establezca lo contrario.

4ª) A la misma conclusión llegamos en aplicación de la Ley Concursal. En efecto, en la medida en que estemos ante un supuesto *internacional* a los efectos del artículo 11 LC, el principio *vis attractiva* que informa a la LC para los supuestos internos, se torna en un principio de *no vis attractiva*. En consecuencia, el convenio arbitral preservará su eficacia aun mediando una declaración de concurso.

5ª) Por fin, no está de menos destacar que la interpretación aquí realizada es la que el legislador pretende para los supuestos internos. De tal forma que, tras la entrada en vigor del hoy *Anteproyecto LA*, el convenio arbitral seguirá manteniendo su vigencia incluso después de la declaración de concurso. Así, el principio de *vis attractiva* que informa la LC tendrá dos clarísimas excepciones: los supuestos internacionales (art. 11 LC) y los supuestos en los que medie un convenio arbitral (art. 52 LC).