

El efecto del concurso de acreedores en el convenio arbitral inerte

Natalia Font Gorgorió

Profesora Titular de Derecho Procesal. Abogada

Actualidad Civil, Nº 6, Sección Persona y derechos, Junio 2020, Wolters Kluwer

LA LEY 8753/2020

Resumen

Este artículo trata sobre la interpretación que debe darse al artículo 52 de la Ley Concursal con motivo de la sentencia núm. 266/2019 dictada por el Juzgado Mercantil núm. 1 de Santander, tras su reforma por la Ley 11/2022. Se analiza si cabe suspender los efectos de un convenio arbitral internacional que aún no ha sido activado en el marco de un concurso de acreedores alegando que el perjuicio para la tramitación del concurso no es de índole procesal sino económica por suponer un coste excesivo el desplazamiento y árbitros que pudieran designarse en el Reino Unido. Se analiza si acordar la suspensión en estas circunstancias es compatible con la finalidad del precepto concursal consistente en preservar la validez y eficacia de los convenios arbitrales de acuerdo con la autonomía de la voluntad contractual de las partes.

Palabras clave

Concurso de acreedores, convenio arbitral, eficacia del convenio, arbitraje internacional, perjuicio en la tramitación del concurso.

Abstract

This paper deals with the interpretation that should be given to Article 52 of the Insolvency Law, on the occasion of Judgment No. 266/2019 issued by Santander Commercial Court No. 1, following its reform by Law 11/2022. It is analysed whether it is possible to suspend the effects of an international arbitration agreement that has not yet been activated in the framework of an insolvency proceeding, arguing that the «damage to the processing» of the insolvency proceeding is not based on procedural reasons but on economic ones, because of the excessive cost of travelling and appointing arbitrators in United Kingdom. Therefore, it is analysed whether agreeing to the suspension in these circumstances complies with the purpose of the insolvency law, which is to preserve the validity and effectiveness of the arbitration agreements in accordance with the contractual autonomy of the parties.

Keywords

Insolvency proceedings, arbitration agreement, effectiveness of the agreement, international arbitration, damage to the processing of the insolvency proceeding.

I. Introducción

La eficacia del convenio arbitral concluido por el deudor en el concurso de acreedores cuando el arbitraje aún no se ha iniciado, es una cuestión sumamente controvertida, especialmente porque el artículo 52 de la Ley Concursal («LC») —que en el Texto Refundido de la Ley Concursal («TRLR») pasa a regularse en el artículo 140—, a pesar de haber sufrido modificaciones a lo largo de estos años, no ha arrojado claridad suficiente. Ni siquiera el reciente TRLR que entrará en vigor en septiembre de este año, a pesar de haber introducido en otros ámbitos alguna modificación más allá de su cometido de regularizar, aclarar y armonizar (1), ha aprovechado la ocasión para disipar la incertidumbre jurídica sobre esta problemática que sigue siendo de gran actualidad, tal como se desprende de la sentencia de 30 de septiembre de 2019 (2) dictada por el Juzgado Mercantil núm. 1 de Santander por la que se acuerda la suspensión de los efectos de una cláusula arbitral que

constaba en un contrato por el que el conocido artista David Guetta se obligaba a realizar una serie de conciertos que habían sido contratados por la mercantil Del Fuego Booking S.L.

II. Acerca del litigio que resuelve la sentencia de 30 de septiembre de 2019 dictada por el Juzgado Mercantil núm. 1 de Santander

La controversia que resuelve el Juzgado Mercantil núm. 1 de Santander en la sentencia núm. 266/2019 de 30 de septiembre de 2019 trae causa de la demanda incidental que interpone la sociedad española, Del Fuego Booking S.L., como concursada para solicitar la suspensión de los efectos del convenio arbitral que consta en el contrato por el que el artista David Guetta debía realizar una actuación en España. La cláusula arbitral regulaba que cualquier controversia derivada del contrato debía someterse a arbitraje a favor de un tribunal arbitral con sede en Londres y aplicándose ley inglesa.

La razón por la que la concursada pretende dejar sin efecto dicha cláusula estriba en que el artista David Guetta no se presentó el día en el que había de tener lugar su actuación y, aparentemente, sólo devolvió una parte de su caché, lo que motivó —según alega la concursada— la insolvencia de la mercantil y, por ende, la solicitud de concurso de acreedores, por lo que, a efectos de poder reclamarle al artista la responsabilidad pertinente por su cancelación, se presume necesario facilitar dicha reclamación —evitando mayores perjuicios económicos— y tratar de demandarlo en España.

Con este objetivo, la mercantil española invoca en su demanda incidental el artículo 52.1 LC, que acuerda que la declaración de concurso no afecta a los convenios arbitrales (ni a los pactos de sometimiento a mediación) concluidos por el deudor concursal, a menos que ello pueda suponer «*un perjuicio para la tramitación del concurso*», en cuyo caso, se faculta al juez del concurso para «*suspender sus efectos*». En efecto, el referido artículo de la LC, que será sustituido por el artículo 140 TRLC, establece como regla general que la declaración concursal no afecta a la eficacia del pacto arbitral suscrito por la concursada. Si bien, se establece una excepción por la que los efectos del convenio pueden ser suspendidos si con ello se evita un perjuicio para la tramitación del concurso.

La concursada argumenta en la sentencia que un eventual procedimiento arbitral supondría un grave perjuicio para el concurso por dos motivos: la falta de concreción de la cláusula arbitral que, al no indicar árbitro ni normas rectoras del procedimiento, retrasaría la iniciación del arbitraje y, por otra parte, los gastos inasumibles para la concursada relativos al desplazamiento a Londres y a los honorarios de árbitros y abogados.

La sentencia da la razón a la concursada y acuerda finalmente la suspensión del convenio arbitral con base en la excepción del perjuicio para la tramitación del concurso que fundamenta en el análisis económico alegado por Del Fuego Booking S.L.

III. La norma reguladora de la eficacia del convenio arbitral internacional una vez declarado el concurso de acreedores y no habiéndose iniciado el arbitraje

1. Aplicación del Reglamento Europeo 2015/848, sobre procedimientos de insolvencia como norma de conflicto y de la Ley Concursal para determinar los efectos de la cláusula de arbitraje

Con motivo de este pronunciamiento judicial analizamos la convivencia entre el convenio arbitral y el concurso de acreedores cuando este último ya ha sido declarado y el arbitraje no ha sido iniciado, sin entrar a valorar en este artículo los efectos del concurso sobre los procedimientos arbitrales iniciados antes de la declaración de concurso.

Lo primero que se analiza en la sentencia es si nos encontramos ante una cláusula de arbitraje internacional y si resulta de aplicación la Ley Concursal española para determinar los efectos que,

sobre dicha cláusula arbitral, tiene la declaración del concurso de acreedores. La Ley 60/2003 de Arbitraje en el artículo 3.1. establece que el arbitraje tendrá carácter internacional, entre otros motivos, si en el momento de celebración del convenio arbitral las partes tienen su domicilio en Estados diferentes, o si el lugar del arbitraje, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia o el lugar con el que ésta tiene una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios. El domicilio del artista se halla fuera de España y las partes han escogido la ciudad de Londres como sede arbitral por lo que el arbitraje puede calificarse como internacional.

En segundo lugar, y dado que nos encontramos ante un arbitraje internacional cabe analizar, la norma que debe regular los efectos que la insolvencia de una de las partes tiene sobre dicho convenio arbitral. La sentencia del Juzgado Mercantil núm. 1 de Santander se plantea si el tratamiento concursal del convenio arbitral que no ha dado origen aún al procedimiento arbitral debe determinarse al amparo de los textos que regulan la eficacia de dicho convenio, esto es, a tenor de lo dispuesto en el Convenio de NY de 10 de junio de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (CNY) y el Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 (CG) (3) . En ese caso, el convenio arbitral quedaría sometido a la ley del Estado al que las partes hubieran sometido el convenio y, a falta de dicha previsión, a la sede del arbitraje por lo que se aplicaría la ley inglesa. Sin embargo, dichos textos normativos no contemplan los efectos que la declaración de un concurso en España puede tener sobre un convenio arbitral internacional en el que la concursada es parte.

Lo relevante en este supuesto no es la validez o eficacia del convenio arbitral sino las consecuencias que sobre el mismo presenta el hecho de que una de las partes contratantes se haya declarado en concurso de acreedores.

La sentencia concluye que el carácter internacional de la cláusula arbitral obliga a aplicar el Reglamento Europeo 2015/848, sobre procedimientos de insolvencia, que resulta de aplicación a los procedimientos de insolvencia que se abren en un Estado miembro, como norma de conflicto. Así lo entienden también algunos autores (4) , que consideran que el referido Reglamento Europeo de Insolvencia es aplicable, y que, como ley reguladora de los efectos de la insolvencia sobre el convenio arbitral, debe atenderse a lo dispuesto en la ley del Estado miembro en cuyo territorio se haya abierto el procedimiento de insolvencia (*lex concursus*) que, en este caso, sería la ley concursal española (5) .

El Considerando 66 del Reglamento establece que, excepto que el Reglamento disponga otra cosa, es aplicable la ley del Estado miembro en que se haya abierto el procedimiento concursal (*lex concursus*) ya que esta ley es la que determina todos los efectos del procedimiento de insolvencia, tanto procesales como materiales, sobre las personas y las relaciones jurídicas implicadas. También el artículo 7 de dicha norma (6) establece, de forma concreta, que la *lex concursus* determinará los efectos de la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre las ejecuciones individuales. Ante esa previsión algunos autores (7) consideran que debe hacerse una interpretación extensiva y que la aplicación de la *lex concursus* se prevé para todos los procedimientos —no solo los ejecutivos (8) — con excepción de los procesos ya en curso. En conclusión, la norma comunitaria indica que la ley del lugar donde se inicia el procedimiento concursal será la que determinará los efectos del propio concurso sobre los procedimientos arbitrales que no se hayan iniciado todavía (9) .

La sentencia argumenta, además que el artículo 52 LC se encuentra ubicado en la sección 2ª, «De los efectos sobre las acciones individuales», en el capítulo II, «De los efectos sobre los acreedores», lo que le lleva a concluir que la cláusula arbitral que no ha sido ejercitada debe ubicarse en el artículo 7.2.f) (desde la perspectiva procesal) del Reglamento, en lugar del artículo 7.2. e) que circunscribiría el convenio arbitral al plano meramente contractual. Por cualquiera de las dos vías se termina por concluir que la norma aplicable es la ley del Estado de apertura, es decir, la LC. Cuestión distinta

sería que el arbitraje ya se hubiese iniciado, en cuyo caso habría que acudir al artículo 18 del Reglamento, por lo que se aplicaría la ley de la sede del arbitraje, es decir, la inglesa. Sin embargo en el caso descrito, puesto que, la declaración del concurso se produce en España, será la Ley Concursal la que deba determinar los efectos de dicho procedimiento sobre el convenio arbitral suscrito por las partes.

2. El concepto de arbitraje no iniciado: convenio arbitral inerte

Tal como se ha expuesto, el hecho de que el arbitraje se haya iniciado o no, comporta consecuencias muy distintas sobre la ley aplicable ya que, en un caso sus efectos pasan a regirse por la ley española mientras que, en el otro caso, pasarían a regirse por la ley inglesa. Por otra parte, el propio artículo 52 LC hace distinción en el tratamiento que debe dispensarse a los arbitrajes no iniciados — que pueden suspenderse— y a los que se encuentran en tramitación que deben mantenerse en todo caso. Por tanto, tal como expone la sentencia, la normativa nacional que regula los efectos del concurso (LC) como la norma de conflicto (en este caso el Reglamento 2015/848) diferencian la situación de convenio arbitral inerte y de arbitraje en tramitación.

La sentencia analizada, con base en el artículo 27 de la Ley de Arbitraje y en lo dispuesto por la doctrina (10) , concluye que el convenio arbitral no se ha iniciado ya que el demandado no ha recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje y es en ese momento cuando debe entenderse iniciado y, por tanto, «en tramitación» a los efectos de lo dispuesto en el artículo 52 LC. Recordemos que el artículo 52.2 LC establece que los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración de concurso continúan hasta la firmeza del laudo por lo que se evidencia que el legislador ha pretendido no entorpecer aquellos arbitrajes ya iniciados.

El hecho de que se considere que la tramitación del procedimiento arbitral queda supeditada al criterio establecido en el artículo 27 de la Ley de Arbitraje ha sido criticado por parte de algún autor (11) ya que supone condicionar el inicio del arbitraje a la voluntad de una de las partes, lo que permite decidir a las partes los efectos del concurso sobre el convenio arbitral, hecho que puede derivar en corruptelas procesales. De hecho, en la sentencia analizada la mercantil española presenta el concurso de acreedores previamente a solicitar el arbitraje en virtud del que pretende reclamar daños y perjuicios derivados de la cancelación del concierto del artista David Guetta. Esta decisión es precisamente la que permite suspender la eficacia del convenio arbitral y la que determina que los efectos del concurso en el convenio arbitral deban regularse por la ley concursal española.

IV. Antecedentes del artículo 52 LC (art. 140 TRLC)

Según se ha expuesto, la norma que en el Estado de apertura del concurso regula los efectos del procedimiento concursal sobre un procedimiento de arbitraje es el artículo 52 LC que, en su apartado primero, establece:

«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.»

Para poder entender la finalidad de dicho artículo, debemos partir de su anterior redacción. El apartado primero del artículo 51 LC (12) —que fue modificado por la Ley 11/2011 de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado— establecía lo siguiente: *«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»* (13) .

De la literalidad del precepto se desprendía que todo convenio arbitral suscrito por un deudor, que se encontrase en situación de concurso de acreedores, quedaba automáticamente privado de su eficacia

mientras se tramitase el procedimiento concursal. En aplicación de esta norma, el árbitro tenía la obligación de abstenerse de dirimir cualquier controversia que se iniciara una vez declarado el concurso de acreedores, por lo que cualquier laudo dictado contraviniendo lo anterior era susceptible de anularse en virtud de lo dispuesto en los artículos 41.1.a) y 41.1.f) de la Ley de Arbitraje.

Curiosamente la redacción del artículo 52.1 LC establecía una clara diferencia entre el tratamiento que había que darle al convenio arbitral respecto de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, a pesar de que el convenio arbitral es una figura que puede calificarse de naturaleza mixta (14) , (por su configuración contractual y procesal). Sin embargo, se prescindía de su ámbito contractual alejándolo de los efectos que, por mor del artículo 61.2 LC, se producen en los contratos con obligaciones recíprocas ya que estos últimos se mantienen inmunes a la declaración del concurso.

Dicha discriminación fue muy criticada por la doctrina (15) ya que suponía ampliar excesivamente la *vis atractiva* del juez del concurso impidiendo los efectos y ventajas de una cláusula arbitral que —no olvidemos— había sido pactada por voluntad de las partes. La suspensión automática de los efectos del convenio arbitral no solo era contraria a las previsiones del artículo 61 LC sino que infringía lo dispuesto en el artículo 1091 CC («*los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes (...)* »).

Tal como se manifiesta en su preámbulo (16) , 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, modificó el apartado primero del artículo 52 LC, para equiparar el tratamiento de los convenios arbitrales al que recibían el resto de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, eliminando también la incoherencia entre los apartados primero y segundo del propio artículo 52 LC (17) . A partir de aquel momento la regla general cambió y pasó de ser la suspensión automática de los efectos del convenio arbitral a su mantenimiento, salvo que, de forma excepcional y con motivo de un perjuicio para la tramitación del concurso, el juez del concurso considerase necesaria la suspensión de sus efectos.

La nueva redacción del 52.1 LC supuso un cambio radical respecto de su redacción original, pero dejó un amplio margen al juez del concurso para acordar la suspensión de la eficacia del convenio arbitral, ya que no reguló de forma expresa los elementos o requisitos que deben tenerse en cuenta para proceder a tal suspensión. La falta de regulación sobre este aspecto, o el amplio margen concedido al juez —que se mantiene hoy en día— puede dar lugar a confusiones en la aplicación de este artículo y, precisamente por eso, merece una especial atención la interpretación que debe hacerse de dicho artículo para no hacer un uso abusivo del mismo en contra del motivo por el que precisamente fue modificado, esto es, preservar la eficacia de los convenios arbitrales frente al concurso.

Esta modificación se ha mantenido en el TRLC tal como se desprende del artículo 140 en el que se regulan los «*pactos de mediación, convenios y procedimientos arbitrales,*» estableciéndose en el apartado primero que la declaración de concurso no afectará a la vigencia de los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el deudor, y en el apartado tercero que el juez del concurso podrá acordar, antes de que comience el procedimiento de mediación o arbitral, la suspensión de los efectos de esos pactos o de esos convenios, si entendiera que pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso, quedando a salvo lo establecido en los tratados internacionales.

En el apartado segundo se mantiene también que aquellos procedimientos arbitrales que se encuentren en tramitación a la fecha de iniciación del concurso continuarán hasta la firmeza del laudo, tal como prevé el apartado segundo del artículo 52 LC.

En conclusión, el Texto Refundido también parte de la regla general de mantener la eficacia de los convenios arbitrales salvo que, existiendo un perjuicio para la tramitación del concurso, el juez

acuerde la suspensión de su eficacia. Sin embargo, de la misma forma que sucede con la LC no aclara o concreta qué debe entenderse por «*perjuicio para la tramitación del concurso*», siendo este elemento clave para aplicar la excepción a la regla general del mantenimiento de la eficacia del convenio arbitral.

V. El carácter restrictivo de la suspensión de la eficacia del convenio arbitral de conformidad con el artículo 52.1 LC

La facultad que tiene el juez del concurso para suspender los efectos de un convenio arbitral implica modificar los términos contractuales pactados por las partes en el ejercicio de su autonomía privada (artículo 1.255 Código Civil). Ante la injerencia en la voluntad de las partes que supone esta previsión, la suspensión debe interpretarse siempre de forma restrictiva, lo que obliga, necesariamente, a analizar las circunstancias de cada caso concreto antes de acordarla.

Tanto el Reglamento Europeo de Insolvencia como la LC tienen carácter restrictivo respecto de la suspensión de la eficacia del convenio arbitral. En este sentido, el Reglamento Europeo —y así lo recoge en su Considerando 35 (18) —, de forma expresa deja constancia de la necesidad de respetar la competencia de otros órganos jurisdiccionales —en los que debe entenderse incluidas instituciones arbitrales o árbitros— para aquellas cuestiones que no guardan estrecha vinculación con el procedimiento de insolvencia (materias extra-concursales), como por ejemplo las acciones destinadas al cumplimiento de las obligaciones contraídas mediante contratos celebrados por el deudor con anterioridad a la apertura del procedimiento concursal.

Por otra parte, la LC sigue ese mismo criterio cuando se trata de materias extra-concursales (19) , por lo que debe mantenerse la vigencia de los convenios arbitrales en esos casos, acordando únicamente la suspensión de sus efectos en supuestos excepcionales (20) , siempre y cuando se trate de materias concursales, y concurren los requisitos exigidos legalmente.

La eficacia de los convenios arbitrales debe mantenerse siempre y cuando se trate de acciones civiles que, aunque puedan tener trascendencia patrimonial sobre el patrimonio del concursado, podrían haberse planteado con independencia de la declaración de concurso, tal como expone el preámbulo IV de la Ley 11/2011. También la jurisprudencia (21) se inclina hacia esta interpretación al afirmar que la ineficacia de las cláusulas arbitrales debe limitarse a los litigios cuya competencia objetiva viene atribuida con exclusividad a los jueces de lo mercantil y, por tanto, de conformidad con el artículo 8 de la Ley Concursal a «*las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del deudor*». Por tanto, y así lo comparten algunos autores (22) , para poder suspender la eficacia de los convenios arbitrales éstos deben haberse acordado para la interposición de acciones civiles que deban dirigirse contra la concursada, que tengan su fundamento en la legislación concursal, y que guarden conexión con el concurso, como así se desprende también de lo establecido por el Reglamento Europeo sobre procedimientos de insolvencia (23) .

Por tanto, además del supuesto «*perjuicio para la tramitación del concurso*», que exige el tenor literal del artículo 52 LC, se desprende de la normativa comunitaria y nacional que no podemos obviar que para poder suspender los efectos del convenio arbitral debemos encontrarnos ante un caso en el que la acción civil que se quiera ejercitar vía arbitraje deba interponerse contra la concursada (parte demandada), que tenga carácter patrimonial y que tenga conexión y fundamento en la LC.

La justificación de haber pasado de una «*vis attractiva concursus*», tradicionalmente instalada en nuestro ordenamiento jurídico a un modelo de «*no vis attractiva*» —como así se desprende del Reglamento Europeo sobre procedimientos de insolvencia y del artículo 52 de la Ley Concursal—, responde a una ponderación de los distintos derechos e intereses existentes, ya que, en el ámbito internacional especialmente, puede resultar poco operativo el hecho de imponer la centralización de todas las controversias en el juez del concurso: no es lo mismo una simple modificación territorial de

la competencia judicial en los supuestos internos que una modificación integral de la competencia judicial internacional..

La regulación concursal española evidencia que la suspensión de los efectos del convenio arbitral debe ser excepcional, y así se desprende si se pone en relación el apartado primero del artículo 52 LC con lo dispuesto en el apartado segundo, previsto para aquellos casos en los que el procedimiento arbitral se ha iniciado con carácter previo al concurso. En este último caso, el artículo es claro al establecer la inmunidad del procedimiento arbitral en tramitación frente al concursal. Por otra parte, a pesar de que la literalidad del precepto no precisa que para poder suspender la eficacia del convenio las acciones sometidas a arbitraje deben ser de carácter concursal y deben estar comprendidas dentro de las materias atribuidas de forma exclusiva y excluyente al juez del concurso conforme el artículo 8 de la Ley Concursal, lo cierto es que la ubicación del precepto y la finalidad del mismo sustentan tal interpretación. Y ello por cuanto, el artículo 52.1 de la Ley Concursal se sitúa en el Capítulo II (*De los efectos sobre los acreedores*), Sección 2.^a (*De los efectos sobre las acciones individuales*) del Título III (*De los efectos de la declaración de concurso*). Su ubicación indica que, cuando se refiere a convenios y procesos arbitrales, está pensando en la concursada y en sus acreedores como partes contratantes.

Por tanto, el juez del concurso puede suspender la eficacia de los convenios arbitrales, siempre y cuando se trate de acciones concursales que vaya a instar un acreedor frente a la concursada y que deban entenderse subsumidas dentro de la competencia del juez del concurso de conformidad con el artículo 8 de la Ley Concursal. El sentido de la norma es preservar la *par conditio creditorum* y no perjudicar la tramitación del concurso.

Tal como se desprende de un análisis de la sentencia dictada por el Juzgado mercantil núm. 1 de Santander, estas consideraciones no son tenidas en cuenta al haber considerado éste que debía descartarse una interpretación que constriñera las posibilidades de apreciar el perjuicio a aquellas situaciones en las que el convenio arbitral afectase a acciones competencia del juez del concurso (Fundamento Quinto de la sentencia).

Sorprendentemente, a pesar de reconocerse en la sentencia —porque así parece anunciarlo también la concursada en su demanda incidental— que la acción de reclamación de daños y perjuicios que pretende ejercitar la concursada frente al reconocido artista no es competencia del juez del concurso —por tratarse precisamente de una acción de reclamación de daños y perjuicios contra un tercero—, ello no le impide considerarse competente para analizar la suspensión de la eficacia de dicho convenio arbitral.

VI. Requisitos para suspender la eficacia del convenio arbitral

1. Acción concursal: acción patrimonial interpuesta frente a la concursada y de competencia exclusiva del juez del concurso

El artículo 11 LC es claro al establecer que «*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.*» La literalidad del artículo permite al juez del concurso —con motivo de la vis atractiva concursus— conocer de acciones patrimoniales siempre y cuando estén estrechamente ligadas al concurso. A sensu contrario, debe entenderse que no se permite al juez del concurso conocer de aquellas materias que no se fundamentan en la legislación concursal y que, por tanto, no forman parte de la jurisdicción del juez del concurso, sino de un tercero (24) . El motivo de hacer esa distinción entre acciones patrimoniales que tienen fundamento en el concurso de acreedores es tratar de preservar en todo momento el principio de *par conditio creditorum* y evitar que se produzca cualquier infracción que pueda perjudicar a los acreedores. Siendo ese el propósito, resulta lógico que todos los procedimientos

arbitrales que versen sobre materias (25) que no sean competencia del juez del concurso y no sean, por tanto, susceptibles de infringir tal principio, deban mantener su eficacia. Ello permite que, en esos casos, pueda demandarse al deudor concursado ante el árbitro designado (26) en consonancia con lo dispuesto en el convenio arbitral

Por otra parte, teniendo en cuenta el propósito del artículo 52.1 LC en conjunción con los restantes artículos que conforman ese texto legal y, especialmente atendiendo a lo dispuesto en el artículo 8 LC, la suspensión de los efectos del convenio arbitral debería limitarse a aquellas acciones cuya competencia objetiva venga atribuida con exclusividad a los Jueces de lo Mercantil, y en concreto, al juez del concurso. Basta una lectura del artículo 8 LC (27) para advertir que la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso hace referencia, en todo caso, a acciones patrimoniales dirigidas contra (28) —y no por— el concursado, por lo que se excluye del ámbito de competencia exclusiva de los jueces concursales aquellas acciones entabladas por la concursada frente a terceros, tal como sucede en la sentencia analizada en la que se pone de manifiesto que la acción que se pretende ejercitar es una reclamación de daños y perjuicios por parte de la concursada contra el artista David Guetta. Parte de la doctrina (29) , no obstante, considera que el artículo 52. 1 LC debe aplicarse tanto en los casos en que el concursado sea demandado como en los casos en que sea demandante bajo el convenio arbitral.

Sin embargo, la jurisprudencia avala la postura al haber declarado la falta de competencia objetiva del juez del concurso en reclamaciones de concursadas contra terceros. Al respecto véase la sentencia núm. 647/2018 (30) , de 20 de noviembre de 2018, dictada por el Tribunal Supremo al establecer que *«La competencia objetiva del juez del concurso viene definida por el art. 8 LC, en cuyo elenco no tiene cabida la pretensión ejercitada en la demanda, que no es una acción de contenido patrimonial ejercitada contra el concursado, sino una acción ejercitada por éste frente a un tercero (art. 54 LC).»* En el mismo sentido, la sentencia núm. 238/2017 (31) , de 12 de mayo de 2017 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid manifiesta que *«la pretensión de cumplimiento de contrato interpuesta por la Administración Concursal contra un tercero, no es ubicable dentro de las acciones contra el concursado.»*

Por tanto, solo cabría suspender los efectos de aquellos convenios que pretenden ser ejercitados por la parte contratante que no ostenta la posición de concursada y a efectos de instar acciones que quedan al margen de las recogidas en el artículo 8 LC.

Así parece entenderlo también la jurisprudencia, entre la que se destaca la sentencia núm. 2/2011 (32) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Granada, de fecha 25 de noviembre de 2011, que de forma expresa establece que *« Si la razón de ser de la ineficacia sobrevenida de los convenios arbitrales no puede ser otra que la de preservar la competencia exclusiva y excluyente de los Juzgados de lo Mercantil en los asuntos atribuidos por la ley a los mismos, es evidente que tal ineficacia queda sin justificación en los casos en que el concursado (o la administración concursal) sí podrían interponer una demanda ante un Juzgado de Primera Instancia, por cuanto en estos casos el conflicto no se suscita entre el juez ordinario civil y el Juez de lo Mercantil, sino entre la jurisdicción y el arbitraje, en cuyo caso el convenio arbitral debe desplegar toda su eficacia. Como en el presente caso se trata de una acción que pretende ejercitar el concursado, y no de una acción dirigida contra el patrimonio del deudor concursado, la Sala entiende que no resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 52.1 LC.»*

Esta interpretación contrarrestaría la posible corruptela procesal que se exponía anteriormente y que puede producirse por el hecho de que, a los efectos del artículo 52 LC el arbitraje deba entenderse iniciado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley de Arbitraje. Si se prohíbe suspender la eficacia de convenios arbitrales cuando es la concursada quien va a ocupar la posición de parte actora en el eventual procedimiento arbitral, no quedará en manos de ésta la decisión de tal suspensión. En caso contrario, la parte contratante puede además optar por la presentación del

concurso de acreedores previamente a ejercitar cualquier otra acción para así poder solicitar la suspensión de la eficacia de la cláusula arbitral. Ningún sentido tiene que el juez del concurso pueda suspender la eficacia de una cláusula arbitral cuando no va a ser ni siquiera el juez competente para conocer del eventual procedimiento (33) y, por tanto, difícilmente va a poder apreciar la existencia de un perjuicio (34) para la tramitación del concurso, tal como exige el artículo 52.1 LC.

En contra de lo expuesto, el Juzgado Mercantil núm. 1 de Santander suspende la eficacia del convenio arbitral, exponiendo en su Fundamento de Derecho Quinto que el hecho de que se trate de una acción a favor de la masa no excluye la oportunidad de valorar la suspensión del convenio arbitral y que tampoco se lo impide el hecho de que el propio juez mercantil no sea el órgano competente para conocer de la acción que pretende ejercitar la concursada, pues ya apunta que la concursada interpondrá la eventual demanda mediante el correspondiente procedimiento ordinario ante los Juzgados de Primera Instancia. Esta conclusión contradice el espíritu y finalidad del artículo 11 LC y de la propia Ley Concursal. Por lo anterior, podría interpretarse que el Juzgado se excede en sus competencias al valorar la suspensión de la eficacia de un convenio arbitral a sabiendas de que la acción que se pretende ejercitar, eludiendo dicho convenio, no tiene fundamento en la Ley Concursal y es por tanto, una de las acciones extra-concursales que deberían quedar al margen de la suspensión que regula el artículo 52 LC.

2. El concepto de «perjuicio para la tramitación del concurso» referido en el artículo 52.1 LC

El requisito fundamental que exige el artículo 52.1 LC para poder suspender los efectos del convenio arbitral es que se aprecie un perjuicio para la «*tramitación del procedimiento*». El precepto es claro al circunscribir el perjuicio a la tramitación del procedimiento, es decir, a la existencia de un obstáculo procesal y no a la existencia de un perjuicio de carácter económico.

La sentencia se aleja del criterio procesal y entiende que el perjuicio al que se refiere el artículo 52.1 LC hace referencia a cualquier obstáculo para el interés de la masa y de sus acreedores (35) .

Y ello a pesar de que gran parte de la doctrina (36) aboga por una interpretación distinta a la propuesta sobre el perjuicio económico y considera que lo que tiene que verse comprometido es la tramitación del expediente concursal, y no el interés de los acreedores o el de la mayor conveniencia o interés económico de la tramitación de la causa. Por tanto, el hecho de que la eventual reclamación por medio del arbitraje resulte más o menos costosa, o presente mayores o menores ventajas patrimoniales, no debe determinar la procedencia de dejar sin eficacia el convenio arbitral.

La jurisprudencia también avala esta postura siendo ejemplo de ello el Auto del Juzgado Mercantil núm. 1 de Madrid de 21 de noviembre de 2016 (37) , el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 19 de abril de 2016 (38) , así como el Auto del Juzgado Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca, de 2 de septiembre de 2013 (39) que expresamente estableció que lo que debe verse comprometido es la tramitación del expediente concursal, en el sentido de producirse algún tipo de alteración o paralización del concurso. Se rechazó la argumentación de la administración concursal que basaba la suspensión en el elevado coste que suponía el arbitraje.

A pesar de lo expuesto, la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 1 de Santander considera que el perjuicio consiste en el elevado coste que supondría un arbitraje en Londres, la dilación temporal que conllevaría y el hecho de que la única posibilidad de que los acreedores recuperen sus créditos depende del éxito de la eventual reclamación de la concursada frente al artista. En este sentido identifica el «perjuicio para la tramitación del concurso» con el supuesto efecto negativo que comportaría el arbitraje para el «*interés del concurso*», consistente en el interés colectivo de todos los acreedores que concurren en el procedimiento. Ello podría ser criticable en la medida en que se aleja no solo de la literalidad del apartado primero del artículo 52 LC, sino de la finalidad de dicha norma, y de la interpretación que la jurisprudencia hace del mismo.

VII. Conclusión

Tras la reforma de la Ley Concursal perpetrada por la Ley 11/2011 respecto del artículo 52 LC y que se ha mantenido en el artículo 140 TRLC, el legislador ha querido equiparar el tratamiento que debe concederse al convenio arbitral que no ha sido aplicado todavía respecto al tratamiento que se le da al procedimiento arbitral en tramitación una vez declarado el concurso de acreedores.

La única excepción que prevé la norma es la posible suspensión temporal de los efectos del convenio arbitral cuando en caso de instarse el arbitraje se produciría un perjuicio para la tramitación del concurso.

La interpretación de si el perjuicio debe entenderse —de conformidad con la literalidad del precepto— circunscrito al ámbito procesal o, por el contrario, abarca cuestiones de índole económica no está exenta de controversia. Sin embargo, la jurisprudencia aboga por interpretar tal perjuicio en términos procesales y teniendo en cuenta además que la suspensión no puede caber cuando la acción a ejercitar mediante el arbitraje es extra-concursal y se interpone por la concursada.

En la sentencia analizada, la acción objeto del procedimiento arbitral (la reclamación de daños y perjuicios por la cancelación del concierto) quedaría excluida de la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso ex artículo 8 de la Ley Concursal, y tampoco encontraría su fundamento en la legislación concursal ex artículo 11 de la Ley Concursal.

Sorprende que, no concurriendo los requisitos exigidos tanto por la literalidad como por la finalidad de la norma concursal, la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 1 de Santander acuerde la suspensión del convenio. Máxime teniendo en cuenta que dicha decisión ni siquiera pretende preservar la competencia del juez mercantil —ante el que se ventila el concurso de acreedores—, ya reconoce abiertamente su falta de competencia respecto de la acción de reclamación de daños y perjuicios contra el conocido artista.

Cabe preguntarse, en este caso, si no cumpliendo los requisitos expuestos, está justificada la injerencia en la autonomía de la voluntad de las partes cuando la eficacia del convenio arbitral ha quedado suspendida por haber propiciado una de las partes contratantes —con la interposición previo del concurso— dicha situación.

Cabe esperar que pronunciamientos judiciales futuros esclarezcan cuestiones, como ésta, ya que el Texto Refundido de la Ley Concursal no ha aclarado de forma positiva en qué casos y qué elementos deben tenerse en cuenta para que el juez mercantil pueda suspender los efectos de un pacto de sumisión a arbitraje suscrito por las partes, especialmente respecto a la interpretación procesal o material del supuesto «*perjuicio para la tramitación del concurso*».

- (1) Nótese, por ejemplo, que en contra de la jurisprudencia del TS de julio de 2019 y de las recomendaciones de la propia Directiva 2019/1023 se establece que el crédito público no es susceptible de exoneración.
- (2) Sentencia núm. 266/2019 dictada por el Juzgado Mercantil núm. 1 de Santander, de fecha 30 de septiembre de 2019, ECLI: ES:JMS:2019:1003. Nótese que en dicha sentencia se hace constar que el demandado fue declarado en rebeldía, cuestión ésta que no se valora en este artículo por no ser objeto del mismo.
- (3) Acerca de estos textos, GOMEZ JENE, M. en «*El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral*», Madrid, Colex, 2000, pág. 34 y ss.
- (4) GOMEZ JENE, M. «*Concurso y arbitraje internacional*» en Cuadernos de Derecho Transnacional, Octubre 2010, pág. 97 y GARCÍA BARTOLOMÉ, D. en «*Los efectos del concurso sobre el arbitraje tras la Ley 11/2011*», Diario La Ley, 2012; CORDÓN MORENO, F. en «*Concurso y convenios arbitrales (a propósito de la pretendida reforma del art. 52.1 LC)*», en Anuario de Derecho Concursal ADco, núm. 23, año 2011, págs. 163 y ss.

- (5) HEREDIA CERVANTES, I. considera que *«las consecuencias que para un convenio arbitral válido supone la apertura de un procedimiento de ejecución colectiva frente a un de sus celebrantes, corresponde en exclusiva a la legislación de la insolvencia»* (*«Arbitraje, concurso internacional y... David Guetta»*. Blog jurídico Almacén de derecho, 21 de noviembre de 2019.)
- (6) Véase artículo 7.2 del Reglamento Europeo sobre procedimientos de insolvencia que establece que *«La ley del Estado de apertura del procedimiento determinará las condiciones de apertura, desarrollo y conclusión del procedimiento de insolvencia. Dicha ley determinará en particular: (...) e) los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los contratos vigentes 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;(...)*»
- (7) Al respecto se pronuncia ÁLVAREZ DIEZ, M. en *«Concurso de acreedores y arbitraje»*, Diario La Ley, Nº 9306, Sección Tribuna, 26 de Noviembre de 2018, Editorial Wolters Kluwer.
- (8) Sobre esta interpretación amplia de la norma puede invocarse, en jurisprudencia comparada, el asunto SYSKA & ELEKTRIM SA v. Vivendi Universal SA [2009] EWCA CIV 677 que afirma que *«To understand this provision and its exception (Article 15 IR), a distinction must be made between individual enforcement actions and lawsuits. Examples of the former are measures such as the realization of an asset or the foreclosure of a security right. Examples of the latter are actions which seek to determine the existence, validity, content or amount of a claim. Accordingly: (i) The effects on individual enforcement actions, both pending and future, are always determined by the lex fori concursus, including preservation measures. A stay on the normal methods of enforcement against the debtor and his assets is common to all Member States. (ii) The effects of the continuation of lawsuits pending at the moment of the opening of the insolvency proceedings, are, by way of exception, determined by the law of the State where the lawsuit is pending (Article 15). (iii) The effects on the commencement, after the opening of insolvency proceedings, of new lawsuits are governed by the lex fori concursus»*.
- (9) HEREDIA CERVANTES, I. considera que tanto si se sostiene que se trata de un problema conflictual —debiendo alcanzarse la solución a través del artículo 7.2 e) o 7.1 del Reglamento Europeo de Insolvencia— como si se trata de un problema competencial, la solución conduce al mantenimiento de la eficacia del convenio arbitral. (*«Arbitraje, concurso internacional y... David Guetta»*. Blog jurídico Almacén de derecho, 21 de noviembre de 2019.)
- (10) PENADÉS FONTS, M. *«Insolvencia transfronteriza y arbitraje comercial internacional»*, Valencia: Universidad de Valencia, 2015, pág. 131.
- (11) GÓMEZ JENE, M. *«International Commercial Arbitration in Spain, Chapter 10: Arbitration Procedure, Kluwer Law International»*, 2009, pág. 29.
- (12) El apartado segundo del artículo 52 de la Ley Concursal —que no es objeto de análisis aquí— regula la eficacia de los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración de concurso, estableciendo que deben continuarse hasta la firmeza del laudo.
- (13) Respecto a la redacción in fine del artículo 52.1 LC *«sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales»* la doctrina considera que se trata de una remisión vacía de contenido, ya que en materia de arbitraje no se contempla ninguna excepción a lo previsto en dicho artículo. En este sentido, BARTOLOMÉ GARCÍA, D. considera que *«Es cierto que el último inciso del art. 52.1 de la Ley Concursal es algo incompleto, ya que el legislador, simplemente hace una remisión a lo dispuesto en los tratados internacionales suscritos por España, sin mayores concreciones. Por lo tanto, dicho inciso ha quedado al albur de la interpretación de los comentaristas. Lo que sí parece claro es que, en los tratados internacionales sobre la materia de arbitraje, no se hace mención alguna sobre la excepción contenida en el art. 52.1 in fine de la Ley Concursal. Por todo ello, cabía sostener que al no pronunciarse los tratados internacionales sobre dicha cuestión, la ineficacia también se predicaba de los convenios arbitrales que tengan inserta cláusula de arbitraje internacional.»* (*«Los efectos del concurso sobre el arbitraje tras la Ley 11/2011, La Ley»*, 681/2012, Diario La Ley, 2012).
- (14) Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje la doctrina se divide entre los partidarios de la teoría contractualista y los

jurisdiccionalistas. El primer sector considera el convenio arbitral como iniciador del contrato y el laudo como manifestación final de la relación contractual. Véase al respecto a MALUQUER DE MOTES I BERNET, C.J. «Comentarios al artículo 1» en Comentarios Prácticos a la Ley de Arbitraje, GUTIÉRREZ GUILARTE V. (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 47 y ss. El segundo sector reconoce el convenio arbitral como iniciador del arbitraje pero identifican como elemento trascendente la actividad jurisdiccional que en él se desarrolla y los efectos del laudo. Véase a MONTERO AROCA, J. en «Art. 2», en Comentario breve a la Ley de Arbitraje, por MONTERO AROCA, J. (Dir.), Madrid: Civitas, 1990, pág. 29 y ss. Sin embargo, en la actualidad la mayoría de la doctrina se decanta por la postura ecléctica o mixta que por la que se entiende que el convenio arbitral es un acuerdo voluntario de las partes pero el objeto es procesal ya que lo que se pretende es excluir la competencia de los tribunales judiciales. Al respecto, VIRGÓS SORIANO M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ F.J. «Derecho Procesal Civil Internacional: Litigación Internacional», Pamplona, 2007, pág. 311.

- (15)** Véase a CREMADES, B. M.^a: «Del convenio arbitral y sus efectos», en DE MARTÍN MUÑOZ/HIERRO ANIBARRO (Coords.), Comentarios a la Ley Arbitraje, Madrid, 2006, pág. 309; LLOPIS-LLOMBART, M.: «Consideraciones sobre la reforma de la Ley de Arbitraje», Revista Actualidad Jurídica del Despacho Uría&Menéndez, <http://www.uria.com/actualidadjuridica/>, pág. 20, entre otros.
- (16)** La Exposición de Motivos de la Ley 11/2011 en el Preámbulo IV establece que *«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 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.»*
- (17)** Nótese que el artículo 52.2 LC prevé que los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración de concurso continúen hasta la firmeza del laudo.
- (18)** Véase el Considerando 35 del Reglamento que expresamente establece que *«Los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se haya abierto un procedimiento de insolvencia también deben ser competentes para conocer de las acciones que se deriven directamente de dicho procedimiento y que guarden una estrecha vinculación con este. (...) En cambio, las acciones destinadas al cumplimiento de las obligaciones contraídas mediante contratos celebrados por el deudor con anterioridad a la apertura de los procedimientos no derivan directamente de estos últimos.»*
- (19)** Véase el contenido del artículo 8 y 9 LC en el que se enumeran las materias en las que es competente de forma exclusiva y excluyente el juez del concurso.
- (20)** Expone GOMEZ JENE, M. en «Concurso y Arbitraje internacional». Cuadernos de Derecho Transnacional, Octubre 2010, Vol. Nº2 que *«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 el 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, cualquier construcción que vaya contra el principio "no vis attractiva concursus" debe descartarse. 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 concurso; y (ii) aunque la misma lex fori concursus establezca lo contrario.»*
- (21)** Véase Sentencia núm. 2/2011 de 25 de noviembre de 2011 del TSJ de Andalucía de Granada, ECLI: ES: TSJAND: 2011:13405.
- (22)** Entre los que destaca HEREDIA CERVANTES, I. al manifestar que *«aunque el precepto no lo reconozca de forma expresa, la redacción actual del art. 52.1 implica la suspensión de cualquier convenio arbitral celebrado por el deudor concursal siempre que verse sobre alguna de las materias comprendidas dentro del art. 8 LC, por lo que quedan dentro de su ámbito de aplicación tres grupos de cuestiones de muy diferente naturaleza. El primero es el conformado por aquellas cuestiones que*

obligan a las autoridades que han de resolverlas a actuar, no como Jueces que dirimen una disputa, sino como simples agentes al servicio de la realización de los intereses colectivos de los acreedores (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, convalidación de un convenio, reparto del patrimonio del deudor, etc.). El segundo grupo de cuestiones sobre las que se proyecta el art. 52.1 es el integrado por aquellos aspectos que se derivan de una simple «patología» de las relaciones entre el deudor concursal y sus acreedores, es decir, las acciones civiles que puedan tener alguna trascendencia sobre el patrimonio del deudor pero que perfectamente podrían haberse suscitado con independencia de que se hubiera abierto el procedimiento concursal. Finalmente, quedan también sometidas al art. 52.1 un tercer grupo de cuestiones que, pese a plantear una verdadera controversia, se encuentran estrechamente vinculadas tanto con el procedimiento concursal como con las decisiones de política legislativa que inspiran las reglas concursales y que, consecuentemente con ello, solo pueden suscitarse en el marco del concurso.» («Tratamiento concursal del convenio arbitral: la modificación del artículo 52.1 de la Ley Concursal,» Diario La Ley núm. 7576, Sección Doctrina, 24 de Febrero de 2011, Editorial La Ley). En el mismo sentido se pronuncia GARCÍA BARTOLOMÉ, D., al manifestar que «según el tenor literal del nuevo precepto, la ineficacia del convenio arbitral, o suspensión de la misma a través del juez del concurso, quedará supeditada a que las demandas arbitrales que se dirijan contra el concursado (...)» («Los efectos del concurso sobre el arbitraje tras la Ley 11/2011», La Ley, 681/2012). También GÓMEZ JENE M. en «El nuevo artículo 52.1 de la Ley Concursal», Diario La Ley, núm. 7711, Sección Tribuna, 7 de Octubre de 2011, Editorial LA LEY, manifiesta que «la función del juez del concurso en este punto pasa, en definitiva, por calificar el conflicto, de tal forma que sólo si la controversia que pretende someterse a arbitraje tiene su fundamento jurídico en la legislación concursal y guarda una relación inmediata con el concurso, debe declarar la suspensión de los efectos del convenio arbitral.»

(23) Considerando 35.

(24) Así lo recogen, entre otros, PERALES VISCASILLAS P. al manifestar que «los convenios de arbitraje que son declarados sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso han de ser necesariamente aquellos que tienen trascendencia sobre el patrimonio del deudor, y que entran en el ámbito de competencia del Juez del concurso. Por lo que si el convenio de arbitraje se refiere a cuestiones que afectasen al deudor en aspectos diferentes a los patrimoniales y/o estuviesen sustraídos de la competencia del juez del concurso, dichos convenios continuarían siendo eficaces» («Los efectos del concurso sobre los convenios arbitrales en la Ley Concursal 22/2003», Diario La Ley, núm. 6035, 8 de Junio de 2004, Editorial LA LEY). También véase al respecto, aunque no se trate propiamente de procedimientos arbitrales, lo dispuesto por DE MIGUEL ASENSIO. P.A. al manifestar que «un procedimiento concursal no menoscaba la competencia judicial internacional en virtud de las disposiciones del Reglamento Bruselas I bis para que los tribunales de otros Estado miembro puedan conocer, por ejemplo, de un litigio relativo al incumplimiento de un contrato por el concursado o a su eventual responsabilidad extrancontractual cuando no se ejerciten frente a él acciones basadas en la legislación concursal así como cuando esos litigios sean el resultado de acciones ejercitadas por el concursado» («Los efectos de los procedimientos de insolvencia sobre la tramitación de litigios en el extranjero», La Ley Unión Europea núm. 61, julio 2018, pág. 6)

En contra de esta opinión, se pronuncian MONTES SARALEGUI, L. y VELASCO PAPINESCHI, C. en «Convenio arbitral y concurso de acreedores. Reflexiones sobre el artículo 52.1 de la Ley Concursal a la luz de su próxima modificación», Spain Arbitration Review. Revista del Club Español del Arbitraje, núm. 7, Sección CEA-40, Primer cuatrimestre de 2010, Editorial LA LEY.

(25) Sobre esta cuestión ya hemos visto que se pronuncia el propio Reglamento Europeo sobre procedimiento de insolvencia en su Considerando 35. También véase a VERDERA Y TUELLS, E. «Reflexiones Preliminares sobre el arbitraje en la Ley Concursal», en Estudios sobre la Ley Concursal, libro homenaje a Manuel Olivencia, Vol. 3, 2005, pág. 3319, al manifestar sobre la cuestión que «una interpretación finalista, atendiendo al propósito perseguido por la declaración de concurso —que no es otro que regular "la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común" (Exposición de Motivos II)— y la orientación de la reciente LA 2003, que se propone la difusión de las técnicas arbitrales de solución de conflictos, nos lleva a estimar que están contemplados en el artículo 52 LC solamente los convenios arbitrales que puedan afectar al patrimonio del concursado (...)».

(26) Así lo manifiesta GARCÍA BARTOLOMÉ, D. en «Los efectos del concurso sobre el arbitraje tras la Ley 11/2011», Diario La Ley, 2012.

(27) «Son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias: 1. Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil»

- (28)** Sostiene esta postura CORDÓN MORENO, F. en «Las relaciones entre el concurso y el arbitraje», Anuario de Derecho Concursal núm. 15/2008, Editorial Civitas, 2008. También DIAZ MARTINEZ, M. en «El proceso concursal: adaptado a las reformas introducidas por la Ley 14/2013, el Real Decreto-ley 111/2014 y la Ley 17/2014», Editorial Universitaria Ramón Areces. En contra de la opinión respecto de que la concursada debe ocupar la posición pasiva en la eventual reclamación arbitral para que quepa la suspensión de la eficacia del convenio arbitral véase MONTES SARALEGUI, L. y VELASCO PAPINESCHI, C. («Convenio arbitral y concurso de acreedores. Reflexiones sobre el artículo 52.1 de la Ley Concursal a la luz de su próxima modificación», Spain Arbitration Review. Revista del Club Español del Arbitraje., núm. 7, Sección CEA-40, 2010, Editorial LA LEY) y también HEREDIA CERVANTES, I. «Tratamiento concursal del convenio arbitral: la modificación del artículo 52.1 de la Ley Concursal», Diario La Ley núm. 7576, Sección Doctrina, 24 de Febrero de 2011, Editorial La Ley.
- (29)** PULGAR EZQUERRA, J.; GUTIÉRREZ GILSANZ, A.; MEGÍAS LÓPEZ, J.; ARIAS VARONA, J. en «Comentario a la Ley Concursal», Las Rozas (Madrid), La Ley, 2016, pág. 702.
- (30)** Sentencia núm. 647/2018 dictada por el Tribunal Supremo, Sala Primera, de 20 de noviembre de 2018, ECLI: ES:TS:2018:3953 (Ponente: Vela Torres, P.J.).
- (31)** Sentencia núm. 238/2017 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, de 12 de mayo de 2017, ECLI: ES:APM:2017:9055, (Ponente: Villena Cortés, F.B).
- (32)** ECLI: ES:TSJAND:2011:13405, Ponente: Pasquau Liaño, M.
- (33)** Sobre la falta de competencia del juez del concurso véase la sentencia núm. 2/2011 de 25 de noviembre de 2011 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía [JUR\2012\49380] que estableció (teniendo en cuenta la anterior redacción del artículo 52LC) que solo procedía suspender la cláusula arbitral cuando el juez del concurso fuera competente para conocer de la acción que motivaba el arbitraje. Por tanto, el convenio arbitral debía seguir surtiendo efectos cuando la concursada fuera la potencial demandante en el arbitraje.
- (34)** Nótese que la apreciación del perjuicio en la tramitación del concurso es el requisito esencial para poder suspender la eficacia del convenio arbitral.
- (35)** Así lo constata también MARTÍNEZ ÁLVAREZ, A.L. en «Comentario a la sentencia del Juzgado de lo mercantil núm. 1 de Santander núm. 266/2019 de 30 de septiembre de 2019 (caso David Guetta)», Revista del Club Español del Arbitraje 37/2020, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A. (Dir.) pág. 143 y ss.
- (36)** Sobre el carácter procesal de este perjuicio véase a MARTIN MORAL, M^ªF, «La relación entre el concurso de acreedores y la mediación», Diario La Ley, núm. 8195, Sección Doctrina, 20 de Noviembre de 2013, Editorial LA LEY y a FRANCO PUJOL, O. y JIMENEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, G. en «Concurso de acreedores y arbitraje», Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 25, Sección Cuestiones prácticas, Segundo semestre de 2016, Editorial LA LEY.
- (37)** Auto del Juzgado Mercantil núm. 1 de Madrid de 21 de noviembre de 2016, de 21 de noviembre de 2016 [JUR\2017\17802].
- (38)** Véase el Auto núm. 69/2016, de 19 de abril de 2016, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Rec 761/2015 (Ponente: Ribelles, Arellano, J.M) que pone de manifiesto que la decisión del juez del concurso de suspender los efectos del convenio arbitral no es discrecional, sino que debe fundamentarse en la existencia de «perjuicios para la tramitación del concurso» (Fundamento Sexto). Asimismo, el núm. 86/2009, de 29 de abril de 2009 (ECLI: ES:APB:2009:6789 Ponente: Garrido Espá, L.) establece que la insuficiencia de medios económicos para afrontar el coste del arbitraje no es una razón jurídica válida para establecer la ineficacia del convenio.
- (39)** Auto del Juzgado Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca, de 2 de septiembre de 2013 [JUR\2014\113971].