

# CAPÍTULO 11

## Arbitraje y concurso de acreedores

4000

SUMARIO		
A.	Aspectos generales	4010
B.	Convenio arbitral	4020
C.	Procedimientos arbitrales en tramitación	4030
D.	Medidas cautelares	4060

### A. Aspectos generales

4010

Nada dice la Ley de Arbitraje sobre procedimiento arbitral y el proceso concursal. Por L 11/2011, de 21 de mayo (que modificó la Ley de Arbitraje de 2003), se modificó la L 22/2003, de 9 de julio, Concursal (L 11/2011 disp.final 3ª) («LCon»). Dicha modificación, que afectó de manera relevante el régimen existente del arbitraje en el contexto de una sociedad concursada, se concretó en cambios en el art.8.4º LCon (relativo a medidas cautelares), y el art.52 LCon (relativo al régimen general del procedimiento arbitral en el seno de un concurso).

### B. Convenio arbitral (LCon art.52.1)

4020

La Ley Concursal establece como principio general que la **declaración de concurso**, por si sola, no afecta a los convenios arbitrales suscritos por el concursado. Por tanto, dichos convenios continuarán válidos y susceptibles de ser invocados a los efectos de inicio de un arbitraje.

#### Observaciones

El art.52.1 LCon se refiere a convenios arbitrales existentes con anterioridad a la declaración de concurso. Los convenios arbitrales suscritos con **posterioridad** a dicha **declaración de concurso** también son válidos en la medida en que hayan sido acordados en conformidad con el régimen de administración de la concursada dentro del concurso específico.

4021

Ello no obstante, cuando el órgano jurisdiccional entienda que dichos convenios pueden suponer un **perjuicio para la tramitación del concurso**, puede acordar la suspensión de sus efectos, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales.

La **suspensión** afecta al concursado, y por tanto no impide que otras partes del convenio arbitral desarrollen procedimientos arbitrales entre si, sin involucrar al concursado.

#### Observaciones

Es pacífico que la suspensión del convenio no implica su invalidez o inexistencia, sino una suspensión de su eficacia. Ello sin perjuicio de que en el seno del concurso, se **comunique el crédito** a la **administración concursal** y ésta los reconozca en su informe sin necesidad de una previa reclamación judicial. Si comunicado el crédito, la administración concursal no reconociera el crédito en todo o en parte, entonces procedería la impugnación de la lista de acreedores ante el juez del concurso en la forma prevenida en la LCon art.96, exista o no convenio arbitral y esté éste suspendido o no.

### C. Procedimientos arbitrales en tramitación

4030

Los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración de concurso **continúan** hasta la firmeza del laudo, con sujeción a lo dispuesto en la LCon art.51.2 y 3 (que tratan de cuestiones de representación y capacidad para actuar en juicio) (LCon art.52.2).

#### Observaciones

Nótese que la redacción del art.52.2 LCon utiliza el término de **firmeza del laudo**. Si bien la doctrina generalizada considera que debe entenderse que la firmeza se produce con la emisión del laudo, la cuestión no es tan clara en la jurisprudencia (ver nº 2830). De la AP Madrid 6-7-12, EDJ 168735 ócomentada en el nº 40466, se deduce que el tribunal no considera firme el laudo desde su emisión, sino que ello constituye un estadio procesal distinto (coherentemente con el texto de la LCon art.53.1 y 86.2, donde se hace referencia clara a laudos firmes y no firmes). En todo caso, se debe entender que la continuidad del procedimiento arbitral mandado en la LCon art.52.2 alcanza la interposición de una acción de nulidad (en su caso).

### Suspensión de facultades del concursado (LCon art.51.2)

## 4035

En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado, la **administración concursal sustituye** a éste en el procedimiento arbitral. Personada en el arbitraje, tiene derecho a que se le conceda un plazo de cinco días (que son procesales óLCon disp.final 5ªó) para que instruya en las actuaciones.

La administración concursal precisa la autorización del juez para **desistir, allanarse** total o parcialmente o para **transigir**. Las costas impuestas por el allanamiento o desistimiento autorizados tienen la consideración de crédito concursal, y en caso de transacción, se está a lo pactado en materia de costas.

**Precisiones** Ello no impide que el **concurado** mantenga su **representación y defensa** separada por medio de su propio procurador y abogado, siempre que ello no implique un coste contra la masa del concurso. En todo caso, no puede desistir, allanarse total o parcialmente o para transigir, facultades que corresponden a la administración concursal con autorización judicial (LCon art.52.2).

### **Intervención de facultades del concursado (LCon art.51.3)**

## 4040

Si sólo se hubiese decretado el concurso con intervención, el concursado conserva la capacidad para actuar en juicio, pero necesita la **autorización** de la **administración concursal** para desistir, allanarse o transigir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio. Las costas se rigen por el principio establecido en el párrafo anterior.

### **Laudos firmes (LCon art.53)**

## 4045

Los laudos firmes dictados antes o después de la declaración de concurso vinculan al juez del concurso, que dará a dichos laudos el tratamiento procesal que corresponda, sin perjuicio de la acción de impugnación en caso de fraude.

## 4046

**Precisiones** Se incluirán necesariamente en la lista de acreedores aquellos **créditos** que hayan sido **reconocidos por laudo**, aunque no fueran firmes, sin perjuicio de la facultad de la administración concursal para impugnar en juicio ordinario y dentro del plazo para emitir su informe los convenios o procedimientos arbitrales en caso de fraude (LCon art.86.2).

### **Jurisprudencia**

#### **Jurisprudencia**

La AP de Madrid, considerando la **inclusión en la lista de acreedores** de una concursada de **crédito arbitral**, señala: «Que el artículo 53 de la LC señale que el juez del concurso no deba desentenderse de los laudos que sean firmes, pues le vinculan y ha de darles el tratamiento concursal correspondiente, no significa que no haya de tomar en cuenta el contenido de un laudo hasta que no alcance ese estadio procesal. La peculiaridad de los laudos arbitrales radica, precisamente, en que se trata de títulos a los que la ley atribuye fuerza ejecutiva, aunque fuesen objeto de impugnación. Así se deriva de las previsiones de los artículos 45 de la Ley de Arbitraje y 517.2 de la LEC. No está condicionada, por lo tanto, la eficacia de las resoluciones arbitrales al que haya de acreditarse su firmeza, aunque esta sea un dato que resulte relevante para zanjar eventuales situaciones de contingencia» (AP Madrid 6-7-12, EDJ 168735).

### **D. Medidas cautelares (LCon art.8.4º; LArb art.23)**

## 4060

La jurisdicción del **juez del concurso** es exclusiva y excluyente, entre otras materias, sobre toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado, excepto las que se adopten en procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores referidos en el título I del libro IV LEC y las adoptadas por los árbitros en las actuaciones arbitrales.

De lo anterior se deriva que los **árbitros** continúan (sujeto a lo que se señala en el párrafo siguiente) facultados para adoptar medidas cautelares en el seno de un procedimiento arbitral durante la tramitación de un proceso concursal. También se deriva que el juez de lo mercantil tiene competencia para dictar medidas cautelares contra el concursado (ello porque tiene jurisdicción exclusiva y excluyente para dictar medidas que afecten al patrimonio del concursado óLEC art.8.4º y LOPJ art.86 ter.1.4ºó y porque el convenio arbitral no impide a las partes solicitar la adopción de medidas cautelares de un tribunal (LArb art.11.3).

## 4061

Sin perjuicio de la competencia de los árbitros para adoptar las medidas cautelares correspondientes sobre el patrimonio del concursado al amparo de la LArb art.23, el juez de lo mercantil tiene competencia para acordar la **suspensión** de las mismas, o solicitar su **levantamiento**, cuando considere que puedan suponer un perjuicio para la tramitación del concurso (LCon art.8.4º in fine).

En todo caso el juez del concurso tiene competencia exclusiva para **ejecutar las medidas cautelares** ordenadas por los árbitros si fuese necesario. Ello se deriva claramente de la LOPJ art.86 ter 1.4º (jurisdicción exclusiva y excluyente de los juzgados de lo mercantil para toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado sin perjuicio de las medidas cautelares que puedan decretar los árbitros). Es decir, mantiene la *auctoritas* arbitral para dictar medidas cautelares, pero la *potestas* coactiva se ostenta por el juez del concurso.