

4. En suma, y como no es inhabitual que ocurra cuando nuestros tribunales han de enfrentarse a cuestiones de Derecho internacional privado, estamos ante una resolución que llega a buen puerto, a pesar de errar en la ruta utilizada. Podría quizá alegarse que, al fin y al cabo, lo importante es que el resultado material –o *rectius*, en este caso, procedimental– al que se llega sea el apropiado. Sin embargo, y puesto que la autoridad –en el sentido clásico de *auctoritas*– de las resoluciones judiciales descansa en buena medida en la corrección del razonamiento jurídico seguido para dar solución al caso concreto, entendemos que cabría esperar de nuestros órganos jurisdiccionales algo más de propiedad a la hora de enfrentarse a las particularidades que presenta esta rama de nuestro ordenamiento jurídico dedicada a la reglamentación de las relaciones privadas internacionales.

### ***Arbitraje tramitado v. arbitraje iniciado***

**(Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid  
nº 379/2010, de 20 de septiembre de 2010) \***

Miguel GÓMEZ JENE

Profesor Titular de Derecho internacional privado. UNED

*Sumario:* I. Introducción y hechos. II. Una interpretación coherente del art. 52 LC: no es lo mismo arbitraje *tramitado* que arbitraje *iniciado*. III. Una opción no considerada: la aplicación del art. 6 LA al supuesto.

#### **I. Introducción y hechos**

1. La sentencia de la AP de Madrid de 20 de septiembre de 2010 plantea dos interesantísimas cuestiones. Siguiendo el orden argumental de la misma, la primera cuestión que plantea gira en torno a la concreción del momento procesal en que un arbitraje debe entenderse “tramitado” a los efectos de la aplicación del art. 52 LC. Prevé este precepto que si en el momento de la declaración del concurso el procedimiento arbitral está ya tramitado, éste deberá continuar hasta la firmeza del laudo. La Audiencia estima –a mi juicio erróneamente– que dicho momento debe fijarse a la luz de los parámetros temporales que establece el art. 27 LA. La segunda cuestión, de menor relevancia teórica –pero no por ello de menor importancia a los efectos de la

---

\* *Vid. infra*, pp.

resolución del caso—, afecta a la posible aplicación del art. 6 LA (renuncia tácita a las facultades de impugnación) al supuesto.

2. Las fechas que deben retenerse a los efectos de entender la controversia en toda su extensión son —cronológicamente ordenadas— las siguientes: el 29 de octubre de 2008 tiene entrada en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid una solicitud de nombramiento de árbitro. La parte demandada en la acción de anulación sostiene —y parece ser que no prueba— que la solicitud elevada al Colegio se debió a la imposibilidad de llegar a un acuerdo con la contraparte sobre la cuestión relativa al nombramiento del árbitro. Cuatro días después, el 3 de noviembre del mismo año, la ahora demandante fue declarada por el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid en concurso voluntario de acreedores. El 28 de enero de 2009 —tres meses después de la presentación de la solicitud de nombramiento—, el Colegio de Abogados hizo la designación oportuna. El 26 de febrero, la Letrada elegida comunicó su designación a las partes. El laudo objeto de la acción de anulación que ahora resuelve la Audiencia fue dictado el 16 de octubre del mismo año. De todas las fechas indicadas, dos son las especialmente relevantes a los efectos de la acción de anulación: la fecha en la que tiene entrada la solicitud de nombramiento de árbitro en el Colegio de Abogados de Madrid y la fecha en la que se declara el concurso voluntario de acreedores. Y en este sentido, debe repararse en que —como la misma Audiencia señala— la solicitud de nombramiento de árbitro se produjo “antes de que el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid dictara auto declarando en concurso a la ahora demandante”.

3. También a los efectos de entender la controversia en toda su extensión es importante retener el tenor literal del convenio arbitral: “La cuestión debatida se resolverá de acuerdo con la normativa española de arbitraje vigente, sometiéndose la cuestión a un Abogado designado de común acuerdo y en caso de discrepancia, por el Colegio de Abogados de Madrid a petición de cualquiera de las partes”. Se trataba, por tanto, de un convenio que preveía dos escenarios distintos y sucesivos. En virtud del primero, las partes debían intentar ponerse de acuerdo en la designación del árbitro. Sólo en defecto de falta de acuerdo —segundo escenario—, la parte interesada podría acudir al Colegio de Abogados de Madrid para interesar el nombramiento de un árbitro.

Dice la Audiencia en su sentencia que “no hay constancia en autos de que la parte demandada en estas actuaciones requiriera a quien aquí demanda a fin de que ambas se pusieran de acuerdo en el nombramiento de Abogado”. Es decir, de los datos obrantes en autos parece deducirse que la parte interesada en el nombramiento del árbitro prescindió del trámite previo pactado en el convenio arbitral: la negociación entre las mismas para intentar elegir árbitro de común acuerdo. Si realmente esto fue así —cosa negada pero no demostrada por la ahora demandada (*vid.* FJ 1)—, es decir, si realmente la parte que solicitó al Colegio de Abogados el nombramiento de árbitro no intentó previamente un acuerdo con la contraparte sobre el particular, el laudo debería, en principio —y sólo en principio—, haberse anulado en base a este motivo —y no en base al motivo en que se anuló—. Y es que, es incuestio-

nable que si ése hubiera sido el caso, la designación del árbitro no se ajustó al acuerdo entre las partes (art. 41.1º.d LA). Ocurre, sin embargo –y de ahí la reserva hecha–, que la posible aplicación del art. 6 LA a este supuesto significaría tanto como que, para la efectiva consideración del art. 41.1º.d LA en este contexto, el incumplimiento de lo previsto en el convenio arbitral debería haberse puesto de manifiesto ante el colegio arbitral tan pronto como hubiera sido posible. Siendo esto así, la duda que se plantea gira en torno a la aplicación del art. 6 LA al supuesto. A esta cuestión me referiré más adelante (*infra* III).

## **II. Una interpretación coherente del art. 52 LC: no es lo mismo arbitraje tramitado que arbitraje iniciado.**

4. La sentencia objeto de comentario es, hasta donde sabemos, la primera sentencia en la jurisprudencia española que debe enfrentarse a la cuestión relativa a la concreción del momento temporal en el que el arbitraje se entiende “tramitado” a los efectos de resolver la acción de anulación. Y es que, en virtud de lo estipulado en el art. 52 LC, si se entiende que el arbitraje está “tramitado” en el momento en el que se dicta la declaración del concurso, el laudo que resulte de ese arbitraje no debe anularse. Por el contrario, si se entiende que el arbitraje “no” está tramitado en el momento de la declaración del concurso, el laudo que se dicte deberá anularse. Desde esta perspectiva, la sentencia objeto de comentario es la primera sentencia que demuestra bien a las claras la relevancia que tiene el “criterio” a cuya luz se determina si un arbitraje está o no tramitado.

5. Bien es cierto que la cuestión así suscitada ya ha sido tratada tanto en sede jurisprudencial como en sede doctrinal. Llegándose en ambos casos –adelantémoslo ya– a conclusiones contrarias a las que ahora se van a proponer. En efecto, la AP de La Rioja, en un supuesto en el que la fecha de tramitación del arbitraje no era concluyente a los efectos de la anulación del laudo, interpretó que para determinar el momento en el que debía entenderse que el arbitraje estaba tramitado a los efectos concursales había de estarse al art. 27 LA; es decir, a la fecha en que el demandado hubiere recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje<sup>1</sup>. De este modo, la AP optó por realizar una remisión al ordenamiento arbitral para determinar cuándo un arbitraje estaba tramitado a los efectos concursales.

---

<sup>1</sup> Auto nº 106/2009, AP de La Rioja, nº recurso 129/2009, 8.10.2009, JUR 2009\459562; *Spain Arbitration Review*, nº 9/2010, pp. 121–126 (con nota de M. Gómez Jene).

La misma interpretación es la que sostiene un amplio sector doctrinal<sup>2</sup>. En su virtud, para determinar si un arbitraje “se encuentra o no tramitado” a los efectos de la vigencia de un convenio arbitral tras una declaración de concurso, habrá de estarse al ordenamiento arbitral (LA) y no al ordenamiento concursal (LC). Repárese, no obstante, que tales disquisiciones se caracterizan por haber sido hechas “en abstracto”, sin reparar en las coordenadas y matices que ofrece un supuesto real.

6. A mi juicio, sin embargo, la conclusión a la que han llegado tanto las Audiencias como la doctrina es errónea. 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 art. 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. Básicamente, porque supone una quiebra injustificable de los principios de “unidad legal”, “unidad de disciplina” y “unidad de procedimiento” que informan al ordenamiento concursal<sup>3</sup>. El fácil recurso al art. 27 LA en este contexto es debido, sobre todo, al silencio que guarda la LC al respecto; silencio que, no obstante, no puede acarrear una quiebra de aquellos principios. Más bien al contrario. El silencio de la LC al respecto impone, antes que una búsqueda de soluciones en el ordenamiento arbitral, una interpretación literal, sistemática y teleológica del ordenamiento concursal acorde con los principios expuestos. En interpretación literal, por ejemplo, debe repararse en que el art. 52 LC no alude a un procedimiento arbitral “iniciado” (que es lo que regula el art. 27 LA); el art. 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.

---

<sup>2</sup> F. Cerdón Moreno, “Art. 52”, F. Cerdón Moreno (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2010, p. 616 (cf. 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 y J. Hernando Mendivil, “Art. 52. Procedimientos arbitrales”, en P. Prendes Carril, *Tratado Práctico Concursal*, Aranzadi, Cizur Menor, 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*, La Ley, Madrid, 2008, p. 386; I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso internacional*, Madrid, Tecnos, 2008, nota 5, p. 53; M.J. Marín López, “Art. 52”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios a Ley Concursal*, Madrid, Madrid, 2004, p. 522; R. Bellido, “Art. 52”, en Á. Rojo / E. Beltrán, *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, Civitas, 2004, p. 1015.

<sup>3</sup> Sobre estos principios, vid. A. Rojo, “El Derecho concursal”, en R. Uría y A. Menéndez, *Curso de Derecho mercantil*, II, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2006, pp. 900–901.

7. Una interpretación sistemática de los dos párrafos que conforman el art. 52 LC confirma esta opinión: el art. 52.1º LC regula los supuestos en los que el convenio arbitral está “inerte” o desactivado, mientras que el art. 52.2º LC regula los supuestos en los que el convenio ha sido activado. Siendo esto así –que lo es– el primer párrafo del art. 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 entrada de una solicitud de nombramiento de árbitro en una 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 art. 51– todo lo que *no* está “no iniciado” está tramitado.

La jurisprudencia de las Audiencias en interpretación del art. 51.1º LC –precepto paralelo en cuanto a su contenido al art. 52<sup>4</sup>– 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 demanda<sup>5</sup>, con independencia absoluta de que ésta haya sido o no admitida a trámite<sup>6</sup>. 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”<sup>7</sup>. 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 presentada<sup>8</sup>.

8. Y por lo que hace al juego del art. 27 LA en este contexto, debe observarse que su misma aplicación se compadece mal –muy mal– con lo que pretende regular el art. 52 LC. Repárese en que la primera conexión que utiliza el art. 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 art. 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 art. 52 LC? Piénsese que en la medida en que el art. 27 LA

---

<sup>4</sup> Y 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...”

<sup>5</sup> AAP Madrid 5 de febrero de 2009 (EDJ 2009/36573).

<sup>6</sup> AAP Madrid 26 de marzo de 2008 (EDJ 2008/61028).

<sup>7</sup> AAP Cáceres 9 de junio de 2009 (EDJ 2009/121024).

<sup>8</sup> SAP Madrid 4 de diciembre de 2008 (EDJ 2008/310386).

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”).

Pero aún más, pues el mismo supuesto de hecho que da origen a la sentencia que comentamos aporta un argumento adicional a esta interpretación. Así, si el nombramiento de árbitro se demora –dos meses de conversaciones entre las partes más tres meses en el nombramiento por parte de la institución (que es el tiempo que tardó)–, las posibilidades de que el arbitraje se celebre van disminuyendo en sentido inversamente proporcional al interés del demandado en declararse en concurso. Y ello, aun cuando la parte interesada en su inicio hubiera puesto en marcha todas las diligencias posibles para ello. Por fin, tampoco deben pasar desapercibidos en este contexto los riesgos inherentes a toda notificación.

9. Ningún razonamiento de este tipo se hace la Audiencia, cuando, en realidad, tuvo los elementos suficientes para hacerlo. En efecto, la demandada llamó la atención de la Sala a este respecto trayendo a colación primero y argumentando después en torno a la modificación del art. 52 LC que prevé el todavía Proyecto de Ley 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 (*BOCG*, 8 de septiembre de 2010). En su virtud, el futuro art. 52 LC se mostrará mucho más sensible a la realidad arbitral estableciendo que: “La declaración del concurso, por sí sola, no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado”. Para la Audiencia, no obstante, el precepto en cuestión “no es una realidad sino una previsión de futuro, y por lo tanto, tal precepto ni está vigente ni tiene efectos retroactivos”. Aun siendo cierto lo que esgrime, no lo es menos que el dato que ofrece esta futura modificación es lo suficientemente relevante como para tenerlo en cuenta en la interpretación del art. 52 LC todavía en vigor. En este sentido, podría entenderse que en la medida en que el concepto de arbitraje “tramitado” –frente al concepto de arbitraje “iniciado”– favorece la vigencia del procedimiento arbitral (interpretación teleológica), debe prevalecer la calificación de “tramitado” frente a la de “iniciado”.

10. Consecuencia de lo hasta aquí dicho es que, a diferencia de lo estimado por la Audiencia, el arbitraje cuestionado *sí* estaba tramitado. Y al estar tramitado en el momento en el que la ahora demandante fue declarada en concurso, el arbitraje siguió correctamente su curso. No hubiese procedido, por tanto, la anulación del laudo en base a esta circunstancia.

### **III. Una opción no considerada: la aplicación del art. 6 LA al supuesto**

11. Visto entonces que conforme a la interpretación anterior no cabría la anulación del laudo, procede plantearse entonces si, en base a otro motivo, esa anulación hubiera sido posible. Y desde esta perspectiva, el nombramiento de árbitro tal y como se produjo en el supuesto de autos se presenta –una vez más– como una cuestión especialmente controvertida. En efecto, teniendo en cuenta que el recurso al Colegio de Abogados de Madrid para nombrar árbitro estaba supeditado a una falta de acuerdo previo entre las partes, procede determinar si realmente se intentó alcanzar ese acuerdo. Y así, mientras que la demandada en anulación sostuvo que “surgidas innumerables discrepancias..., entre ellas la de designación de abogado por mutuo acuerdo, hubo de acudir al Colegio de Abogados de Madrid”, para la Audiencia “no quedó constancia en autos de que la parte demandada en estas actuaciones requiriera a quien aquí demanda a fin de que ambas se pusieran de acuerdo en el nombramiento de Abogado”.

12. Siendo perfectamente asumible el criterio de la Audiencia –falta de prueba del intento de acuerdo–, debe concretarse entonces si este hecho es o no sancionable con la anulación de laudo. “En principio” –como adelantara anteriormente– sí podría serlo, pues parece ser que la designación del árbitro no se ajustó al acuerdo entre las partes (art. 41.1º.d LA). Ahora bien, para que este motivo de anulación pudiera efectivamente tenerse en cuenta, debería de haberse sopesado –la Audiencia no lo hizo– el juego del art. 6 LA (renuncia tácita a las facultades de impugnación) en este contexto. En su virtud, recuérdese “(s)i una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta ley”.

La aplicación de este precepto al supuesto de autos es, a mi juicio, incontestable. Repárese en que la Audiencia –aun sin reparar en ello– consideró incumplido un “requisito” previsto en el convenio arbitral: la negociación previa para llegar al nombramiento de un árbitro. Y al tratarse de un incumplimiento incluido en el ámbito de aplicación del precepto<sup>9</sup>, la parte que lo alegó en sede de anulación tenía la obligación de haberlo puesto previamente de manifiesto ante el árbitro. De forma inmediata o tan pronto como le hubiera sido posible. A la luz de los datos obrantes en autos, todo indica que la parte ahora demandante no cumplió con esta obligación, validando, por tanto, el vicio que ahora denuncia en anulación. Si efectivamente esto fue así, la consecuencia de este proceder es clara: el laudo controvertido tampoco podría haberse anulado en base a este motivo de anulación.

---

<sup>9</sup> Una exhaustiva lista de supuestos en los que la falta de denuncia convalida una infracción o defecto puede verse en: B. Vidal Fernández, “Art. 6”, en: J. Garberí Llobregat, *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, Barcelona, Bosch, 2004, p. 135.