

ARBITRAJE Y CONCURSO EN EL NUEVO REGLAMENTO DE INSOLVENCIA A PARTIR DE LA INTRODUCCIÓN DE LA REGLA ESPECÍFICA DEL ARTÍCULO 18 DEL REGLAMENTO (CE) N° 848/2015



Juan Manuel de Castro Aragonés. Socio de Rousaud Costas Duran.
Magistrado especialista mercantil en excedencia
Carlos Hernández Duran. Abogado de Rousaud Costas Duran

SUMARIO

1. El artículo 15 del antiguo reglamento CE N° 1346/2000
2. Jurisprudencia Europea sobre arbitraje, concurso y ley aplicable la saga “vivendi”
3. El actual artículo 18 del reglamento CE N° 848/2015

Si la interacción entre arbitraje y concurso es de por sí una cuestión jurídicamente compleja, cuando a la misma se le añade un elemento transfronterizo, como ocurre en el marco de un arbitraje que implique a partes provenientes de dos o más Estados Miembros de la Unión Europea, en el que una de ellas es o deviene insolvente, las dudas para los operadores jurídicos aumentan sensiblemente, en particular con relación a la ley aplicable.

La Comisión Europea, consciente de las insuficiencias que en este aspecto y en muchos otros presentaba el antiguo Reglamento CE N° 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia, impulsó la reforma del mismo a partir del año 2012, momento en el cual lanzó una primera propuesta que, tras diversas modificaciones, finalmente cristalizó en el actualmente vigente Reglamento CE N° 848/2015.

Entre las materias afectadas por dicha reforma se encuentra precisamente el arbitraje, cuya interacción con el concurso, a diferencia de lo que sucedía en la anterior regulación, ha sido expresamente contemplada en la regla específica del nuevo artículo 18, con relación a la cuestión de la ley aplicable. Cuestión distinta es que dicha regulación sea suficiente o que haya sido acogida con aprobación unánime, tal y como veremos a continuación.

EL ARTICULO 15 DEL ANTIGUO REGLAMENTO CE 1346/2000

En el antiguo Reglamento CE N° 1346/2000 la cuestión de la ley aplicable a “procedimientos” en curso con relación a las situaciones de insolvencia se encontraba regulada en el artículo 15 de la norma, que disponía lo siguiente:

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

Dicha norma estableció la lex procesus como la ley aplicable a los efectos de la insolvencia o con relación a otros “procedimientos en curso”, es decir, para determinar qué efectos podía tener el concurso sobre otros procedimientos en relación con un bien o un derecho de la masa se debía estar a la Ley del Estado en el que se seguía el procedimiento, pero no a la Ley del Estado en el que tramitaba el concurso.

La regla del artículo 15 resultó de suma importancia, por cuanto se separaba del foro que, por norma general, establecía el artículo 4 del antiguo Reglamento, que identificaba la ley aplicable con la del



LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Reglamento (CE) n° 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia. (Normas básicas. Marginal: 34902). Arts.; 4, 4.2 y 15
- Reglamento (ue) n° 1215/2012 del parlamento europeo y del consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. (Normas básicas. Marginal: 6929197)
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. (Normas básicas. Marginal: 69726897). Art.142

Estado miembro en cuyo territorio se hubiera abierto el procedimiento concursal, la llamada lex concursus. Concretamente, el artículo 4.2 (f)

establecía lo siguiente en cuanto a la excepción de la aplicación de esa lex concursus:

“En el artículo 15 del Reglamento CE 1346/2000 se menciona expresamente que la noción “procedimientos en curso” incluía en realidad todos los procedimientos civiles y comerciales comprendidos en el ámbito de aplicación de “Bruselas I bis” y, en los procedimientos arbitrales”

“Los efectos del procedimiento de insolvencia sobre procesos en curso o procedimientos arbitrales en curso en relación con un bien o un derecho que formen parte de la masa del deudor se regirán exclusivamente por la ley del Estado miembro en el que esté en curso dicho proceso o en el que tenga su sede el tribunal arbitral”

“2. La Ley del Estado de apertura determinará las condiciones de apertura, desarrollo y terminación del procedimiento de insolvencia. Dicha Ley determinará en particular:

f) los efectos de la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre las

ejecuciones individuales con excepción de los procesos en curso”

Con relación a la existencia de dos foros diferenciados para los procedimientos de ejecución individual y para los llamados “procedimientos en curso” distintos sectores de la doctrina especializada pusieron de manifiesto que esta divergencia podía ser problemática. Entre ellos, el capítulo europeo de la asociación INSOL International (International Association of Restructuring, Insolvency and Bankruptcy Professionals) señaló en un documento de mayo de 2012 que las reglas de los artículos 4.2 (f) y 15 del Reglamento CE 1346/2000 no eran del todo compatibles, por cuanto el artículo 15 únicamente hacía referencia a procedimientos que guardasen relación con un bien o derecho de la masa, cuando el artículo 4.2 (f) se refería con carácter general a procedimientos de ejecución individual.

Al hacer también mención el artículo 4.2 (f) a los llamados “procedimientos en curso” se creaba una situación confusa, a juicio de dichos observadores, por cuanto el artículo 15 circunscribía su aplicación a los procedimientos en curso con relación a bienes o derechos de la masa, mientras que el artículo 4.2 (f) no contenía tal limitación.

Para evitar conflictos entorno a la cuestión de la Ley aplicable (dada la coexistencia de foros distintos en el Reglamento), **la INSOL recomendó que se eliminara la limitación contenida en el artículo 15 y se mencionara expresamente en el mismo que la noción “procedimientos en curso” incluía en realidad todos los procedimientos civiles y comerciales comprendidos en el ámbito de aplicación del Reglamento CE 44/2001 (hoy Reglamento 1215/2012 o “Bruselas I bis”) y, entrando en la materia**



que nos ocupa, los procedimientos arbitrales.

Efectivamente, el antiguo artículo 15 se refería a “procedimientos” pero es evidente que existían notables dudas acerca de si ese concepto podía hacerse extensible a los procedimientos arbitrales. A la vista del artículo 4 del Reglamento, tal y como señaló la INSOL, una interpretación sistemática del mismo tampoco despejaba demasiadas dudas al respecto. **Las únicas menciones al arbitraje en el antiguo Reglamento se encuentran en su artículo 44**, por el cual se sustituían ciertos tratados -algunos

de ellos decimonónicos- suscritos entre Bélgica y otros Estados miembros en materia de competencia, quiebra y ejecución de resoluciones (y entre ellas, de laudos arbitrales).

A pesar de lo anterior, fueron algunos tribunales europeos, los que, a través de una interpretación teleológica de la norma y por razones de lógica jurídica material, llegaron a la conclusión de que el concepto “procedimiento” debía incluir forzosamente al arbitraje. En el siguiente punto analizaremos brevemente el impacto de algunas de estas decisiones, en es-

pecial las recaídas en los conocidos asuntos que enfrentaron a la empresa francesa Vivendi S.A. y a la polaca Elektrim S.A.

JURISPRUDENCIA EUROPEA SOBRE ARBITRAJE, CONCURSO Y LEY APLICABLE LA SAGA “VIVENDI”

En los diversos procedimientos que integran la llamada “saga Vivendi” se discutió, entre otras cuestiones, si los efectos del antiguo artículo 15 del Reglamento europeo de insolvencia era aplicable o no a los

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOTECA

- VOSER, Nathalie (Schellenberg Wittmer). Kluwer Arbitration Blog: *“Insolvency and arbitration: Swiss Supreme Court revisits its Vivendi vs. Elektrim decision”* December 5, 2012
- Practical Law, Thomson Reuters: *“Enforcement of the LCIA Award in Elektrim v Vivendi”* Ania Farren (Associate) and Sara Nadeau-Seguin (Intern), Baker Botts LLP. 16 December 2009
- *High Court of England and Wales* [2008] EWHC 2155 (Comm)
- PENADÉS FONTS, Manuel. Anuario de Derecho Concursal 32: *“El arbitraje internacional en el Reglamento Europeo de Insolvencia: Crítica a la propuesta de reforma”*. Mayo-agosto 2014
- MCCORMACK, G. Journal of Private International Law: *“Reforming the European Insolvency Regulation: A Legal and Policy Perspective”* April 2014
- GARCIMARTÍN, Francisco. Almacén de Derecho: *“El nuevo Reglamento Europeo de Insolvencia (IV): Ley aplicable”*. 16 de junio de 2015
- INSOL EUROPE: *Revision of the European Insolvency Regulation*. May 2012

Disponible en: www.casosreales.es

- NOGUERA DE ERQUIAGA, JUAN CARLOS. *Ley Concursal*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2011

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- LINDNER, ALEXANDRE. *Arbitraje Internacional*. Economist&Jurist N°122. Julio-Agosto 2008. (www.economistjurist.es)
- FORTÚN, ALBERTO. ÁLVAREZ-GARCILLÁN, GERMÁN. *La impugnación de los laudos arbitrales*. Economist&Jurist N° 171. Junio 2013. (www.economistjurist.es)

procedimientos arbitrales. La disputa originaria entre Vivendi y Elektrim guardaba relación con la inversión de Vivendi en una empresa polaca de telecomunicaciones -PTC-.

A resultas de un conflicto entorno a la titularidad de las acciones de PTC, Vivendi inició toda una serie de arbitrajes contra su contraparte polaca, Elektrim. Los procedimientos arbitrales fueron puestos en marcha en Viena, Londres y Ginebra. La cuestión es que, en el momento en que una corte de Varsovia declaró abierto el concurso de Elektrim en agosto de 2007, había ya dos arbitrajes en marcha a instancias de Vivendi, uno ante la London Court of International Arbitration (LCIA) con sede en Londres y otro ante la Cámara de Co-

mercio Internacional (ICC/CCI) con sede en Ginebra.

Como es natural, Elektrim trajo a colación en ambos arbitrajes el artículo 142 de la Ley Concursal Polaca que disponía lo siguiente: **“Cualquier cláusula arbitral aceptada por la concursada quedará sin efecto desde la fecha de declaración del concurso y cualquier procedimiento arbitral pendiente será discontinuado”**. Una norma, por tanto, ciertamente **distinta de lo que propone nuestro artículo 52.2 de la Ley Concursal** y que conllevaba **efectos muy severos para los procedimientos arbitrales**. Para examinar los efectos del artículo 15, a continuación, analizamos el impacto de una situación concursal

en una jurisdicción situada fuera del ámbito de aplicación del Reglamento (Suiza) y en otra incluida en el mismo (Reino Unido).

En Suiza -país por tanto al que no resultaba de aplicación el Reglamento CE 1346/2000, tras la petición de terminación formulada por Elektrim, el panel de la CCI determinó mediante laudo parcial que el procedimiento arbitral debía efectivamente ser archivado, por cuanto el lugar de incorporación de la demandada Elektrim (Polonia) determinaba la ley aplicable a los efectos de la declaración del concurso sobre el arbitraje. Dicha decisión (la terminación del arbitraje) fue ratificada por el Tribunal Supremo Federal Suizo (Bundesgericht) en el año 2009.



En general, la decisión del Alto Tribunal suizo no fue bien acogida, en tanto la aplicación de la ley polaca en este caso supuso una enorme ventaja para la entidad demandada, cuando una decisión mucho más ponderada hubiera llevado a aplicar la ley del lugar del arbitraje, esto es Suiza, para determinar la capacidad de la parte demandada, del mismo modo que la validez del laudo de trámite dictado por el panel de la CCI en Ginebra se dirimió en la propia Suiza.

Posteriormente, el mismo Tribunal ha vuelto a aplicar los principios del caso Vivendi (con distinto efecto, no obstante) por cuanto en el año 2012 (Caso 4A_50/2012 de 16 de octubre), en un caso que implicaba a una empresa portuguesa como demandada en un arbitraje administrado también por la CCI en Ginebra, el Tribunal decretó la continuación del arbitraje pese a que la empresa portuguesa fue declarada en concurso antes del inicio del arbitraje, momento en el que prácticamente ya se estaba procediendo a su liquidación en Portugal. En el año 2011 el tribunal arbitral emitió laudo parcial, en virtud del cual estimó que la situación de concurso en el país de origen de la parte portuguesa no debía impedir el avance del procedimiento arbitral en Suiza.

Dicho laudo parcial fue llevado nuevamente ante el Bundesgericht, el cual consideró que el precedente de Vivendi vs. Elektrim se mantenía vigente para determinar la ley aplicable a los efectos del concurso sobre el arbitraje (en este caso, la ley portuguesa). El razonamiento del Tribunal consistió en que, **en primer lugar, la capacidad para ser parte en un arbitraje debe ventilarse en aplicación de la lex arbitri** (en este caso, la ley suiza). Dado que la misma no regulaba este aspecto en concreto para entidades de derecho

privado, **debía acudirse a la norma general suiza que, en general, equipara la capacidad para ser parte de un procedimiento con la capacidad general de ser depositario de derechos y obligaciones.** Y, siguiendo la solución impuesta en el asunto Vivendi, **las normas de conflicto suizas llevan a determinar la capacidad legal de una parte extranjera de conformidad con las leyes de su lugar de incorporación** (en este caso, la ley portuguesa).

A pesar de que hasta aquí el Tribunal siguió punto por punto su argumentación en el caso Vivendi, finalmente determinó que el procedimiento arbitral contra la parte portuguesa podía seguir su curso (manteniendo así la validez del laudo de trámite dictado en Ginebra a diferencia de lo que ocurrió en el asunto

Vivendi). El Tribunal consideró que, pese a que la norma contenida en el artículo 87 (1) de la Ley Concursal Portuguesa era ciertamente similar a la norma polaca que el mismo Tribunal aplicó para decretar la terminación del arbitraje entre Vivendi y Elektrim, dicha norma únicamente debía ser aplicable a un arbitraje administrado en Portugal, dado que la norma de conflicto suiza únicamente remitía a la ley portuguesa para determinar la capacidad general de la parte para participar en el arbitraje, siendo que la propia norma portuguesa en su artículo 87 (2) mantenía la capacidad para ser parte en arbitrajes iniciados antes de la declaración de insolvencia.

En el otro arbitraje contra Elektrim, administrado en Londres por la LCIA (a diferencia del caso suizo, en el ámbito espacial del Reglamento



Europeo de Insolvencia), se produjo la misma situación, esto es, la petición de terminación por parte de Elektrim una vez declarada su situación concursal en Polonia. En este caso, el tribunal arbitral consideró que no existía una norma de derecho internacional privado que determinara claramente la ley aplicable, por lo que estimó que pesaban mucho más los elementos de conexión con el ordenamiento inglés que con el polaco (la nacionalidad de una de las partes). En consecuencia, y dado que el ordenamiento inglés no preveía la suspensión o discontinuación del arbitraje, el panel de la LCIA lo mantuvo vigente.

Una vez el asunto llegó a los tribunales ingleses tras la oportuna acción de anulación del laudo parcial, la High Court (apoyándose por cierto en los trabajos de los Profesores Vir-

gós y Garcimartín) y después la Court of Appeal especificaron que resultaba aplicable al caso el Reglamento CE 1346/2000 y que, en aplicación del contraste entre los artículos 4 y 15 al que nos hemos referido, quedaba claro que a los “procedimientos en curso” debía aplicarse la lex procesus y no la lex concursus. Por lo tanto, en este caso debía aplicarse sin duda la ley del Reino Unido. A su vez, los tribunales ingleses consideraron que la expresión “procedimientos en curso” del artículo 15 (“lawsuits pending”) debía, sin duda, comprender los procedimientos arbitrales, de modo que la ley aplicable en estos casos debiera ser la ley de la sede del arbitraje. Según el juez Christopher Clarke de la High Court, si el legislador comunitario quería expresamente excluir los arbitrajes debería haber usado un lenguaje que claramente así lo hiciera, incluso tras traducirse a los

demás idiomas de la Unión. Además, no encontró una justificación lógica a que se dieran mayores expectativas de defensa en los procedimientos judiciales que en los arbitrales ([2008] EWHC 2155 (Comm) pp. 15 y 16).

En atención a toda esta problemática, **la Comisión Europea**, ya en una propuesta lanzada el año 2012, **incluyó la mención a los procedimientos arbitrales en el nuevo artículo 18, que ha desplazado al artículo 15** y que reza así: **“Los efectos del procedimiento de insolvencia sobre procesos en curso o procedimientos arbitrales en curso en relación con un bien o un derecho que formen parte de la masa del deudor se regirán exclusivamente por la ley del Estado miembro en el que esté en curso dicho proceso o en el que tenga su sede el tribunal arbitral.”**

Vemos, por tanto, que lo observado por los tribunales ingleses y por ciertos sectores doctrinales finalmente acabó cristalizando en el nuevo Reglamento 848/2015, cuestión distinta es que todas las dudas que envuelven a esta cuestión hayan sido despejadas.

EL ACTUAL ARTICULO 18 DEL REGLAMENTO CE 848/2015

La redacción del nuevo artículo 18, si bien ha acabado finalmente con la duda a la que tuvieron que hacer frente los tribunales en casos como el de Vivendi y Elektrim, no ha dejado de suscitar nuevas controversias que principalmente giran en torno a la falta de previsión del artículo con relación a ciertas particularidades del arbitraje.

Por ejemplo, el Profesor Garcimartín ha señalado que el artículo



18, al igual que el antiguo artículo 15, **sigue refiriéndose únicamente a procedimientos pendientes**, pero se pregunta qué ocurrirá con los efectos que los concursos puedan conllevar para las cláusulas arbitrales presentes en contratos transfronterizos, pero todavía no accionadas.

En este sentido, cabe preguntarse si está fuera de duda que dichos efectos se dirimirán o no en aplicación de la *lex concursus*, lo que llevará nuevamente a aplicar ordenamientos jurídicos distintos a los de la sede del arbitraje, por lo que la problemática de Vivendi no habría sido aún superada en este aspecto.

El propio Profesor Garcimartín sugiere que, en realidad, dado que el artículo 6 del reglamento limita considerablemente la *vis atractiva* internacional del juez del concurso, aunque la cláusula arbitral sea invalidada y no sea posible accionar el arbitraje, el efecto para la concursada será

prácticamente el mismo, por cuanto, en aplicación de las normas de conflicto del Reglamento Bruselas I bis, se verá seguramente obligada a litigar en un foro distinto al del concurso. Es decir, no se cumple el objetivo inicial de anular la cláusula (acumular los procedimientos ante el juez del concurso) y, además, se puede estar conculcando la voluntad de las partes haciéndolas litigar en un foro que no fue de su elección y mediante un mecanismo de resolución de controversias que tampoco acordaron.

Otros, como el profesor Penadés Fons, han apuntado que sería adecuado someter los efectos de la declaración de concurso sobre el arbitraje no a la ley de la sede del mismo, sino a la ley que gobierna la validez de la cláusula arbitral. Siguiendo su argumentación, ello se debe a que, en definitiva, los efectos del concurso sobre los procedimientos arbitrales en curso tienen una incidencia directa sobre el convenio arbitral, de modo

que debería ser la ley que lo gobierna la que determine dichos efectos. También llama la atención el Profesor Penadés Fons sobre un aspecto fundamental, que es la competencia judicial internacional en materia de anulación de laudos arbitrales. Sostiene que debería dejarse claro por parte del Reglamento que es a la sede del arbitraje a la que corresponde, en todo caso, el conocimiento de las acciones de anulación, por mucho que la *vis atractiva* *concursum* pudiera indicar que, por economía procesal, se debería conocer el asunto en el foro del concurso. En este sentido, afirma que el conocimiento de la acción de anulación por parte de los tribunales de la sede del arbitraje en parte favorece la economía procesal, por cuanto sobre un laudo anulado en la sede no cabría ya que el juez del concurso llevara a cabo el correspondiente examen de las causas de nulidad contenidas en el artículo V de la Convención de Nueva York. ■

CONCLUSIONES

- De todo cuanto antecede se puede concluir que, con carácter general, el nuevo artículo 18 tiene la indiscutible virtud de despejar definitivamente la incógnita de su aplicabilidad a procedimientos arbitrales, por lo que, en este sentido, debe ser bienvenido, al incorporar una demanda de los sectores especializados y al recoger lo que venía siendo ya una tendencia jurisprudencial consolidada
- Por otro lado, es evidente que este artículo sigue planteando numerosas dudas, que deberán, sin duda, ser analizadas por los tribunales nacionales. En este sentido, sería interesante poder anticipar si la salida del Reino Unido de la Unión Europea tendrá acaso alguna incidencia en este campo, tanto si dicho país actúa como sede arbitral (lo cual es, como sabemos, muy habitual) como si nos encontramos en un arbitraje frente una contraparte inglesa que es declarada en concurso una vez iniciado el mismo, o antes de su puesta en marcha
- El nuevo artículo 18 del Reglamento, por otra parte, si bien aclara que se refiere a procedimientos arbitrales en curso, algo reiteradamente solicitado por los expertos, y con ello despeja las dudas referidas a su aplicabilidad a arbitrajes, no solventa, por el contrario, qué debe entenderse por procedimientos arbitrales “en curso”, según se refiere a ello tanto este artículo como el artículo 52 de la Ley Concursal española, por ejemplo, en este sentido, será necesario determinar el momento en el cual un procedimiento arbitral deba considerarse en curso según la ley del Estado miembro en el que se tramite, algo que ya ha sido resuelto por algunos Tribunales nacionales, entre ellos españoles