



Roj: **SJM S 1003/2019** - ECLI: **ES:JMS:2019:1003**

Id Cendoj: **39075470012019100012**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **30/09/2019**

Nº de Recurso: **427/2018**

Nº de Resolución: **266/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Concurso de acreedores**

Ponente: **CARLOS MARTINEZ DE MARIGORTA MENENDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **JUZGADO MERCANTIL Nº 1**

Av. Pedro San Martín S/N Santander

Teléfono:

Fax.: 942-357037

Modelo: TX004

Proc.: **CONCURSAL - SECCIÓN 1ª (GENERAL)**

Nº: **0000427/2018**

Pieza: Pieza incidente concursal. Otros ( art. 192 LC ) - 01

NIG: 3907547120180000449

Materia: Derecho **mercantil**

Resolución: Sentencia 000266/2019

Demandante: DELFUEGO BOOKING S.L; Procurador: JUAN RAMÓN MARTÍNEZ MURIEDAS

FOGASA

FONDO DE GARANTIA SALARIAL (FOGASA)

FONDO DE GARANTIA SALARIAL (FOGASA)

JUZGADO DE LO **MERCANTIL** DE CANTABRIA **CONCURSO** 427/2018, INCIDENTE Nº 1.

### **SENTENCIA Nº 266/2019**

En Santander, a 30 de septiembre de 2019.

Magistrado Juez: Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez de Marigorta Menéndez.

Demandante: DELFUEGO BOOKING S.L. (concurzada)

Demandado: Ambrosio , en rebeldía.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha de 26-10-2018 la concursada presentó solicitud de suspensión de efectos de cláusula arbitral (condición nº 18 apartado 2) incluida en el contrato firmado con el demandado a través de su agente y representante el 27-4-2018.

**SEGUNDO.-** Mediante providencia de 20-11-2018 se acordó dar el trámite incidental ex art 192.1 Ley Concursal (" [t]odas las cuestiones que se susciten durante el **concurso** y no tengan señalada en esta ley otra tramitación



se ventilarán por el cauce del incidente concursal "), dada la falta de indicación de otra tramitación específica en el propio art 52.1 Ley Concursal (LC en adelante).

**TERCERO.-** Mediante diligencia de ordenación de 28 de agosto de 2019 se declaró la rebeldía del demandado.

**CUARTO.-** Tras la notificación de la anterior resolución el 3-9-2019, pasan los autos a la mesa de SS<sup>a</sup> para resolver.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Objeto y planteamiento de la solicitud.

1. La concursada firmó el 27 de abril de 2018 contrato con los agentes/representantes del artista Ambrosio , Creative Artists Agency, Talent Management & Servicios FZ-LLC - agente en el contrato, que indica como persona de contacto a quien enviar el mismo además de a la compradora hoy concursada, a don Ceferino .

2. El objeto del contrato era brindar los servicios y la actuación del artista indicado. El contrato recoge términos y condiciones y añade unos términos y condiciones adicionales incorporados, entre los cuales la condición 18, sobre ley aplicable y jurisdicción, indica que la ley aplicable al contrato será la de Inglaterra y Gales, y que cualquier disputa se resolverá mediante arbitraje con sede en Londres, siendo el idioma a emplear el inglés (no se aportan más especificaciones relativas al arbitraje). Ante cualquier conflicto entre las disposiciones del contrato y disposiciones legales o reglamentarias, éstas prevalecerán sobre aquél.

3. El artista no compareció a la actuación contratada, y procedió a devolver parte de su caché (203.000 €), si bien la promotora pretende reclamar el resto del caché, gastos directos e indirectos sufridos, y daños y perjuicios, aventurando una reclamación superior a los 600.000 €.

4. No se ha activado el convenio arbitral, y la promotora interesa su suspensión al amparo del art 52.1 LC .

5. El solicitante, aun manifestando que no es éste el cauce ni pretende la declaración de no incorporación, destaca que se trata de una condición general impuesta, sin previa puesta a disposición ni información, en un anexo al contrato, no destacado, y con grandes dosis de imprecisión respecto del procedimiento y tipo de arbitraje.

6. Entiende la concursada que el convenio arbitral en cuestión causaría graves perjuicios para "el **concurso** y su tramitación":

(i) Incertidumbre: no se indica árbitro ni colegio o administrador ni reglamentación bajo la que el arbitraje se desarrollaría, lo que impactaría en una enorme dilación en la propia y simple constitución del arbitraje. Esto generaría una incertidumbre insalvable para el **concurso**, que en otro caso podría allegar sumas relevantes (caso de tener éxito en su reclamación) para la masa concursal.

(ii) Los costes de administración de arbitraje, honorarios de árbitros y letrados especializados con sede en Londres serían inasumibles por la masa del **concurso**.

7. El planteamiento jurídico del solicitante se apoya en la naturaleza contractual del convenio arbitral y en su carácter internacional para, por la vía del art 7.2e) del Reglamento UE 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia (REI), llegar a la aplicación de la norma nacional española, como lex concursus, que en su artículo 55.1 LC permite la suspensión del convenio arbitral en ciertas condiciones.

### SEGUNDO.- Convenio arbitral internacional; procedimiento no iniciado.

8. Debemos resolver en primer lugar sobre la aplicación (o no) de la norma nacional española ( art 52 LC ) para la regulación de los efectos del **concurso** sobre el arbitraje en cuestión.

9. Conforme al art 3.1 de Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje (LA) " *el arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes b) Que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, 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 tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios. (...)* ". Ambas circunstancias concurren, ya que el domicilio del demandado (no el de sus agentes, representantes o asistentes personales) está fuera de España, donde lo tiene el actor, y en todo caso el arbitraje habría de tener lugar en Reino Unido. El carácter internacional también deriva del artículo 1 del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ginebra 21 de abril de 1981) que determina su aplicabilidad a los acuerdos



de arbitraje que para solventar controversias derivadas de operaciones de comercio internacional hubieran sido concertados entre personas con residencia habitual o domicilio en Estados contratantes diferentes.

11. Tanto la normativa nacional (LC) al regular los efectos del **concurso**, como la norma de conflicto para seleccionar la ley aplicable (REI), diferencian la situación del convenio arbitral inerte y la del procedimiento arbitral ya comenzado, en tramitación. En el caso que nos ocupa no existe duda alguna de que no se cumple el hito del art. 27 LA: no se ha iniciado el procedimiento ni conforme a lo convenido ni mediante requerimiento de sumisión de la controversia a arbitraje.

### **TERCERO.- Norma de conflicto y selección de ley aplicable .**

12. Dado el carácter internacional del arbitraje, debe aclararse qué norma regulará los efectos de la situación de insolvencia declarada sobre el indicado convenio.

13. Ni la Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, ni el Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 contienen una regulación de este aspecto (ni en el material ni en el de selección de ley aplicable), y lo que debe resolverse en este momento no es la validez o eficacia del convenio, ni el reconocimiento o ejecución de un laudo, sino los efectos que la declaración de un **concurso** en España pueden tener sobre un convenio arbitral internacional del que la concursada es parte.

14. De este modo, sin perjuicio de lo que posteriormente se dirá respecto de la referencia los tratados internacionales en el art. 52 LC, debemos alcanzar primero la conclusión de que ésta norma es aplicable para regular el impacto del **concurso** declarado en el convenio arbitral internacional, y para ello la norma de conflicto es el referido REI.

15. El considerando 66 avanza la regla general de la aplicación de la lex concursus (la del Estado Miembro en que se haya abierto el procedimiento), que determinará " *todos los efectos del procedimiento de insolvencia, tanto procesales como materiales , sobre las personas y las relaciones jurídicas implicadas. Regula todas las condiciones para la apertura, desarrollo y conclusión del procedimiento de insolvencia* " .

16. El artículo 7 (antiguo art 4) indica en su apartado 1, en sintonía con el considerando 66, que la ley aplicable al procedimiento de insolvencia y sus efectos (que han de ser reconocidos en el resto de Estados miembros -arts 19 y 20-) será, salvo disposición en contra del REI, la lex concursus, especificando en el apartado 2 que dicha ley determinará las condiciones de apertura, desarrollo y conclusión del procedimiento de insolvencia, en particular, y en lo que ahora nos interesa:

*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 .* \* [La redacción de la norma en lengua inglesa es: " *the effects of the insolvency proceedings on proceedings brought by individual creditors , with the exception of pending lawsuits* "].

17. Esta última excepción a la lex fori concursus de los "procesos en curso" se desarrolla en el artículo 18 (antiguo artículo 15) respecto de los efectos del **concurso** " *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* " , que se remite a la ley del Estado donde se siga el proceso o tenga su sede el tribunal arbitral. La redacción del antiguo art 15 solo mencionaba los "procedimientos en curso" sin aludir a los procedimientos arbitrales.

18. En este punto la solicitud se inclina por situar el supuesto en el apartado e) del art 7.2, no en el f). El problema de la *vis attractiva concursus* y del juego de los apartados e) en relación con el f) del art. 7.2 REI y el art. 18, ha sido tratado en la jurisprudencia comparada (High Court de Londres en el asunto SYSKA & ELEKTRIM SA v. Vivendi Universal SA [2009] EWCA CIV 677), y la doctrina (entre otros Heredia Cervantes, Virgós, Garcimartín Alférez y, recientemente por Penadés Fons -Tesis doctoral sobre "Insolvencia transfronteriza y arbitraje comercial internacional", dirigida por Esplugues Mota, Universidad de Valencia, julio 2015).

19. En un principio el REI determinaba la aplicación de la lex concursus a los contratos vigentes y a las "ejecuciones individuales", con excepción de los procesos en curso, sin incluir de modo expreso en esta excepción a los procedimientos arbitrales. La redacción actual de los artículos 7.2.f en relación con el 18 me llevan a inclinarme por la postura que entiende que el tratamiento será diverso según nos encontremos ante un mero convenio arbitral o ante un procedimiento arbitral ya iniciado.

20. Cabría discutir si la dicción del art 7.2f) dejar fuera de la vis atractiva del **concurso** los procedimientos declarativos y de condena (limitando la excepción a las "ejecuciones individuales"), pero entiendo que tanto los principios del REI, como el juego con el artículo 18 que excluye " *procesos en curso o procedimientos arbitrales*



*en curso* ", llevan a la conclusión de que los procesos (no solo los ejecutivos) y procedimientos arbitrales que no están en curso siguen la regla general del art 7 REI).

21. La doctrina destaca además que la versión inglesa del Reglamento se refiere a " *proceedings brought by individual creditors* " (cabría pensar en una traducción no totalmente rigurosa, lo que explicaría la relación con el artículo 18) y éste es también el sentido de la doctrina Elektrim.

22. En la disyuntiva entre considerar el convenio arbitral desde su perspectiva contractual (cobijándolo en el art 7.2.e REI) o desde la procesal (como procedimiento), entiendo que la segunda es más ajustada a la LC , que regula los efectos sobre el convenio arbitral entre los efectos de la declaración del **concurso** sobre las acciones individuales, dentro de la sección 2ª del capítulo II del título III, y no en el capítulo IV, de los efectos sobre los contratos. La demanda que nos ocupa se basa en el art 52 LC, no en el 61 LC .

23. Pero en cualquier caso, dado que en el supuesto que nos atañe no existe procedimiento arbitral *en curso* , ya sea por una u otra vía, la norma aplicable para la regulación de los efectos del **concurso** sobre el convenio arbitral es la ley del Estado de apertura: la LC.

#### **CUARTO.- Aplicación de la ley concursal española sobre el convenio arbitral internacional.**

24. La norma que en el Estado de apertura regula los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los procedimientos arbitrales es el art 52:

" 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.

2. Los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración de **concurso** se continuarán hasta la firmeza del laudo, siendo de aplicación las normas contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo anterior ."

25. Como hemos adelantado el régimen es distinto según nos encontremos ante un convenio arbitral o un procedimiento ya en tramitación. Nos hallamos en el primero de los supuestos, y debemos partir de que la intención del legislador, a partir de la reforma de la ley de arbitraje por Ley 11/2011 de 20 de mayo fue adaptarse a las soluciones comunitarias en la materia y eliminar la incoherencia existente hasta la fecha entre los dos apartados del artículo 52 , pasando de una regulación contraria a la vigencia de los convenios arbitrales antes la declaración del **concurso** (" *[[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 ]]* ") a una pro convenio arbitral.

26. El AAP de Barcelona, sección 15ª, nº 86/2009 de 29 de abril (asunto Pirelli ) sostuvo con la redacción anterior a ley 11/2011 del art 52.1 LC que esta noma era aplicable a arbitrajes internos, pero no a los internacionales, considerando que el art 52.1 LC " *sólo sería aplicable al caso en la medida en que los citados Convenios internacionales suscritos por España designasen la ley española como ley aplicable para determinar la eficacia del convenio arbitral* ".

27. Cabe discrepar del indicado razonamiento y sostener como hemos hecho supra, que los referidos convenios internacionales no son norma de conflicto y selección de ley aplicable, ni regulan los efectos del **concurso** sobre el convenio arbitral. La norma de conflicto (REI) conduce a la aplicación de LC para la regulación de los efectos que este procedimiento de insolvencia ha de tener sobre los convenios arbitrales, y los tratados internacionales no regulan este aspecto, de modo que no pueden expropiar la facultad de suspensión del convenio arbitral por la declaración del **concurso** que el art 52.1 LC prevé.

#### **QUINTO.- El potencial perjuicio "para la tramitación del **concurso**". Suspensión de efectos del convenio arbitral.**

28. La finalidad de la suspensión solicitada es facilitar el ejercicio de acciones patrimoniales a favor de la masa concursal. El hecho de que se trate de una acción a favor de la masa no excluye la oportunidad de valorar la suspensión interesada (por entender que quedaría fuera de la competencia objetiva del Juzgado del **concurso** - art 8 LC -), ya que lo atribuido al Juez del **concurso** no es la competencia en todo caso para conocer de cualquiera de estas acciones civiles sobre las que en principio se proyectaría el convenio arbitral, sino únicamente la de decidir sobre los efectos del **concurso** sobre las acciones individuales y los arbitrajes. Cuestión distinta será la competencia judicial para conocer posteriormente de las acciones de que se trate.

29. La Exposición de Motivos (EM) de la ley 11/2011 dice en este sentido que la reforma del art 52.1 pretendía " *mantener la vigencia del convenio arbitral siempre que se proyecte sobre meras acciones civiles que, pese a que pudieran llegar a tener trascendencia patrimonial sobre el deudor concursal, podrían haberse planteado con*



independencia de la declaración del **concurso**. Es el caso, entre otras, de las acciones relativas a la existencia, validez o cuantía de un crédito, las destinadas al cobro de deudas a favor del deudor, las acciones reivindicatorias de propiedad sobre bienes de un tercero en posesión del deudor concursal y los litigios relativos a planes de reorganización concluidos entre el deudor y sus acreedores antes de la declaración de apertura. No obstante lo anterior, se faculta al órgano jurisdiccional competente, para suspender de efectos los pactos o convenios arbitrales previamente suscritos, si entendiéndose que los mismos pueden suponer un perjuicio para la tramitación del **concurso** ".

30. Por tanto, considero que debe descartarse una interpretación que constriña las posibilidades de apreciar el perjuicio a aquellas situaciones en las que el convenio arbitral afectase a acciones competencia del Juez del **Concurso** y por lo tanto ejercitables en "el trámite del **concurso**", que solo así se vería "perjudicado" (reconocimiento de créditos concursales o contra la masa, acciones de separación, resolución de contratos, o, en sentido favorable a la masa, acciones de reintegración o rescisión concursal). Dicha distinción no está en la LC; la propia EM se refiere acciones a favor de la masa para el cobro deudas a favor del deudor; y en suma, como se indicará, el perjuicio para la tramitación del **concurso** no debiera entenderse en un sentido meramente adjetivo, procesal abstracto, sino vinculado al sentido, finalidad, utilidad y eficacia del procedimiento concursal.

31. En este sentido, un sector doctrinal considera que el elemento sustantivo para la suspensión del art 52.1 (" *dichos pactos o convenios pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del **concurso*** ") implica que únicamente cabría la suspensión del convenio si pudiera provocar "obstáculos de naturaleza procesal" para la tramitación del **concurso**, ya que la ley habla de "perjuicios para la tramitación" y no de "perjuicios para el **concurso**". Solo una eventual interferencia del convenio en la ordenada tramitación del **concurso** integraría el perjuicio en cuestión. Esto supondría a su vez que este eventual perjuicio no podría identificarse con los costes del arbitraje o las consecuencias económicas para el **concurso** o los acreedores.

32. Entiendo sin embargo el procedimiento *per se* no es digno de ninguna protección ni puede sufrir un "perjuicio", mucho menos por la mera existencia inerte de un convenio arbitral. El procedimiento, el trámite, no es un fin en sí mismo, y se justifica como instrumento para hacer efectivos unos derechos, en nuestro supuesto, para un procedimiento universal en el que trata de maximizarse y ordenarse el interés de múltiples acreedores. Es decir, por concepto resulta difícil imaginar un perjuicio al procedimiento desvinculado del impacto que tenga en el interés que a su través trata de obtenerse, y en nuestro caso es el de la masa de los acreedores del deudor común.

33. Suele añadirse que los precedentes judiciales avalan esta exclusión del perjuicio y coste económico como supuesto habilitante de la suspensión del convenio. Sin embargo, el AAP Barcelona sección 15ª de 29-4-2009, cuando dijo que " *la carencia o insuficiencia de medios económicos para afrontar el coste del procedimiento arbitral (...) no es una razón jurídica válida para establecer la ineficacia del convenio arbitral* ", no estaba valorando el art 52.1 LC, sino la eventual ineficacia del convenio arbitral por aplicación del art 6.2.b del Convenio de Ginebra (controversia sobre materia no susceptible de arbitraje). El Auto 69/2016 de 19 de abril de la misma sección 15ª de la AP de Barcelona no tuvo en cuenta los argumentos relativos al coste económico, pero lo hizo porque se trataba de un procedimiento arbitral *en curso*, que por aplicación del art 52.2 LC debía continuar hasta firmeza del laudo, sin que la eventual suspensión de los efectos del convenio pudiera ya alcanzarle.

34. Otro sector (Penadés Fons, op. cit.) apunta (además de a los supuestos de maquinaciones fraudulentas) a una solución hermenéutica a partir de la interpretación que se ha desarrollado a propósito de expresiones similares que el legislador ha empleado en la LC. En concreto, al " *interés del **concurso*** " que permite resolver contratos en principio no afectados por la declaración de la insolvencia ( art 61 LC ). Así, el posible perjuicio para la tramitación del **concurso** habría de definirse a la luz del interés colectivo de todos los acreedores concurrentes, el interés de la masa, y " *no cabe duda de que la definición de este interés ha de venir guiada principalmente por un criterio de carácter económico o patrimonial, de modo que su concreción (...) vendrá marcada por la necesidad de conservar, o, en su caso, incrementar la integridad y el valor de los activos del deudor en beneficio de los acreedores* ".

35. La suspensión del convenio producirá una reactivación de las normas ordinarias de competencia judicial internacional. La comparación por lo tanto ha de producirse entre el tiempo y los costes asociados al arbitraje internacional, y las del procedimiento que resultará aplicable en su ausencia. La parte solicitante indica que se acudiría a un proceso ante los Juzgados de Primera Instancia de Santander.

36. En este escenario, entiendo que sí concurre el perjuicio para la tramitación del **concurso**. Obviamente un procedimiento ordinario en la instancia también conllevará tiempos de espera, pero es cierto (y no contradicho) que la determinación de arbitraje es muy vaga en el convenio, lo que asegura una dilación temporal importante del mero inicio del arbitraje asociada a dicha incertidumbre. Por otro lado, no se niega (y es notorio) que



el acceso a un arbitraje internacional en Londres tiene (a diferencia del recurso a los tribunales españoles) unos elevados costes inasumibles para un **concurso** sin tesorería ni apenas masa activa, y cuyo principal, prácticamente único activo, es precisamente el crédito que se arroga frente al artista indicado (a ello no obsta la falta de inclusión en el inventario del referido crédito, dada la función meramente informativa del inventario de la masa activa del **concurso**).

37. Dicho de otro modo, el perjuicio es evidente desde el momento en que la posibilidad de que los múltiples acreedores (miles de consumidores) de la concursada pudieran llegar a algún tipo de recuperación de sus créditos en el **concurso**, pasa por el éxito (por lo tanto por la posibilidad) de la indicada reclamación de la promotora concursada frente al artista presuntamente responsable del incumplimiento contractual, y esta reclamación es inviable (por su coste), de no suspenderse el convenio arbitral (afectado además de las incertidumbres indicadas), que perjudica por lo tanto la tramitación del **concurso** al punto de convertirlo en inútil.

#### **SEXTO.- Costas.**

38. Sin imposición, dadas las dudas jurídicas expuestas a lo largo de la presente resolución.

#### **FALLO**

ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda formulada por DELFUEGO BOOKING S.L. contra Ambrosio , acuerdo la **SUSPENSIÓN DE EFECTOS DE CLÁUSULA ARBITRAL** incluida en el contrato (condición nº 18 apartado 2) firmado con el demandado a través de su agente y representante el 27-4-2018.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación, ante este Juzgado, para la Audiencia Provincial de Cantabria, dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de la presente, mediante escrito en el que deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna.

Para interponer el recurso de apelación habrá de constituirse un depósito de 50 € en la cuenta de depósitos de este Juzgado, el mismo día de su presentación o a los dos días siguientes. De no efectuarse el depósito en los plazos indicados, el recurso no se admitirá a trámite. El depósito se devolverá a la recurrente sólo en el caso de que el recurso sea admitido total o parcialmente, según ordene la resolución final del recurso de apelación ( Disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre).

Así, por esta mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo, yo, Carlos Martínez de Marigorta Menéndez, Magistrado Juez del Juzgado de lo **Mercantil** de Cantabria.

PUBLICACION: La sentencia que antecede ha sido firmada y publicada por el Magistrado-Juez que la suscribe, de lo que doy fe.